

Université Panthéon-Assas

école doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en droit
soutenue le 9 avril 2014

Essai sur le droit commun



Université Panthéon-Assas

Nicolas BALAT

Directeur de thèse : **Monsieur Michel GRIMALDI**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Membres du jury : **Madame Pascale DEUMIER**
Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III)

Monsieur Laurent LEVENEUR
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Matthieu POUMARÈDE
Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

Madame Judith ROCHFELD
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Avertissement

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

Résumé :

Le présent travail propose une étude d'ensemble sur le droit commun, notion fondamentale au cœur de la théorie et de la pratique quotidienne du droit. Contrairement à une première impression suivant laquelle il serait une notion à géométrie variable (droit civil ? théorie générale ? droit romain ? droit européen ? principes ?), le droit commun apparaît comme le concept technique désignant, pour une institution donnée, les règles juridiques dont le domaine d'application est indéfini. En outre, l'étude en révèle les deux applications pratiques fort distinctes que sont le droit commun territorial et le droit commun matériel. Le droit commun territorial d'abord, apparaît mal connu mais techniquement et historiquement premier ; c'est celui que l'on trouve par exemple à l'article 1393, alinéa 2, du code civil (qui vise le « droit commun de la France » des régimes matrimoniaux), ou dans un principe fondamental reconnu par les lois de la République dégagé par le Conseil constitutionnel en 2011. Le droit commun matériel ensuite, se révèle mieux connu mais appelle une synthèse ; c'est celui qui est visé, par exemple, dans la section contenant les articles 2333 et suivants du code civil (sur le « droit commun du gage ») tels qu'ils résultent de l'ordonnance du 23 mars 2006. Ces deux volets du droit commun expriment une *summa divisio*, dans laquelle s'ordonnent toutes ses utilisations en droit positif. S'ils présentent des similitudes de régime, ils se distinguent néanmoins : ils ne renvoient pas aux mêmes règles – règles au domaine d'application *ratione loci* indéfini d'un côté, règles au domaine d'application *ratione materiæ* et *personæ* indéfini de l'autre.

Descripteurs : Droit commun – Droit commun territorial – Droit commun matériel – Notion – Régime – Domaine d'application indéfini – Subsidiarité – Droit spécial – Droit local – Principe fondamental reconnu par les lois de la République – *Specialia generalibus derogant* – Conflit de normes – Primauté – Option – Interprétation stricte – Exceptions – *Jus commune* – Droit civil – Droit naturel – Théorie générale – « Droit commun européen »

Title and Abstract:

Essay on the concept of "droit commun". This work offers a comprehensive study on the "droit commun" (approximately translated into "general rules of law" or "ordinary law"), a fundamental concept at the core of the theory and daily practice of French law. Contrary to traditional approaches involving the impression of a changing and variable concept (civil law, general theory, Roman law, European law, principles?), "droit commun" is a technical concept referring, for a given institution, to the legal rules whose scope of application is indefinite. This study also reveals the two distinct applications of "droit commun"; "droit commun territorial" ("territorial general rules of law") and "droit commun matériel" ("material general rules of law"). The first application, "droit commun territorial", although lesser known, is technically and historically primal. *Droit commun territorial* is specifically mentioned for in article 1393 of the French civil code (regarding the matrimonial property regimes), and in a fundamental principle identified by the French Constitutional Council in 2011. The second application, "droit commun matériel", is better known but needs an overview. In particular, the section of the French civil code which contains articles 2333 and following (on the "droit commun" of pledging of corporeal movables), refers to it. These two applications of "droit commun" are the expressions of a *summa divisio*. Although both applications have similarities, they remain fundamentally different. The respective applications of "droit commun" do not refer to the same rules of law: rules where territorial scope of application is unlimited versus rules where material and personal scope of application is unlimited.

Keywords: "Droit commun" – General rules of law – Ordinary law – Common law – Indefinite scope of application – Subsidiarity – Special law – Local law – *Specialia generalibus derogant* – Conflict of norms – Exceptions – *Jus commune* – Civil law – Natural right – General theory – "Common European law"

LISTE DES ABREVIATIONS FREQUEMMENT UTILISEES

<i>AFDI</i>	<i>Annuaire français de droit international</i>
al.	alinéa
<i>APD</i>	<i>Archives de philosophie du droit</i>
art.	article
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>BICC</i>	<i>Bulletin d'information de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. AP</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, assemblée plénière</i>
<i>Bull. mixte</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre mixte</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles</i>
<i>Bull. crim.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle</i>
c.	contre
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
<i>ca.</i>	<i>circa</i> (environ, vers)
<i>Cab. méthod. jur.</i>	<i>Cabiers de méthodologie juridique (RRJ)</i>
Cass.	Cour de cassation
<i>CCC</i>	<i>Contrats, concurrence, consommation</i>
CE	Conseil d'État
CE Ass.	Conseil d'État statuant en assemblée du contentieux
CE Sect.	Conseil d'État section
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
chron.	chronique
Civ. (1 ^{re} , 2 ^e , 3 ^e)	Chambre civile de la Cour de cassation (première, deuxième, troisième)
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
<i>Clunet</i>	<i>Journal du droit international (JDI)</i>
coll.	collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Décret
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
DC	contrôle de constitutionnalité des normes
Dig.	Digeste
dir.	Sous la direction de
<i>DH</i>	<i>Dalloz hebdomadaire</i>
<i>DMF</i>	<i>Le droit maritime français</i>
<i>DP</i>	<i>Dalloz périodique</i>
<i>Dr. et patr.</i>	<i>Droit et patrimoine</i>
éd.	édition
<i>GACEDH</i>	<i>Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme</i>
<i>GAJA</i>	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence administrative</i>
<i>GAJC</i>	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence civile</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du palais</i>
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
IDL	Institut du droit local alsacien-mosellan
<i>JCl.</i>	<i>Encyclopédies JurisClasseur</i>
<i>JCP</i>	<i>JurisClasseur périodique (Semaine juridique)</i>
L.	Loi
<i>Lebon</i>	Recueil des décisions du Conseil d'État, statuant au contentieux
<i>Lebon T.</i>	Tables du recueil des décisions du Conseil d'État, statuant au contentieux

<i>loc. cit.</i>	<i>loco citato</i>
LPA	<i>Les petites affiches</i>
not.	notamment
NPB	non publié au <i>Bulletin</i> des arrêts de la Cour de cassation
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	page(s)
<i>pr.</i>	<i>principium</i>
préc.	précité
QPC	question prioritaire de constitutionnalité
R.	Rapport annuel de la Cour de cassation
RCA	<i>Responsabilité civile et assurances</i>
RCADI	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
RCS	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada
RDC	<i>Revue des contrats</i>
RDI	<i>Revue de droit immobilier</i>
RDP	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i>
<i>Rép. civ.</i>	<i>Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil</i>
<i>Rép. com.</i>	<i>Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit commercial</i>
<i>Rép. pén. et pr. pén.</i>	<i>Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale</i>
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>Rev. crit. DIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>Rev. dr. unif.</i>	<i>Revue de droit uniforme</i>
<i>Rev. sociétés</i>	<i>Revue des sociétés</i>
RHDFE	<i>Revue historique de droit français et étranger</i>
RHFDSJ	<i>Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique</i>
RIDC	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
RLDC	<i>Revue Lamy droit civil</i>
RLDA	<i>Revue Lamy droit des affaires</i>
RDA	<i>Revue de droit d'Assas</i>
RJAL	<i>Revue juridique d'Alsace et de Lorraine</i>
RRJ	<i>Revue de la recherche juridique - Droit prospectif</i>
RSC	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i>
RTD <i>civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
RTD <i>com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
RTD <i>eur.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
s.	et suivant(e)s
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
spéc.	spécialement
t.	tome
TC	Tribunal des conflits
TCFDIP	<i>Travaux du comité français de droit international privé</i>
T. <i>civ.</i>	Tribunal civil
T. <i>com.</i>	Tribunal de commerce
th.	thèse
trad.	traduction
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
UCC	<i>Uniform commercial code</i>
U. S.	<i>United States Report</i>
v.	voir
<i>V^o, V^{is}</i>	<i>verbo, verbis</i>
vol.	volume

PLAN SOMMAIRE*

PARTIE PRELIMINAIRE – LE CONCEPT DE DROIT COMMUN

TITRE I – LE DROIT COMMUN EST DU DROIT

Chapitre I – Élément de définition : règles juridiques

Chapitre II – Distinctions : droit commun et notions dépourvues de juridicité positive

TITRE II – LE DROIT COMMUN EST COMMUN

Chapitre I – Élément de définition : généralité absolue

Chapitre II – Distinctions : droit commun et notions dépourvues de généralité suffisante

TITRE III – ÉLÉMENTS DE MISE EN ŒUVRE

Chapitre I – La relativité du droit commun

Chapitre II – La dualité des applications du droit commun

PREMIERE PARTIE – LE DROIT COMMUN TERRITORIAL

TITRE I – LES TENDANCES CONVERGENTES DANS L'EXISTENCE

Sous-titre I – L'aspiration au droit commun territorial

Sous-titre II – La construction du droit commun territorial

TITRE II – LES TENDANCES CONVERGENTES DANS L'EFFECTIVITE

Sous-titre I – La coexistence persistante avec les règles spéciales territoriales

Sous-titre II – La relation instable avec les règles spéciales territoriales

DEUXIEME PARTIE – LE DROIT COMMUN MATERIEL

TITRE I – LES TENDANCES CONTRAIRES DANS L'EXISTENCE

Sous-titre I – Les variations dans l'état du droit commun matériel

Sous-titre II – Les remèdes à défaut de droit commun matériel

TITRE II – LES TENDANCES CONTRAIRES DANS L'EFFECTIVITE

Sous-titre I – La coexistence inégale avec les règles spéciales matérielles

Sous-titre II – La relation nuancée avec les règles spéciales matérielles

* Une table des matières détaillée figure à la fin de l'ouvrage.

INTRODUCTION

1. **Des intuitions changeantes.** Chacun se fait intuitivement une certaine idée de ce qu'est le droit commun. La confrontation des intuitions révèle toutefois des approches variables : est-ce le droit civil ? Le droit privé ? Le droit des obligations ? Le droit romain ? Le droit naturel ? Le droit international ? Le droit européen ? Les principes ? Les règles générales ? Le droit résiduel ? La liste est incomplète et pourtant déjà longue.

2. **Une notion brumeuse.** Du Moulin fit les frais de ces hésitations : au milieu du XVIII^e siècle, Bouhier, président à mortier au parlement de Bourgogne, fustigeait son œuvre rédigée deux cents ans plus tôt, reprochant à l'illustre juriste parisien « d'abuser du terme de *Droit commun* » et jugeant qu'« il est à propos de bien distinguer les différents sens qui ont été donnés à ce mot »¹. Il réglait son sort en disant « combien il faut être en garde contre les opinions singulières de cet auteur »². Tant de sévérité était-elle de mise ? De toute ancienneté en effet, les juristes se demandent, interpellés par la mention qu'en fait Beaumanoir au XIII^e siècle dans les *Coutumes de Beauvaisis*³ autant que par d'énigmatiques références au Digeste⁴, ce que recouvre cette notion de « droit commun » qu'ils jugent insaisissable. À la veille de la Révolution française, Bourjon, auteur d'une somme sur le *Droit commun de la France*, y voit une notion « dispersée et [...] chargée par les nuages »⁵. À la fin du siècle suivant, un homme d'Église savoyard se livre à un constat comparable⁶. Un peu plus tard, c'est au tour d'un magistrat québécois de confier, au cours d'un « déjeuner-causerie », qu'« on ne sait pas toujours très bien, et il est souvent difficile de découvrir à quoi se rapporte cette expression ambiguë »⁷. Les appréciations n'ont pas véritablement changé aujourd'hui⁸. Notamment, comment proposer une définition d'entrée de

¹ J. Bouhier, *Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne*, in *Les Coutumes du Duché de Bourgogne*, t. 1, Dijon, Auge, 1742, chap. 1, p. 174 (pour les deux dernières citations). V. J.-L. Halpérin, « L'approche historique et la problématique du *ius commune* », *RIDC* 2000, p. 717 s.

² J. Bouhier, *op. cit.*, p. 175.

³ Ph. de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis* (1283), texte critique par A. Salmon, t. 1, Picard, 1899, n° 6, p. 4, qui vise le « droit qui est communs a tous ou royaume de France ».

⁴ Pour des références au *ius commune*, v. par ex. Dig., 1, 1, 6, *pr.* (Ulpian) ; 2, 14, 7, 16 (Ulpian) ; 4, 4, 12 (Gaius) ; 28, 3, 7 (Ulpian) – toutes les références au Digeste renvoient à l'édition critique de P. Krüger, Berlin, Weidmann, 1954.

⁵ F. Bourjon, *Le droit commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principes*, « Dissertation », t. 1, 1770, Grangé et Cellot, t. 1, p. I.

⁶ M^{sr} Isoard, *Le droit commun*, Palmé, 1881, not. p. 7.

⁷ A. Rivard, « La notion du "droit commun" » *La Revue du droit*, vol. 3, n° 6, févr. 1925, p. 257 s. (3 R. du D. 257), spéc. p. 258.

⁸ Un auteur estime notamment que « si la notion fait partie du vocabulaire quotidien des tribunaux et de la doctrine, les acceptions qui en sont retenues varient à l'infini » (Ph. Brun, « Les mots du droit de la responsabilité : esquisse d'abécédaire », in *Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2007, p. 117 s., spéc. p. 121, V^o « Droit commun [de la

jeu alors que les dictionnaires juridiques ne s'accordent pas, sauf pour ne pas y reconnaître une définition unique et parfois l'assimiler au droit civil ou au droit applicable en principe⁹ ? Le temps ne ferait rien à l'affaire : si les siècles passent, la notion de droit commun semble toujours obscure, comme entourée de nuées.

3. **Une notion omniprésente.** Le droit commun n'en est pas moins un concept central. La notion est quotidiennement invoquée¹⁰. Au début du XXI^e siècle en droit français, elle est présente dans plus d'un millier de normes écrites¹¹ et est sollicitée, en moyenne, dans plus de trois décisions de justice par jour¹² ; l'expression est, en outre, chérie de la doctrine¹³. Et si la notion « a traversé les siècles »¹⁴ et a connu une « longue histoire »¹⁵, elle a également traversé les systèmes juridiques et ne s'arrête pas aux barrières linguistiques – par exemple droit commun, *jus commune*, *derecho común*, *diritto comune*, *direito comum*, *gemeines Recht*, ou même, à l'origine, *common law*¹⁶.

responsabilité »)). L'obscurité de la notion de droit commun n'est pas le propre du droit français ; elle semble partagée par tous les systèmes juridiques qui en connaissent l'existence. V. par ex. : pour le droit québécois, M. Juneau, *La notion de droit commun en droit civil québécois*, Université Laval, Québec, 2009, *passim* ; pour le droit italien, F. Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Milan, Giuffrè, 1951, p. 33 ; pour le droit espagnol, J. Salcedo Izu, « El derecho común y Navarra », in *Le droit commun et l'Europe*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 227 s., spéc. p. 228-229 (« *varias son las acepciones que de la palabra "común" se han hecho a lo largo de la historia jurídica navarra* »), M. Pasquau Liaño, *Código civil y ordenamiento jurídico*, Grenade, Comares, 1994, p. 52.

⁹ Pour la première tendance, v. not. R. Cabrillac (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 5^e éd., LexisNexis, 2013, V^o « Droit commun » (trois définitions distinctes) ; pour la deuxième tendance, v. not. S. Guinchard et T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Dalloz, 2013, V^o « Droit commun », *in fine* ; pour la troisième tendance, v. not. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2013, V^o « Commun, une », sens 6.

¹⁰ Qu'on y songe : « cinq minutes de conversation ne se sont pas écoulées, vous n'avez pas lu vingt lignes de votre article, sans avoir entendu ou rencontré ces mots : le Droit commun. Le Droit commun ! Il n'y a que le Droit commun ! » (M^{gr} Isoard, *Le droit commun*, Palmé, 1881, p. 7).

¹¹ Selon les informations disponibles sur la base Legifrance au 5 mars 2014, 605 articles de codes, 122 de lois non codifiées, 29 d'ordonnances, 173 de décrets, 182 d'arrêtés. Le droit commun est partout : du code civil (qui fait notamment référence au « droit commun de la représentation » en son article 428 ou au « droit commun de la France » en son article 1393) au code du travail (qui vise les « règles du droit commun » en son article L. 1221-1), ou au code de la sécurité sociale (dont l'article L. 431-2, avant-dernier alinéa, dispose que « les prescriptions prévues aux trois alinéas précédents sont soumises aux règles de droit commun »), en passant par le code pénal (dont, par exemple, l'article 132-30 fait référence aux « crime ou délit de droit commun »).

¹² Par exemple, sur Legifrance, la seule année 2012 permet de recenser 534 décisions relevant de la jurisprudence judiciaire (parmi lesquelles 403 arrêts de la Cour de cassation) et 654 décisions relevant de la jurisprudence administrative (parmi lesquelles 108 décisions du Conseil d'État, 3 décisions du Tribunal des conflits et 7 décisions du Conseil constitutionnel. Pour l'année 2011, la même base de données recense 498 décisions de la Cour de cassation, 120 décisions du Conseil d'État, 6 décisions du Tribunal des conflits, 158 décisions des cours d'appel et 445 décisions des cours administratives d'appel se référant à l'expression, soit une moyenne de près de 3,4 décisions par jour, sans compter les juridictions de première instance. Au total, au 5 mars 2014, 11238 décisions contiennent l'expression pour la jurisprudence judiciaire, 13316 pour la jurisprudence administrative. 9117 arrêts de la Cour de cassation contiennent l'expression (parfois dans les motifs, parfois dans les moyens annexés) ; il en est de même pour 2110 décisions du Conseil d'État, 118 décisions du Tribunal des conflits et 116 décisions du Conseil constitutionnel.

¹³ Par exemple, pour l'année 2011, le *Recueil Dalloz* contient 178 fois l'expression pour 44 numéros, soit une moyenne supérieure à 4 occurrences par numéro (cette moyenne montant à 6,3 occurrences par numéro en 2006 – 278 références à l'expression pour 44 numéros).

¹⁴ *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, PUF, 2003, V^o « Droit commun », par J.-L. Thireau.

¹⁵ M.-F. Renoux-Zagamé, « Du droit commun doctrinal au droit commun positif : leçons des plaidoyers du Parquet », in *Traditions savantes et codifications*, LGDJ, 2007, p. 3, spéc. p. 5. V. aussi A. Guzmán Brito, « *Sobre la historia de las nociones de derecho común y derecho propio* », préf. à B. Bravo Lira, *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1989, p. XI s., spéc. I, p. XI.

¹⁶ V. *infra*, n^o 201 s. Adde R. David, « Droit commun et *common law* », in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milan, Giuffrè, 1969, vol. 1, p. 345 s.

L’omniprésence de ses utilisations s’étend à de nombreux systèmes juridiques – occidentaux à tout le moins –, francophones¹⁷ ou non¹⁸.

4. **Enjeux et démarche.** Aucune étude d’ensemble n’a jusqu’à présent été spécifiquement consacrée à la notion de droit commun et au régime juridique qui lui est afférent. Une telle absence ne serait pas à relever si la notion se révélait limpide ou inusitée ; mais ces observations sommaires permettent déjà de constater que tel n’est pas le cas puisque, sur un fond de paradoxe, le droit commun se donnerait à voir comme un concept à la fois insondable et omniprésent dans le *discours du droit*¹⁹. Une recherche sur le droit commun révèle donc son intérêt. Deux points seront plus précisément développés à titre liminaire. Pourquoi une étude sur le droit commun (*I. Les enjeux*) ? Comment procéder (*II. La démarche*) ?

I. Les enjeux

5. **Motivations d’une étude.** L’intérêt d’une étude sur le droit commun peut se mesurer à l’aune de trois difficultés attenantes au concept, qui peuvent être présentées sous la forme d’un inventaire des questions : le droit commun souffrirait d’utilisations incohérentes (A), serait une technique menacée (B) et pâtirait d’un fonctionnement obscur (C).

A. Des utilisations incohérentes

6. **Qu’est-ce que le droit commun ?** À la question de savoir ce qu’est précisément le droit commun, l’on pourrait être tenté de répondre, paraphrasant Augustin : « si personne ne me le demande, je le sais ; mais si on me le demande et que je veuille l’expliquer, je ne le sais plus »²⁰. Relégué, du fait de ses « multiples avatars »²¹, au statut techniquement peu flatteur d’« expression fourre-tout »²², le droit commun présenterait tous les aspects d’une notion insondable, qui ferait l’objet d’utilisations incohérentes et incompatibles entre elles. Si bien que certains purent aller jusqu’à considérer que « la notion de “droit commun” ne revêt pas de signification précise » et que tâcher de la cerner s’apparenterait à « une polémique hors de

¹⁷ Parmi d’autres : la notion est présente dans la disposition préliminaire du code civil du Québec, qui prévoit que le code civil « établit le droit commun », ou dans l’article 1725 du même code (qui vise le « droit commun de la propriété ») ; v. aussi l’article 2276 *quinquies* du code civil Belge, qui vise « les délais de prescription de droit commun », ou encore l’article 60 de la Constitution du Liban, qui vise les « délits de droit commun ».

¹⁸ V. par ex. l’article 687, alinéa 2, du *código de comercio* colombien, qui renvoie, pour l’acceptation conditionnelle de la lettre de change, au « droit commun » (trad. libre), ou encore l’article 2022, alinéa 2, du *código civil* péruvien, à propos de l’opposabilité des droits réels sur les immeubles. V. aussi l’article 348 du *código civil* portugais, qui fait référence au « *direito comum português* ». En droit italien, l’expression « *diritto comune* » ne semble plus utilisée que pour désigner le phénomène historique du *jus commune* (v. *infra*, n° 277 s.), de même qu’en droit des États-Unis d’Amérique, l’expression « *common law* » a perdu son sens originnaire de « droit commun » (*infra*, n° 202).

¹⁹ L’expression est au cœur de l’essai récent de M. Libchaber : *L’ordre juridique et le discours du droit*, LGDJ, 2013.

²⁰ Saint Augustin, *Les confessions*, livre XI, chap. XIV, trad. J. Trabucco, Flammarion, 1964, p. 264 (à propos du temps).

²¹ C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 3.

²² J.-P. Tosi, « Exclusivité du droit spécial ? L’exemple de la responsabilité du transporteur aérien », in *Mélanges Y. Serra*, Dalloz, 2006, p. 431 s., spéc. n° 1, p. 432.

propos»²³, puisqu'il serait possible d'en « multiplier à l'infini » les conceptions²⁴. Le droit commun serait paré de reflets changeants.

7. **Multiplicité des réalités désignées par l'expression.** La doctrine a déjà mis en lumière « la grande variété des réalités visées »²⁵ par l'expression. Comment expliquer, en effet, que le droit commun soit utilisé pour désigner des réalités aussi diverses que le code civil²⁶, le droit civil²⁷, le droit des obligations²⁸, le droit privé²⁹, parfois même la théorie générale³⁰, le droit naturel³¹, ou le droit comparé – c'est le « droit commun de l'humanité civilisée » de Saleilles³² et le « droit commun législatif » de Lambert³³ –, ou, sous l'ancien droit, tantôt le droit romain³⁴, tantôt la somme des coutumes ou même simplement celle de Paris³⁵ ? Les dernières décennies n'ont pas œuvré à davantage de clarté ; bien au contraire, elles auraient vu s'élargir encore l'éventail des utilisations du droit commun. Le droit commun emprunterait aujourd'hui de « nouvelles échelles »³⁶, notamment liées à l'essor de nouvelles branches du droit, tel le droit de la consommation³⁷, ou à celui des droits international et européen – par exemple, la proposition de règlement de l'Union « relatif à un droit commun européen de la vente » du 11 octobre 2011³⁸ reprenant l'idée d'un « droit commun européen » ravivée par Oppetit³⁹, ou le « droit commun de l'humanité » évoqué par certains⁴⁰. En outre, comment appréhender le nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République, dégagé par le Conseil constitutionnel dans une

²³ A. Montas, « Le rapport du droit maritime au droit commun, entre simple particularisme et véritable autonomie », *DMF* 2008, p. 307 s. (pour les deux dernières citations).

²⁴ S. Maclair, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse Orléans, 2011, n° 10.

²⁵ M.-F. Renoux-Zagamé, « Du droit commun doctrinal au droit commun positif : leçons des plaidoyers du Parquet », in *Traditions savantes et codifications*, LGDJ, 2007, p. 3, spéc. p. 5. V. aussi A. Supiot, « La contribution du droit social au droit commun des contrats », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé*, dir. A. Wijffels, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 47 s., spéc. p. 48.

²⁶ V. par ex. J. Carbonnier, « Le Code civil », in *Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 30. V. encore l'affirmation de la disposition préliminaire du code civil du Québec.

²⁷ V. par ex. H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, 12^e éd. par F. Chabas, 2000, Montchrestien, n° 24.

²⁸ V. par ex. Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 11^e éd., Litec, 2010, n° 32.

²⁹ V. not. J.-C. Vénézia, « Le droit administratif français est-il encore un droit dérogatoire au droit commun ? », in *Mélanges E. Spiliotopoulos*, Athènes, Sakkoulas et Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 453 s., spéc. p. 453.

³⁰ V. par ex. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2013, V° « Général », sens 1.

³¹ V. par ex. Ulpien au Dig., 1, 1, 1, 3 ; v. aussi Accursius, *Gl. ord. ad Dig.*, 1, 1, 1, V° « Communi », in *Glossa in Digestum vetus*, éd. Venetiis, 1499, réimpr. anast., Augustæ Taurinorum, 1968, fol. 4, verso b.

³² Par ex. R. Saleilles, « École historique et droit naturel », *RTD civ.* 1902, p. 80 s., spéc. p. 111.

³³ É. Lambert, *Études de droit commun législatif ou de droit civil comparé*, t. 1, *La fonction du droit civil comparé*, Giard et Brière, 1903.

³⁴ V. déjà J. Bouhier, *Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne*, in *Les Coutumes du Duché de Bourgogne*, t. 1, Dijon, Auge, 1742, spéc. chap. 4, p. 200 s.

³⁵ C'est le « droit commun coutumier ». V. par ex., pour la somme des coutumes, C.-J. de Ferrière, *Nouvelle introduction à la pratique*, t. 2, Brunet, 1735, V° « Droit commun coutumier », p. 93 ; et, pour la coutume de Paris, *Le praticien universel ou le droit François et la pratique de toutes les juridictions du royaume*, t. 1, Lefebvre, 1697, p. 14.

³⁶ *Les nouvelles échelles du droit commun*, dir. M. Boumghar et V. Durand, Bruxelles, Larcier, 2013.

³⁷ V. par ex. D. Legeais, « Le Code de la consommation siège d'un nouveau droit commun du cautionnement », *JCP E* 2003, comm. 1433, p. 1610 s.

³⁸ Proposition de règlement du Parlement et du Conseil relatif à un droit commun de la vente du 11 octobre 2011, COM (2011) 635 final.

³⁹ B. Oppetit, « Retour à un droit commun européen », in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 73 s. L'auteur s'interrogeait : l'Europe « s'apprête-t-elle à renouer avec l'une de ses grandes traditions juridiques, celle du droit commun ? » (p. 73). V. aussi M.-F. Renoux-Zagamé, « Le droit commun européen entre histoire et raison », *Droits* 1991, n° 14, p. 27 s., spéc. p. 27, qui mentionne la possible « résurrection de l'ancien droit commun européen ».

⁴⁰ V. not. M. Delmas-Marty, *Vers un droit commun de l'humanité*, 2^e éd., Textuel, 2005.

décision *Somodiu* du 5 août 2011, qui oppose le droit d'Alsace-Moselle au « droit commun »⁴¹ ? Un tel inventaire à la Prévert, même non exhaustif, peut déjà laisser songeur ; d'autant que rien ne semble permettre d'affirmer *a priori* que le droit commun renverrait à telle réalité visée plutôt qu'à telle autre. Autant de facteurs qui ont pu conduire la doctrine, le professeur Malaurie en tête, à affirmer qu'il y aurait « plusieurs droits communs »⁴². La situation n'est pas différente hors du droit français, où s'est également posée la question du « nombre » de droits communs⁴³ – laissant entendre ici encore qu'il pourrait en exister *plusieurs*.

8. **Incertitude des renvois faits à la notion.** Au-delà, il apparaît difficile de bien saisir le contenu des renvois faits au « droit commun » comme d'en mesurer l'exacte portée. Quelles sont, par exemple, ces « règles du droit commun » visées sans autre précision par l'article L. 1221-1 du code du travail comme devant régir le contrat de travail ? Quelle est la portée exacte du renvoi ? *Quid* des « règles du droit commun de la représentation » auxquelles renvoie l'article 428 du code civil pour les majeurs protégés ? Qu'en est-il, encore, du « droit commun de la France » auquel fait référence l'article 1393 du code civil pour les régimes matrimoniaux, du « statut civil de droit commun » visé par l'article 75 de la Constitution, du « délit de droit commun » mentionné notamment à l'article 465 du code de procédure pénale, ou du renvoi, pour les produits biocides, aux « conditions de droit commun » par l'article 13, II, 4^o, de la loi du 16 juillet 2013 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine du développement durable ? Les droits étrangers sont à l'avenant. En particulier, à quoi se réfère l'article 1725 du code civil du Québec lorsqu'il vise le « droit commun de la propriété » ? Ou l'article 14 du *código civil* espagnol, qui mentionne, successivement, le « droit civil commun » et le « territoire de droit commun » ? Ou encore l'article 348 du *codigo civil* portugais, qui fait référence au « droit commun portugais »⁴⁴ ? Les exemples pourraient être multipliés. Dans le contexte de flou susmentionné, ces références peuvent laisser perplexe.

9. **Un risque d'arbitraire.** En somme, à côté de l'incertitude qui règne en doctrine quant à savoir à quoi renvoie le droit commun, de nombreux textes et décisions de justice utilisent la notion sans la définir. L'enjeu se profile : être invité à appliquer des règles sans parvenir à déterminer lesquelles sont précisément visées et pour quelle raison n'est pas satisfaisant. Sallé de la Marnierre prévient à cet égard que « si un concept juridique n'était pas clairement défini ou si quelque divergence que ce soit pouvait subsister [...], il en résulterait nécessairement une impossibilité de prévoir la solution à donner à un litige éventuel, puisqu'elle serait fonction de l'appréciation du juge, de la conception qu'il pourra se faire de la notion

⁴¹ Cons. const. 5 août 2011, n° 2011-157 QPC, consid. n° 4 et 28 sept. 2012, n° 2012-274 QPC, consid. n° 6 (« dispositions de droit commun » opposées aux « dispositions [...] particulières aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle »).

⁴² Ph. Malaurie, « Les dix premières années de notre siècle et le droit civil », *JCP G* 2010, 427, n° 7. V. aussi, sous la forme interrogative, B. Oppetit, « La décodification du droit commercial », in *Mélanges R. Rodière*, Dalloz, 1981, p. 197 s., spéc. p. 203.

⁴³ J. E. C. Brierley, « *Quebec's "common laws" (droits communs): how many are there ?* », in *Mélanges L.-Ph. Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 109 s. ; v. aussi la version française, « La notion de droit commun dans un système de droit mixte : le cas de la province de Québec », in *La formation du droit national dans les pays de droit mixte*, Aix-en-Provence, PUAM, 1989, p. 103 s. (pour le droit québécois).

⁴⁴ Traduction libre (pour les trois dernières citations).

seulement évoquée »⁴⁵. À un avocat qui invoquait le droit commun au soutien de sa cause, un magistrat put d'ailleurs rétorquer, non sans malice : « Le droit commun, soit ! Je vous entends. Mais quel droit commun ? »⁴⁶ Pour masquer l'incertitude, reste la possibilité de recourir à l'intuition⁴⁷ ; mais celle-ci ouvre la porte, aux antipodes de la sécurité et de la prévisibilité, à l'arbitraire. Pour ces raisons déjà, une étude sur le droit commun s'impose. D'autres motivations existent.

B. Une technique menacée

10. **Le « naufrage du droit commun » ?** Ripert craignait déjà « l'abandon du droit commun »⁴⁸ ; dans un registre différent mais tout aussi sombre, d'autres en évoquent « le naufrage »⁴⁹, ou l'« éclatement »⁵⁰. C'est que le droit commun pourrait apparaître, à maints égards, comme une idée sinon passée de mode, du moins concurrencée. Il serait rongé par un mouvement ininterrompu vers la spécialisation des règles de droit, mouvement si marqué que l'aspiration au droit commun prendrait « un parfum nostalgique de paradis perdu »⁵¹. La technique même du droit commun serait menacée. Il convient de prendre la mesure du phénomène. Quel est le fondement de ces craintes ? Quelle en est la portée ?

11. **Une société de spécialistes.** Weber l'avait mis en évidence, « notre société est parvenue à un stade de spécialisation qu'elle ne connaissait pas autrefois et dans lequel elle se maintiendra à jamais, pour autant que nous puissions en juger »⁵², et Durkheim observait déjà en 1893 que « les fonctions [...] se spécialisent de plus en plus »⁵³. À la complexité croissante de nos sociétés, devrait répondre la spécialisation croissante⁵⁴ et, de plus en plus, nous avancerions, d'un

⁴⁵ E. Sallé de la Marnière, *Éléments de méthodologie juridique*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1976, n° 19. Rapp. C. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique » (1966), rééd. in *Écrits de théorie du droit, et de droit constitutionnel et d'idées politiques*, éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 289 s., spéc. p. 291 : « si un mot expression d'un concept n'a pas été défini, [...] l'autorité chargée des décisions individuelles est nécessairement appelée à fixer elle-même le concept, à le faire librement ».

⁴⁶ A. Rivard, « La notion du "droit commun" » *La Revue du droit*, vol. 3, n° 6, févr. 1925, p. 257 s. (3 R. du D. 257), spéc. p. 257 (rapportant les propos d'un collègue).

⁴⁷ Rapp. F. Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Milan, Guiffre, 1951, p. IX : « penso in modo particolare al magistrato, che con una frequenza di solito non sospettata è chiamato tuttora a decidere sulla base del diritto comune, e può fare appello unicamente, con perplessità confessata, al suo istinto di giurista, e non a un metodo scientifico ».

⁴⁸ G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1955, n° 217 s.

⁴⁹ A. Holleaux, « La fin des règles générales », *Bull. LAP* 1976, p. 419 s., spéc. n° 4, p. 424.

⁵⁰ F. Terré, « La "crise de la loi" », *APD* 1980, t. 25, *La loi*, p. 17 s., spéc. p. 20.

⁵¹ F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 s., spéc. p. 949.

⁵² M. Weber, *Le savant et le politique* (1919), trad. J. Freund, Plon, « 10/18 », éd. 1963, préf. R. Aron, p. 81. Il ajoutait que « jamais plus un individu ne pourra acquérir la certitude d'accomplir quelque chose de vraiment parfait dans le domaine de la science sans une spécialisation rigoureuse », que « c'est uniquement grâce à cette stricte spécialisation que le travailleur scientifique pourra un jour éprouver une fois, et sans doute jamais plus une seconde fois, la satisfaction de se dire : cette fois j'ai accompli quelque chose qui durera », et concluait que « de nos jours l'œuvre vraiment définitive et importante est toujours une œuvre de spécialiste », invitant qui ne voulait s'y résoudre à « tout bonnement [...] s'abstenir du travail scientifique » (*ibid.*, p. 81-82).

⁵³ É. Durkheim, *De la division du travail social* (1893), 8^e éd., PUF, 1967, p. 2 : l'auteur cite les fonctions politiques, administratives, judiciaires, artistiques et scientifiques.

⁵⁴ V. par ex. M. Henry, *La barbarie*, « Ce qui ne s'était jamais vu », Grasset, 1987, p. 9. V. aussi S. Mauclair, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse Orléans, 2011, n° 14. Ne faudrait-il pas également se demander si la spécialisation ne contribuerait pas à la complexification ? La

pas lent mais assuré, vers une société de spécialistes⁵⁵. Toutes les sphères de la vie sociale sont concernées. Certains se demandent même si la « loi de spécialisation » ne serait pas, « après tout, que la loi de l'histoire »⁵⁶ ; d'autres y voient « le mouvement naturel du droit »⁵⁷. C'est que, même s'il n'est pas la seule discipline concernée⁵⁸, le droit est atteint par le phénomène⁵⁹ : la « spécialisation croissante »⁶⁰ en est dénoncée. Celle-ci touche notamment les *règles de droit*⁶¹.

12. **Un droit de spécialistes.** Le constat, parfois objet de véritables débats de société⁶², est partout⁶³ : qui songerait encore à contester que le droit se spécialise, suivant une

réponse de spécialiste à la complexité sociale ne générerait-elle pas parfois elle-même une nouvelle complexité, qui dépasserait celle à laquelle on entendait répondre et qui nécessiterait d'approfondir la spécialisation, dans un mouvement sans fin ? V. par ex. J.-D. Bredin, « Remarques sur la doctrine », in *Mélanges P. Hébraud*, Toulouse, 1981, p. 111 s., spéc. n° 5, p. 115. Rapp. des questions « constructivistes », not. I. Hacking, *The social construction of what ?*, Cambridge et Londres, Harvard University Press, 1999.

⁵⁵ V. le chapitre qui y est consacré par M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 203 s. « Notre comportement quotidien est significatif à cet égard : devant chaque problème particulier, faire appel au spécialiste » (M. Henry, *La barbarie*, « Ce qui ne s'était jamais vu », Grasset, 1987, p. 9).

⁵⁶ F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., 2011, n° 2, p. 4 (pour les deux dernières citations).

⁵⁷ S. Mauclair, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse Orléans, 2011, n° 14.

⁵⁸ De manière générale, v. la thèse fondatrice d'É. Durkheim, *De la division du travail social* (1893), 8^e éd., PUF, 1967. Pour la géographie, adde par ex. A. Meynier, « Réflexions sur la spécialisation chez les géographes », *Norvès* n° 25, 1960, p. 5 s.

⁵⁹ V. not. B. Oppetit, « L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême », *D.* 1990, chron. XIII, p. 73 s., spéc. p. 74 : il s'agirait d'une « nouvelle confirmation de la fameuse loi dégagée par Max Weber, d'après laquelle le progrès du droit, selon une ligne dominante de l'histoire occidentale, s'accomplit dans le sens d'une rationalisation, donc d'une spécialisation » croissante. Adde Ph. Hubert, *Spécialité et droit*, thèse, Aix-Marseille III, 1996.

⁶⁰ M. Delmas-Marty, « Réinventer le droit commun », *D.* 1995, chron. p. 1 s., spéc. p. 2.

⁶¹ La spécialisation croissante des règles de droit s'accompagne elle-même de la spécialisation croissante des juristes.

1) V. par ex. F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 s., spéc. p. 930. V. aussi le (triste) constat fait par un auteur, selon lequel « un juriste n'a jamais qu'une connaissance partielle du droit objectif ; il ne maîtrise que son domaine de spécialité » (N. Delegrave, *Le droit commun et le droit spécial*, thèse Paris II, 2011, n° 10, p. 21). Pour une sévère critique de cette tendance, v. S. Cabrillac, « Le gage sur stocks du Code de commerce », in *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, dir. S. Cabrillac, C. Albigès et C. Lisanti, Litec, 2007, p. 45 s., spéc. p. 46-47 (tendance qui « relève à la fois de la sociologie et de la mode »). Rapp. P.-Y. Gautier, « La vertu des professionnels du droit », in *La vertu*, dir. J. Foyer, C. Puigelier et F. Terré, PUF, 2009, p. 273 s., spéc. n° 16, qui met en garde contre une tendance à « l'hyperspécialisation ». Adde K. Haeri, in « L'avenir de l'enseignement du droit », *RDA* n° 8, oct. 2013, p. 88. La tendance n'est pas spécifique à la France : pour les États-Unis par ex., v. déjà E. O. Laumann et J. P. Heinz, « *Specialization and prestige in the legal profession : the structure of deference* », *Law & social inquiry - Journal of the American bar foundation* 1977, p. 155 s. (1977 Am. B. Found. Res. J. 155).

2) La doctrine suivrait également une tendance à la spécialisation : J.-D. Bredin, « Remarques sur la doctrine », in *Mélanges P. Hébraud*, Toulouse, 1981, p. 111 s., spéc. n° 5, p. 115 ; C. Mouly, « La doctrine, source d'unification internationale du droit », *RIDC* 1986, p. 351 s., spéc. p. 357 ; B. Oppetit, « Retour à un droit commun européen », in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 73 s., spéc. p. 81-82 (l'auteur critique ceux qui « trouvent leur confort intellectuel dans cet enfermement à l'intérieur de spécialités de plus en plus étroites ») ; D. Bureau et N. Molfessis, « L'asphyxie doctrinale », in *Mélanges B. Oppetit*, Litec, 2009, p. 45 s., spéc. p. 69 (qui fustigent « l'hyperspécialisation doctrinale »).

⁶² V. par ex. les débats sur les régimes spéciaux de retraite et de sécurité sociale (v. déjà T. Tauran, *Contribution à l'étude des régimes spéciaux de sécurité sociale*, thèse Bordeaux IV, 1996, et *Les régimes spéciaux de sécurité sociale*, PUF, « Que sais-je ? », 2000) ou, dans une moindre mesure, la suppression des règles spéciales à la Corse quant à la fiscalité successorale (v. not. M. Collet, « Les Sages en font-ils trop ? », *Le Monde* 4 janv. 2012, p. 14).

⁶³ V. par ex. G. Cornu, *Introduction au droit*, 13^e éd., Montchrestien, 2007, n° 32 (« la spécialisation du droit [...] est l'un des phénomènes marquants de l'évolution contemporaine » [spécialisation « de plus en plus poussée »]) ; Y. Desdevises, « Le général et le spécial en procédure civile », in *Mélanges J. Héron*, LGDJ, 2009, p. 213 s., spéc. p. 214 (les « mouvements centrifuges [...] agitent aujourd'hui [...] tous les champs juridiques », mouvements consistant en la fuite depuis le droit commun vers le droit spécial). Rapp. F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 s., spéc. p. 927 (« le mouvement “naturel” du droit objectif,

tendance qui ne semble pas près de s'infléchir ? C'est « l'esprit de spécialité »⁶⁴ dénoncé par Carbonnier. Les règles juridiques seraient « devenues ponctuelles et particularistes » ; elles se présenteraient de plus en plus comme des « *textes spéciaux* »⁶⁵. L'on assisterait à l'« essor de la *spécialité juridique* »⁶⁶, contribuant à l'avènement, selon l'expression de Josserand, d'un « droit de classe »⁶⁷. L'affirmation du constituant de 1791, selon lequel « il n'y a plus, pour aucune partie de la Nation, ni pour aucun individu, aucun privilège, ni exception au droit commun de tous les Français »⁶⁸, apparaîtrait aujourd'hui singulièrement datée⁶⁹ : en France et au-delà, « le droit de classe renaît », écrivait Dabin, « avec une vigueur et une ampleur telles qu'il risque de submerger le droit commun »⁷⁰. *À chacun son droit spécial* en somme et, affirment certains, même le droit commun suivrait parfois une tendance à se spécialiser⁷¹. Le mouvement est frénétique. Si la fiction démocratique d'un droit fait par tous tient encore, qu'en est-il de celle d'un droit fait *pour tous* ? L'hymne au droit commun prendrait, dès l'abord, des accents de *requiem*.

13. **Une « tendance régressive ».** Fustiger le droit spécial en bloc est évidemment hors de propos : la spécialisation, règles de droit comprises, relève parfois d'une « évidente nécessité »⁷² ; lorsque ses règles correspondent à des différences objectives de situation, le droit spécial est « non seulement légitime, mais indispensable »⁷³. Cependant, la

depuis le Code civil, est la différenciation et la spécialisation » ; S. Mauclair, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse Orléans, 2011, n° 14 ; A. Wijffels, « Qu'est-ce que le *ius commune* ? », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 643 s., spéc. p. 647-648 (« les spécialisations et domaines du droit se multiplient à une allure incontrôlée »).

⁶⁴ J. Carbonnier, « *V^o* Famille, Législation et quelques autres », in *Flexible droit*, 10^e éd., LGDJ, réimpr. 2007, p. 275, spéc. p. 282 (l'auteur le décrit ici pour la famille).

⁶⁵ J. Chevallier, *L'État post-moderne*, 3^e éd., LGDJ, 2008, p. 105 (pour les deux dernières citations). Adde M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., PUF, 2012, p. 132.

⁶⁶ F. Terré, « La « crise de la loi » », *APD* 1980, t. 25, *La loi*, p. 17 s.

⁶⁷ L. Josserand, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *DH* 1937, chron., p. 1 s. V. aussi J. Léauté, *Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français*, thèse Paris, 1946, p. 101 s. (p. 185, l'auteur estime qu'en rétablissant « le droit corporatif », « c'est vers le Moyen âge » que retourne le droit contemporain).

⁶⁸ Préambule de la Constitution du 3 septembre 1791. V. aussi le récit de l'abolition des privilèges fait par J. Michelet : « La nuit était avancée, il était deux heures. Elle emportait, cette nuit, l'immense et pénible songe des mille ans du Moyen âge. L'aube, qui commença bientôt, était celle de la liberté. Depuis cette merveilleuse nuit, plus de classes, des Français ; plus de provinces, une France ! » (« Nuit du 4 août », in *Histoire de la Révolution française*, t. 1, Gallimard, « La Pléiade », 1976, p. 216-217). Adde J.-P. Hirsch, *La nuit du 4 août*, Gallimard, 1978, rééd. 2013.

⁶⁹ Le temps semble loin en effet où d'aucuns pouvaient affirmer : « Le droit commun ! Doit-on y être jeté la tête la première, ou y être replacé lentement, ou s'y laisser glisser soi-même, c'est tout ce qui resterait à déterminer » (M^{gr} Isoard, *Le droit commun*, Palmé, 1881, p. 10).

⁷⁰ J. Dabin, « Droit de classe et droit commun. Quelques réflexions critiques », in *Mélanges É. Lambert*, t. 3, Sirey-LGDJ, 1938, p. 66 s., spéc. p. 67-68 (pour les deux dernières citations).

⁷¹ F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 8.

⁷² É. Durkheim, *De la division du travail social* (1893), 8^e éd., PUF, 1967, p. 16.

⁷³ J. Dabin, « Droit de classe et droit commun. Quelques réflexions critiques », in *Mélanges É. Lambert*, t. 3, Sirey-LGDJ, 1938, p. 66 s., spéc. p. 75. En effet, « parce qu'elle vise à organiser la société, la règle de droit ne peut se limiter à l'énoncé de quelques règles vagues et générales » : il faut parfois indéniablement « prendre en considération le particularisme des diverses situations de la vie sociale pour y imposer des règles adéquates » (J.-L. Aubert et É. Savaux, *Introduction au droit*, 13^e éd., Dalloz, 2010, n° 39 ; par exemple, écrivent les auteurs, « le mariage et la société commerciale ne sauraient être soumis à des règles identiques »). Ne seraient pas contestables dans leur principe les règles spéciales « qui n'offrent rien de plus extraordinaire, dans leur spécialité, que la diversification des règles du droit selon la diversité des choses ou des opérations ou des circonstances constituant le « donné » réel préalable à l'élaboration juridique » (J. Dabin, art. préc., spéc. p. 72) ; il en serait notamment ainsi pour la liberté contractuelle : « sous prétexte de droit commun égal, reconnaître à tous, aux faibles comme aux forts, la même liberté contractuelle sanctionnée par la même contrainte, ce serait, de la part de l'État et du droit, abdiquer » (*ibid.*, p. 74). V. aussi S. Mauclair, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*,

spécialisation des règles de droit, toutes institutions confondues, semble aujourd’hui excessive⁷⁴. L’hyperspécialisation est souvent déplorée⁷⁵. Comment nier que cet excès ne correspond pas toujours – loin s’en faut – à un progrès⁷⁶ ? Source d’un « droit en miettes »⁷⁷, le phénomène, qui apparaît indissociable de celui d’inflation et de densification normative⁷⁸, serait l’une des causes d’un désordre sans précédent. Source potentielle d’insécurité juridique du fait de la multiplicité et du chevauchement des fondements qu’elle implique souvent⁷⁹, la prolifération des règles spéciales constituerait également une entrave à la simplicité du droit⁸⁰ et à son accessibilité⁸¹. Certains y discernent la première des manifestations d’une « crise du droit »⁸² depuis longtemps engagée, en même temps que l’une des causes du « désordre juridique français »⁸³. Oppetit, quant à lui, estimait que ce « recul du droit commun, en toutes matières, sous la forme de prolifération de statuts spéciaux [...] opère une régression certaine »⁸⁴. Quelle est l’ampleur de ce phénomène de

thèse Orléans, 2011, n° 14, et les références citées. Adde Y. Attal-Galy, *Droits de l’homme et catégories d’individus*, LGDJ, 2003, *passim*. V. déjà Platon, *La République ou de la justice*, livre I, « I. Socrate et Céphale - c) de la justice », in *Œuvres complètes*, t. 1, Gallimard, « La Pléiade », 1977, p. 862-863. Comp. P. Pescatore, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Bruylant, 2^e réimpr., 2009, n° 220, p. 323 : « par nature, la règle spéciale est destructrice de l’harmonie du système juridique ».

⁷⁴ Dans le même sens, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Introduction au droit*, 13^e éd., Dalloz, 2010, n° 39.

⁷⁵ V. not. E. Morin, « “Science avec conscience”, une lecture, un projet », RRJ 1984-1, p. 29 s., spéc. p. 31, qui évoque « le problème bien connu de la spécialisation, qui est devenu de l’hyperspécialisation ; ce phénomène d’hyperspécialisation fait qu’une véritable mosaïque, un puzzle d’objets, clos, fermés, disciplinaires ne peuvent plus communiquer les uns avec les autres ; la réflexion devient très difficile d’une discipline, d’un objet à l’autre ». V. aussi É. Durkheim, *De la division du travail social* (1893), 8^e éd., PUF, 1967, livre III, p. 343 s. : une spécialisation modérée peut être bénéfique, mais la spécialisation excessive est un méfait. Adde, fustigeant les « pollutions de la spécialité », J.-D. Bredin, « Remarques sur la doctrine », in *Mélanges P. Hébraud*, Toulouse, 1981, p. 111 s., spéc. n° 5, p. 115.

⁷⁶ V. spéc. *Sécurité juridique et complexité du droit*, Conseil d’État, études et documents n° 57, Documentation française, 2006, p. 229 s., *passim*. Comp. N. Bobbio, « Des critères pour résoudre les antinomies », in *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, Bruylant-LGDJ, 1998, p. 89 s., spéc. p. 97, qui évoque « la limite idéale d’un traitement différent pour chaque individu ». Rapp. R. Perrot, *De l’influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, n° 42 : « il est donc bien vrai que le progrès a sa source dans une spécialisation continue des moyens techniques dont l’homme dispose. Cette idée, qui a été maintes fois constatée dans le domaine des sciences exactes, n’est pas étrangère aux sciences juridiques ».

⁷⁷ A. Tunc, « Le droit en miettes », APD 1977, t. 22, *La responsabilité*, p. 31 s., reprod. in *Jalons - Dits et écrits d’André Tunc*, SLC, 1991, p. 205 s.

⁷⁸ V. partic. C. Thibierge et al., *La densification normative*, Mare et Martin, 2013. Rapp. déjà G. Ripert, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, réimpr. 1998, n° 21 (et n° 30, p. 92).

⁷⁹ Rapp., pour ce constat relatif à la responsabilité civile, S. Mauclair, *Recherche sur l’articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse Orléans, 2011, n° 15. Adde F. Bussy-Dunaud, *Le concours d’actions en justice entre les mêmes parties*, LGDJ, 1988. L’insécurité proviendrait ainsi de la multiplication des règles spéciales en elle-même, et non pas seulement de la difficulté à les agencer avec le droit commun (v. juste *infra*).

⁸⁰ Or, « une certaine simplicité du droit est requise pour la pénétration des règles dans la vie sociale » : c’est une limite où la diversification des règles doit s’arrêter (J. Dabin, « Droit de classe et droit commun. Quelques réflexions critiques », in *Mélanges É. Lambert*, t. 3, Sirey-LGDJ, 1938, p. 66 s., spéc. p. 79).

⁸¹ M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 203 : « la spécialisation croissante du droit éloigne le justiciable, ou tout simplement le citoyen ». V. également le rapport public du Conseil d’État pour 1991, qui met en garde contre la tendance à « laisser proliférer un droit si complexe qu’il n’est accessible qu’à une poignée de spécialistes » (*De la sécurité juridique*, n° 43, Documentation française, 1991, p. 20).

⁸² J. Vallet de Goytisolo, « *La crisis del derecho* », *Revista general de legislación y jurisprudencia* t. 212, 1962, p. 457 s., spéc. p. 457. Adde G. Ripert, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, réimpr. 1998, *passim* ; F. Terré, « La “crise de la loi” », APD 1980, t. 25, *La loi*, p. 17 s., spéc. p. 20.

⁸³ R. Libchaber, « Réflexions sur le “désordre juridique français” », in *Mélanges A. Decocq*, Litec, 2004, p. 405 s., spéc. p. 409-410.

⁸⁴ B. Oppetit, « L’apparition de tendances régressives », in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 113 s., spéc. p. 116. Dans le même sens, S. Mauclair, *Recherche sur l’articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse Orléans, 2011, n° 14. V. aussi F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., 2011, n° 2, qui y voient une illustration des « phénomènes de mode », dont le juriste « doit se méfier ». V. encore J. Carbonnier, « L’inflation législative », *Essais sur les lois*, 2^e éd., Defrénois, 1995, p. 309 : « Les lois

concurrence, voire d'éviction, du droit commun ? Quelles en sont les conséquences ? Peut-on continuer d'admettre sans restriction la prolifération des règles spéciales, quelle que soit l'institution concernée ? Autant de questions qui appellent une étude. Il reste un troisième intérêt, qui tient à la clarification du régime du droit commun.

C. Un fonctionnement obscur

14. **Un régime insondable ?** Le fonctionnement du droit commun – son *régime juridique* –, se présenterait comme obscur. À première vue en effet, ce n'est pas une impression de grande clarté qui se dégage. Comment fonctionne, techniquement, le concept ? Comment est-il mis en œuvre ? Quelle est l'ampleur des incertitudes qui l'entourent ? Telles sont les questions qui se posent, qu'il s'agisse du régime propre du droit commun ou de ses rapports avec le droit spécial.

15. **Opacité du régime propre du droit commun.** Le régime juridique du droit commun en lui-même suscite d'abord un certain nombre d'interrogations. Quelles conséquences techniques emporte la qualification de « droit commun » ? Qu'impliquent précisément, par exemple, l'article L. 311-1 du code de justice administrative en vertu duquel « les tribunaux administratifs sont, en premier ressort, les juges de droit commun du contentieux administratif », ou la disposition préliminaire du code civil du Québec selon laquelle le code civil « établit le droit commun » ? Quelles propriétés en découlent ? Autre série de questions : quelles sont les conséquences de l'absence de droit commun pour une institution donnée ? Comment régir une situation à défaut de droit commun et de toute autre règle spécifique formellement applicable à celle-ci ? Quels sont les remèdes envisageables ? Quelles différences de régime entre ces remèdes et le droit commun ? Par exemple, peut-on véritablement considérer que le délai posé par l'article 2224 du code civil, qui ne vise que les « actions personnelles et mobilières », exprime le droit commun de la prescription extinctive, comme le suggère l'intitulé de la section dans laquelle il est contenu ? Que faire pour les droits qui, quoique prescriptibles, sont délaissés par l'article 2224 précité et n'entrent dans les prévisions d'aucun autre texte plus spécifique ? Est-il permis d'appliquer l'article précité par analogie ? Est-ce obligatoire ? Les réponses à ces questions ne s'imposent pas d'emblée.

16. **Instabilité des rapports entre droit commun et droit spécial.** Les rapports entre droit commun et droit spécial apparaissent ensuite chaotiques ; ils ne se réduisent pas, loin de là, à la simplicité de l'adage *specialia generalibus derogant*⁸⁵. Oppetit voyait encore dans la question une « extrême difficulté » à la source d'une profonde « insécurité »⁸⁶. Entre le droit commun et le

modernes sont souvent très spéciales, si bien qu'elles ne s'adressent qu'à une catégorie à la fois, à une profession, à une tranche de revenus : on respire, la foudre est tombée plus loin ». *Adde* G. Ripert, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, réimpr. 1998, n° 22, p. 69, qui évoque avec nostalgie le « temps où les lois donnaient des règles générales ».

⁸⁵ V. spéc. G. Lardeux, « “*Specialia generalibus derogant*” ou la simplicité apparente des fausses évidences », obs. sur Civ. 3^e, 28 mai 2008, *RDC* 2008, p. 1251 s.

⁸⁶ B. Oppetit, « L'apparition de tendances régressives », in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 113 s., spéc. p. 116 (pour les deux dernières citations).

droit spécial, il serait difficile de toujours savoir exactement quelle règle appliquer⁸⁷ et de déterminer précisément pourquoi. L'épisode, en 2013 et 2014, du gage de stocks, en témoigne : sur une question qui impliquait les rapports entre des règles de droit commun et des règles spéciales, la Cour de cassation prit à contre-pied la grande majorité de la doctrine⁸⁸ et les juges du fond⁸⁹, décidant, sans motiver la solution⁹⁰, de fermer l'option entre les deux corps de règles et d'imposer (mais seulement implicitement) l'exclusivité des règles spéciales, laissant dans l'incompréhension des auteurs qui continuent d'affirmer que la solution retenue est inopportune⁹¹, et entraînant la résistance de la cour d'appel de renvoi – qui, dans un arrêt rendu le 27 février 2014, continue de refuser la primauté pure et simple du droit spécial⁹². Autant d'éléments qui, s'ils n'indiquent pas nécessairement que la solution est critiquable au fond, indiquent en revanche nettement qu'elle n'est *pas évidente* – d'autant que subsistent, à côté de cette exclusivité ici imposée par les hauts magistrats, et pour d'autres questions, des possibilités d'option entre droit commun et droit spécial⁹³. En outre, comment expliquer que, quoique leur relation de droit commun à droit spécial soit admise – notamment dans un principe fondamental reconnu par les lois de la République dégagé en 2011 et rappelé par la suite⁹⁴ –, les règles applicables à tout le territoire français et les règles spécifiques à l'Alsace-Moselle soient soumises dans leurs rapports à des principes qui, quant à leur méthode, ressemblent à s'y méprendre à ceux des règles de conflit utilisées en droit international privé⁹⁵ ? Circonstance d'autant plus curieuse

⁸⁷ V. par ex., pour ce constat relativement à la responsabilité civile, J. Traullé, *L'éviction de l'article 1382 du code civil en matière extracontractuelle*, LGDJ, 2007, n° 2.

⁸⁸ V. not. P. Crocq, « Gage de choses fongibles du code civil ou gage des stocks du code de commerce : le choix est-il possible ? », obs. sur CA Paris, 3 mai 2011, *RTD civ.* 2011, p. 785 s. ; Ph. Delebecque, obs. sur CA Paris, 3 mai 2011, *JCP G* 2012, 626, n° 23 ; M.-P. Dumont-Lefrand, « Le gage sur stocks de l'article L. 527-1 du code de commerce est-il exclusif du gage sans dépossession de droit commun ? », obs. sur CA Paris, 3 mai 2011, *Gaz. Pal.* 22 déc. 2011, p. 13 s. ; L. Aynès, « Le nouveau droit du gage », *Dr. et patr.* n° 161, juill.-août 2007, p. 48 s. V. cep., *contra* : V. Larribau-Terneyre, « La pluralité de régimes du gage », *RLDA* mars 2007, n° 14, étude 851, p. 73 s., spéc. III ; R. Dammann, « La réforme des sûretés mobilières : une occasion manquée », *D.* 2006, p. 1298 s.

⁸⁹ CA Paris, 3 mai 2011, n° 10/13656 ; *RTD civ.* 2011, p. 785 s., obs. P. Crocq ; *JCP G* 2012, 626, n° 23, obs. Ph. Delebecque ; *Gaz. Pal.* 22 déc. 2011, p. 13 s., obs. M.-P. Dumont-Lefrand : en choisissant de soumettre leur opération aux règles de droit commun du gage, « les parties n'ont fait qu'user d'une option qui leur était ouverte » (cité par P. Crocq, obs. préc., spéc. p. 787).

⁹⁰ Celle-ci ne semble en effet accompagnée d'aucune justification explicite : Com. 19 févr. 2013, n° 11-21.763, *Bull. civ.* IV, n° 29 ; *D.* 2013, p. 493, obs. R. Dammann et G. Podeur, chron. p. 1172 s., n° 5, obs. H. Guillou, chron. p. 1706 s., obs. P. Crocq et chron. p. 1363 s., note M. Bourassin ; *JCP G* 2013, 299, obs. A. Cerles, 585, n° 16, obs. Ph. Delebecque et 539, note N. Martial-Braz ; *RTD civ.* 2013, p. 418 s., obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2013, p. 328, obs. B. Bouloc et p. 574 s., obs. D. Legeais ; *Gaz. Pal.* 21 mars 2013, p. 22 s., obs. M.-P. Dumont-Lefrand et 13 avr. 2013, p. 29 s., obs. P. Pailler ; *Act. proc. coll.* 2013, comm. 71, obs. E. Le Corre-Broly ; *RD banc. fin.* mars-avr. 2013, comm. 59, obs. D. Legeais ; *RLDC* n° 103, avr. 2013, p. 35, obs. G. Marraud des Grottes et étude 5047, p. 26 s., note C. Gijsbers ; *Banque et droit* n° 148, mars-avr. 2013, p. 52 s., obs. N. Rontchevsky : « s'agissant d'un gage portant sur des éléments visés à l'article L. 527-3 du code de commerce, les parties, dont l'une est un établissement de crédit, ne peuvent soumettre leur contrat au droit commun du gage de meubles sans dépossession » (cassation de CA Paris, 3 mai 2011, préc.).

⁹¹ V. par ex. P. Crocq, obs. sur Com. 19 févr. 2013, *RTD civ.* 2013, p. 418 s. ; C. Gijsbers, « L'exclusion du droit commun du gage par le régime spécial du gage des stocks », *RLDC* n° 103, avr. 2013, étude 5047, p. 26 s. ; T. de Ravel d'Esclapon, « Gage de stocks : exclusivité du régime », obs. sur l'arrêt, *Dalloz actualité* 22 févr. 2013. Rapp. B. Bouloc, *RTD com.* 2013, p. 328.

⁹² CA Paris, 27 févr. 2014, n° 13/03840.

⁹³ V. par ex., pour la responsabilité du fait des produits défectueux, l'article 1386-18 du code civil (qu'il convient d'interpréter à la lumière de CJCE 25 avr. 2002, n° C-183/00, v. *infra*) ou encore, pour la garantie de conformité dans la vente de biens de consommation, l'article L. 211-13 du code de la consommation.

⁹⁴ Cons. const. 5 août 2011, n° 2011-157 QPC – 28 sept. 2012, n° 2012-274 QPC.

⁹⁵ C'est ce qui résulte d'une loi du 24 juillet 1921 « prévenant et réglant les conflits entre la loi française et la loi locale d'Alsace et Lorraine en matière de droit privé ».

que ces mêmes règles applicables à tout le territoire, dans leurs rapports avec le droit spécial de Mayotte par exemple, sont majoritairement régies par des principes de solution plus classiques – primauté du droit spécial, subsidiarité du droit commun⁹⁶ –, lesquels n’en laissent pas moins aussi, parfois, la place à une option⁹⁷. Comment se garder d’un certain « sentiment du “pile ou face” »⁹⁸ ?

17. **Utilité d’une étude.** L’inventaire révèle des questions fort nombreuses pour une notion si omniprésente. Si ce premier bilan peu flatteur pourrait inciter à renoncer⁹⁹, il semble avant tout le signe qu’une étude sur le droit commun s’impose. Il en irait de la sécurité juridique, dans laquelle Roubier voyait la « première valeur sociale à atteindre »¹⁰⁰ : puisque le droit affecte la situation d’individus, une notion juridique quotidienne mais obscure serait, de ce fait, dangereuse¹⁰¹ par l’arbitraire qu’elle implique en germe¹⁰². Devant le renouvellement de la matière comme les difficultés plus anciennes qu’elle présente, une étude sur le droit commun peut donc être entreprise. Il reste à en exposer la démarche.

II. La démarche

18. **Définir la notion et étudier les applications.** Une hypothèse : si toutes ces questions se posent, n’est-ce pas parce que la notion de droit commun et son régime doivent être clarifiés ? N’est-ce pas, plus particulièrement, parce que la définition du concept reste obscure que ses applications apparaissent difficiles à saisir et à étudier ? Clarifier passerait alors par la recherche préalable de la définition du droit commun, qui permettrait une étude de la notion et de son régime juridique ; cette définition ouvrirait à l’étude des applications du droit commun, qui permettraient de dérouler et de vérifier les éléments notionnels et de régime dégagés. C’est sur cet axe que reposera la recherche.

⁹⁶ V. par ex. l’article 1^{er}, alinéa 3, de l’ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte, ou encore l’article 2503 du code civil.

⁹⁷ V. par ex. l’article 1^{er}, alinéa 4, de l’ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte : « les personnes relevant du statut civil de droit local peuvent soumettre au droit civil commun tout rapport juridique relevant du statut civil de droit local ».

⁹⁸ A. Bénabent, note sous Civ. 1^{re}, 5 mai 1993, *D.* 1993, p. 506 s., spéc. p. 507. V. aussi F. Grua, « La fée et l’horloge », *RTD civ.* 2001, p. 319 s., spéc. n° 8.

⁹⁹ V. J. de la Fontaine, *Œuvres complètes*, t. 1, *Fables et contes*, livre III, « Le renard et les raisins », Gallimard, 1987, « La Pléiade », p. 83 : un renard, considérant d’alléchants raisins mûrs et vermeils dont il « eût volontiers fait un repas » mais ne pouvant les atteindre, préfère s’en détourner et conclure qu’ils sont « trop verts, [...] et bon pour des goujats ».

¹⁰⁰ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Sirey, 1951, réimpr. Dalloz, 2005, n° 37, p. 323. Ailleurs, il la qualifie de « valeur la plus essentielle pour l’harmonie des rapports humains » (p. 333). Pour le lien avec le droit commun, rapp. du rapport public du Conseil d’État pour 1991, *De la sécurité juridique*, n° 43, Documentation française, 1991, p. 20 ; adde B. Oppetit, « L’apparition de tendances régressives », in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 113 s., spéc. p. 116.

¹⁰¹ C’est la réponse donnée par Dworkin à la question de savoir pourquoi il est important de déterminer ce qu’est le droit : R. Dworkin, *Law’s empire*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 1986, chap. 1, « *What is law ?* », spéc. p. 1 s., « *Why it matters* ».

¹⁰² Soit, par exemple, une personne majeure pour laquelle est envisagée l’ouverture d’une mesure de protection judiciaire (sauvegarde de justice, curatelle, tutelle). Aux termes de l’article 428 du code civil, l’ouverture d’une telle mesure dépend du juge et ne peut être décidée que si, notamment, les « règles du droit commun de la représentation » ne permettent pas de pourvoir suffisamment aux intérêts de la personne. Peut-on accepter que le placement de cette personne sous le joug d’une telle mesure restrictive soit tributaire de la conception que se fait le juge du « droit commun », ou de son intuition ?

19. **Intérêt : proposer un éclairage et des solutions.** Cette étude constitue l'occasion de proposer des réponses à un certain nombre de difficultés relatives au droit commun. Elle offrirait d'abord un éclairage sur la notion même ainsi que sur son régime juridique. Elle serait ensuite l'occasion de permettre une meilleure appréhension de ses applications, nouvelles – par exemple, dans le principe fondamental reconnu par les lois de la République dégagé en 2011 par le Conseil constitutionnel pour le travail dominical et rappelé l'année suivante pour les successions, ou aux articles 2333 et suivants du code civil, issus de l'ordonnance du 23 mars 2006 et relatifs au gage de meubles corporels – ou plus anciennes – par exemple, à l'article 1393, alinéa 2, du code civil, inchangé sur ce point depuis 1804. Elle permettrait également d'envisager des solutions à un certain nombre de questions qui apparaissent aujourd'hui difficiles. Notamment et parmi d'autres, l'étude permettrait de clarifier le statut de la subsidiarité du droit commun, de proposer des solutions de substitution à défaut de droit commun – par exemple pour l'absence de délai de droit commun de la prescription acquisitive et l'absence de délai et de point de départ de droit commun de la prescription extinctive –, ou encore de contribuer à sécuriser les rapports entre droit commun et droit spécial – notamment par la proposition d'un texte qui hiérarchiserait le recours à la primauté et à l'option. Sous le bénéfice de ces observations, la méthode retenue (A) et la thèse défendue (B) peuvent être exposées.

A. La méthode retenue

20. **Un essai sur le droit commun.** L'objectif est ainsi de proposer une étude sur le droit commun en général, une étude sur la technique, sur le concept même. C'est ce que voudrait essayer de refléter le titre retenu : une *étude d'ensemble* sur le droit commun, étant entendu que *l'exhaustivité n'est pas possible* et qu'il ne peut s'agir que d'un simple *essai*. Et *essai*, également, au-delà de ce premier sens de tentative et d'ébauche, car il s'agira, en filigrane, de défendre et de démontrer l'idée que le droit commun est un concept aisément praticable et un outil d'une importance fondamentale, juridiquement et politiquement.

21. **Une étude décloisonnée : le droit français éclairé par la théorie générale, l'histoire et le droit comparé.** Aussi et surtout, cette étude voudrait prendre une notion, l'isoler et l'étudier sous tous ses aspects : non seulement en droit contemporain, mais encore dans l'ancien droit et dans le droit révolutionnaire qui ont mené à la notion telle que la connaît aujourd'hui le droit français. Les apports de droit comparé ne seront pas non plus négligés lorsqu'ils apparaîtront nécessaires. Cette démarche se justifie particulièrement ici : la notion de droit commun est si transversale qu'une véritable étude d'ensemble, regroupant les problématiques essentielles sur un même support, s'impose¹⁰³. L'examen des travaux doctrinaux antérieurs permet de préciser, en creux, la méthode adoptée et les limites de l'étude proposée.

¹⁰³ Pour cette raison, l'étude tâchera de n'être pas davantage limitée au droit privé (même si les exemples pris en relèveront principalement en raison, il faut l'admettre, de la formation de l'auteur) : le droit public ne peut être absent des développements.

22. **Études existantes sur le droit commun.** La démarche pourrait apparaître téméraire : *sur le droit commun*, tout n'a-t-il pas déjà été dit, et bien dit ? Les études brillantes se sont en effet succédées. Néanmoins, celles-ci n'épuiseront pas le sujet du droit commun *en tant que tel*. Les études qui abordent le concept semblent pouvoir, très schématiquement, être classées en deux catégories. D'une part, un certain nombre d'études traitent du droit commun dans ses rapports avec le droit spécial¹⁰⁴, du droit commun d'une institution déterminée¹⁰⁵ ou même, plus ciblées, du droit commun d'une institution déterminée dans ses rapports avec le droit spécial de cette même institution¹⁰⁶ – souvent le contrat¹⁰⁷ ou la responsabilité civile¹⁰⁸. Ces études, déterminantes, présentent l'avantage d'offrir une analyse détaillée du point spécifique qui constitue leur objet, mais elles ne paraissent pas embrasser toutes les questions posées sur le droit commun – ce n'est pas leur but. D'autre part, quoique plus rares, les études non limitées à une institution existent¹⁰⁹. Leur grande qualité est de recenser des questions générales et d'ouvrir des

¹⁰⁴ V. not. B. Saintourens, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse Bordeaux I, 1986 ; N. Delegeve, *Le droit commun et le droit spécial*, thèse Paris II, 2011 ; R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron. p. 91 s. ; J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 s. ; F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 s. ; C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s. *Adde* J.-C. Vénézia, « Le droit administratif français est-il encore un droit dérogatoire au droit commun ? », in *Mélanges E. Spiliotopoulos*, Athènes, Sakkoulas et Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 453 s. ; M. de Juglart, « Droit commun et droit maritime », *DMF* 1986, p. 259 s.

¹⁰⁵ Par ex. X. Labbée, *Le droit commun du couple*, 2^e éd., Villeneuve d'Ascq, PU Septentrion, 2012 ; J.-J. Lemouland, « L'émergence d'un droit commun des couples », in *Mariage-conjugalité - Parenté-parentalité*, dir. H. Fulchiron, Dalloz, 2009, p. 33 s. ; J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil - Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996 ; O. Gout, « Quel droit commun pour les sûretés réelles ? », *RTD civ.* 2013, p. 255 s. ; D. Legeais, « Le Code de la consommation siège d'un nouveau droit commun du cautionnement », *JCP E* 2003, comm. 1433, p. 1610 s. ; V. Magnier, *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, LGDJ, 1999 ; M.-L. Coquelet, « La loi du 24 juillet 1966 comme modèle d'un droit commun des groupements », in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 195 s. ; P. Le Cannu, « Existe-t-il une société de droit commun ? », in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 247 s. ; C. Simler, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Litec, 2010.

¹⁰⁶ Dans le même sens, v. A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, thèse Paris II, 2011, n° 156, qui signale que, pour une grande part, les travaux existants portent sur « un champ spécifique », si bien que « les systèmes proposés n'ont *a priori* pas vocation à dépasser ce domaine d'étude car ils reposent sur des considérations propres à la matière » ; v. aussi n° 157 : « l'heure n'est plus à résoudre les conflits de normes en droit privé, mais seulement en droit des contrats ou en droit de la responsabilité. Ce résultat peut être regretté puisque ces conflits présentent une unité conceptuelle indiscutable, laquelle pourrait appeler une solution uniforme. Il s'inscrit pourtant parfaitement dans la conception du droit contemporain à une complexité – et donc une spécialisation – toujours accrue ».

¹⁰⁷ V. spéc. C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009 ; D. Mazeaud, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Dalloz, 2005, p. 73 s. *Adde* M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, 2004 ; M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, 2001 ; M. Hervieu, *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats*, thèse Paris II, 2010 ; F. Bérenger, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007 ; A. Supiot, « La contribution du droit social au droit commun des contrats », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé*, dir. A. Wijffels, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 47 s. *Adde* P. Puig, « Pour un droit commun spécial des contrats », in *Mélanges Jacques Foyer*, Economica, 2007, p. 825 s.

¹⁰⁸ V. par ex. M. Poumarède, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003 ; L. Clerc-Renaud, *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, thèse Chambéry, 2006 ; S. Mauclair, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse Orléans, 2011. *Adde* A. Ballot-Léna, *La responsabilité civile en droit des affaires - Des régimes spéciaux vers un droit commun*, LGDJ, 2008.

¹⁰⁹ V. not. M. Boumghar et V. Durand (dir.), *Les nouvelles échelles du droit commun*, Bruxelles, Larcier, 2013 ; A. Rivard, « La notion du "droit commun" » *La Revue du droit*, vol. 3, n° 6, févr. 1925, p. 257 s. (3 R. du D. 257) ; M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994 et « Réinventer le droit commun », *D.* 1995, chron. p. 1 s. ; *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, PUF, 2003, V° « Droit commun », par J.-L. Thireau. *Adde* M. Juneau, *La notion de droit commun en droit civil québécois*, Université Laval, Québec, 2009 ; J. E. C. Brierley, « La notion de droit

pistes de réflexion d'ensemble ; cependant – c'est le corollaire –, ces études pourraient parfois donner l'impression de poser davantage de questions qu'elles ne permettent d'en résoudre. Si ces deux types d'études sont ainsi riches et profitables, l'un comme l'autre laisseraient la place à une étude générale de clarification, jamais véritablement menée, sur le droit commun.

23. **Méthodologie de l'étude proposée.** L'étude proposée ne prétend bien évidemment pas « achever » les réflexions sur le droit commun. Elle entend plus modestement, d'une part, proposer sur le concept des réflexions limitées ni aux rapports entre droit commun et droit spécial, ni à une institution en particulier et, d'autre part, envisager des réponses aux questions générales posées par le concept : elle se voudrait une *étude d'ensemble*. Ici surgit pourtant une difficulté méthodologique. Trop restreindre le propos empêche une étude globale, mais trop l'étendre empêche d'approfondir les considérations. Une réflexion de Jean Gaudemet pourrait faire avancer le débat : l'auteur estimait que ne pas se limiter à faire des considérations générales sur le droit commun, mais les vérifier « *pour chaque institution* [...] aurait le mérite d'une grande précision dans le détail »¹¹⁰. C'est de ce conseil méthodologique que nous nous inspirerons : s'il est difficile de vérifier les constats *pour chaque institution*, le droit commun peut en revanche être étudié à travers l'examen d'un certain nombre d'institutions juridiques¹¹¹. Telle est la démarche proposée.

24. **Justification.** Outre que cette méthode semble permettre d'éviter les écueils signalés, elle s'impose également au regard du concept même de droit commun. Nous y reviendrons, le droit commun n'est jamais « absolu ». Au contraire, il apparaît toujours comme le droit commun *d'une institution déterminée* : il est par essence un concept *relatif*¹¹², toujours et partout *appliqué à une institution juridique* (par exemple le contrat, la prescription extinctive, les délits, la responsabilité administrative). Une telle démarche permet enfin de construire l'étude sur les bases d'une logique inductive qui constituera le fondement des constats généraux opérés. Il reste à exposer brièvement la thèse défendue.

commun dans un système de droit mixte : le cas de la province de Québec », in *La formation du droit national dans les pays de droit mixte*, Aix-en-Provence, PUAM, 1989, p. 103 s. Quant à M^{gr} Isoard, *Le droit commun*, Palmé, 1881, l'ouvrage est en réalité un essai sur la place de l'Église dans la société. La doctrine étrangère considère souvent le sujet dans sa seule perspective historique (v. not., pour l'Italie, les travaux de F. Calasso, en partic. *Introduzione al diritto comune*, Milan, Giuffrè, 1951 ; *adde* not. G. Ermini, *Corso di diritto comune*, 3^e éd., Milan, Giuffrè, 1952).

¹¹⁰ J. Gaudemet, « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e) », in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, t. 1, Florence, Olschki, 1977, p. 157 s., spéc. p. 157-158 (à propos du « droit commun de la France » ; l'auteur ajoutait : « mais elle serait fort longue, exigerait de minutieuses recherches » – nous ajoutons les italiques). *Adde* J. L. de los Mozos, « El "derecho común" en la formación del derecho civil », in *Estudios I. Serrano*, t. 1, Valladolid, 1965, p. 157 s., spéc. p. 179 (« *habría que analizar la influencia concreta [...] en las particulares instituciones de nuestro sistema jurídico* »).

¹¹¹ Celles-ci étant entendues comme « des ensembles de règles de droit, des corps de règles, organisées autour d'une idée centrale, formant un tout systématiquement ordonné et permanent » (*Rép. civ.* Dalloz, 1952, t. 2, V^o « Institution », par J. Brèthe de la Gressaye – entrée supprimée du *Répertoire* actuel) : v. *infra*, n^o 180.

¹¹² V. *infra*, n^o 151 s.

B. La thèse défendue

25. **Axe retenu.** Cet essai est donc consacré à l'étude de la notion de droit commun ainsi que de son régime juridique. Une démarche se dégage pour l'examen de ces questions. Avant tout, parce qu'elle permet de saisir le concept et de trier les utilisations faites de l'expression par la doctrine et en droit positif, la *définition* du droit commun doit être recherchée. Une fois posées ces bases, les *applications* du concept en droit positif peuvent être étudiées et détaillées ; elles permettent d'en appréhender le fonctionnement concret et pratique.

26. **Substance.** La thèse soutenue part de ces idées. À titre liminaire, il apparaît que pour une institution donnée, le droit commun renvoie aux règles juridiques dont le domaine d'application est indéfini ; par conséquent, il bénéficie d'une obligatoire vocation subsidiaire – il est applicable à défaut de toute autre règle applicable. Cette définition conduit à écarter un certain nombre d'assimilations entre le droit commun et d'autres notions – théorie générale, droit civil, droit naturel, droit européen entre autres. Surtout, elle permet de mettre en évidence les *deux applications* faites du droit commun en droit positif : jamais présent à l'état brut, le droit commun existe dans ses utilisations soit comme droit commun « territorial » – qui apparaît aujourd'hui largement occulté en doctrine –, soit comme droit commun « matériel »¹¹³ – qui apparaît mieux connu, mais appelle une synthèse. Cette étape permet de se dégager de l'approche tendant à occulter le volet territorial du droit commun, comme de mieux en appréhender le volet matériel. À l'issue de celle-ci, il apparaît que les utilisations du concept par le droit positif renvoient nécessairement à l'une ou l'autre de ces applications. Par exemple, c'est au *droit commun territorial* des régimes matrimoniaux que renvoie l'article 1393, alinéa 2, du code civil, tandis que c'est au *droit commun matériel* du gage que renvoie la section contenant les articles 2333 et suivants du même code. Toutes deux rattachées au socle commun de la définition générale et du régime juridique de la notion, ces deux applications se distinguent néanmoins l'une de l'autre sur un point : le droit commun territorial renvoie au domaine d'application *ratione loci* indéfini, alors que le droit commun matériel renvoie au domaine d'application *ratione materiae et personae* indéfini. Il en résulte que selon l'application concernée, les règles auxquelles renvoie le concept de droit commun varient – les deux applications *ne désignent pas les mêmes règles* et doivent donc être distinguées. L'étude de ces deux applications distinctes d'une même notion montre au demeurant que si le droit commun est une technique concurrencée, il n'est pas un concept moribond ou incertain.

27. **Plan.** Le plan retenu reprend directement ces idées. Le droit commun, concept *sui generis* qui renvoie, pour une institution donnée, aux règles juridiques dont le domaine d'application est indéfini (partie préliminaire), connaît deux applications pratiques distinctes : le droit commun territorial, qui renvoie aux règles juridiques dont le domaine d'application *ratione loci* est indéfini et le droit commun matériel, qui renvoie aux règles juridiques dont le

¹¹³ Le terme d'« application » étant ici classiquement entendu comme l'utilisation d'une notion abstraite, le droit commun, sa mise en pratique, sa réalisation en droit positif (*Trésor de la langue française*, V^o « Application », sens I B, 1^o et 2^o). L'« application, opposée à la théorie » renvoie à la « mise en pratique, mise en usage, mise à exécution » (É. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, V^o « Application », sens 5).

domaine d'application *ratione materiae* et *personae* est indéfini. Dans l'approche retenue, analytique, la partie préliminaire permettra de dégager une grille de lecture que nous appliquerons, tour à tour, au droit commun territorial (première partie) et au droit commun matériel (deuxième partie).

Partie préliminaire – Le concept de droit commun

Première partie – Le droit commun territorial

Deuxième partie – Le droit commun matériel

PARTIE PRELIMINAIRE – LE CONCEPT DE DROIT COMMUN

28. **Définir le droit commun.** Sollicitée quotidiennement pour désigner des réalités diverses¹¹⁴, la notion de droit commun renvoie de prime abord une impression brumeuse. N'est-ce pas le signe qu'il faut revenir à sa définition¹¹⁵ ? Pour cerner le fonctionnement du droit commun et ses applications, il convient en effet de déterminer au préalable à quoi il renvoie. Austin le remarquait, le sens des termes juridiques n'est pas toujours suffisamment interrogé¹¹⁶. La notion de droit commun en constitue un exemple : souvent utilisée mais rarement définie, elle renverrait à ces « concepts induits »¹¹⁷ dépeints par Eisenmann. Au XIII^e siècle déjà, Beaumanoir « s'y réfère sans la définir, comme s'il s'agissait d'une chose familière à ses lecteurs »¹¹⁸. Illustration supplémentaire du constat selon lequel « plus les notions juridiques occupent une position centrale, moins elles sont définies »¹¹⁹, de nombreux écrits contemporains adoptent une même posture silencieuse¹²⁰. Or, faute d'intérêt suffisant porté à sa définition, plane sur le droit commun une part d'incertitude qui s'accorde mal avec l'omniprésence d'une notion dont les textes¹²¹ et les décisions de justice¹²² font de nombreuses mentions¹²³. Une définition pourra ainsi être esquissée¹²⁴.

¹¹⁴ V. *supra*, introduction.

¹¹⁵ Rapp. J. Limpens, « Les facteurs propices à l'écllosion et au développement d'un droit commun européen », in *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 75 s., spéc. p. 75 : « Il convient tout d'abord de s'entendre sur la signification des mots "droit commun" ».

¹¹⁶ J. L. Austin, « *A plea for excuses* », *Proceedings of the aristotelian society 1956-1957*, p. 1 s., spéc. p. 14 : « *practising lawyers and jurists are by no means so careful as they might be to give to our ordinary expressions their ordinary meanings and applications. There is special pleading and evasion, stretching and strait-jacketing, besides the invention of technical terms, or technical senses for common terms. Nevertheless, it is a perpetual and salutary surprise to discover how much is to be learned from the law* ».

¹¹⁷ C. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », in *APD 1966*, t. XI, *La logique du droit*, p. 25 s., spéc. p. 27-28 : « les arrêts emploient souvent [...] un vocable conceptuel dont aucun texte législatif ne donne la définition, qu'eux-mêmes ne définissent pas, mais ils procèdent sur la base de ce mot à tout une série de qualifications, c'est-à-dire décident que des objets concrets [...] correspondent au mot, donc au concept qu'il est censé désigner, ou [...] n'y correspondent pas. En ce cas, le juriste cherche [...] à dégager de cet ensemble de qualifications le concept sur lequel elles reposeraient, dont elles feraient application ».

¹¹⁸ P. Petot, « Le droit commun selon les coutumiers », *RHDFE 1960*, p. 412 s., spéc. p. 422.

¹¹⁹ C. Atias, « Restaurer le droit du contrat », *D. 1998*, chron. p. 137.

¹²⁰ Par ex. F. Peltier, *Marchés financiers et droit commun*, Banque, 1997 ; É. Arrighi de Casanova, *La responsabilité médicale et le droit commun de la responsabilité civile*, thèse Aix-en-Provence, 1946 ; J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil - Droit commun des sûretés réelles* (dir. J. Ghestin), LGDJ, 1996. *Adde* les *Mélanges M. Prieur*, Dalloz, 2007, *Pour un droit commun de l'environnement ; Vers un droit commun disciplinaire ?*, dir. P. Ancel et J. Moret-Bailly, PU Saint-Étienne, 2007.

¹²¹ Par ex. et not. : articles 428, 1393 ou 2509 du code civil ; articles 132-30, 132-41 ou 132-57 du code pénal.

¹²² Par ex. Civ. 1^{re}, 26 juin 2013, n° 12-30.154, *Bull. civ. 1*, n° 139, ou Cons. const. 5 août 2011, n° 2011-157 QPC.

¹²³ Rapp. D. Mazeaud, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Dalloz, 2005, p. 73 s., spéc. n° 2, p. 74-75, pour lequel « il faut bien constater qu'il est périlleux d'accorder, sans hésitation, le label de droit commun ou de droit spécial à une règle » ; il en résulterait un « brouillage des frontières qui séparent le droit commun des droits spéciaux ».

¹²⁴ En dépit des difficultés souvent signalées de la tâche. Par ex. L. Clerc-Renaud, *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, thèse Chambéry, 2006, n° 8, p. 22 ; F. Bérenger, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, t. 1, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, n° 5 (« il semble difficile de donner du droit commun une définition satisfaisante et exclusive de toute critique ») ; F. Terré, « Esquisse d'une sociologie juridique de la commercialité », reprod. in *Du juridique et du social*, Mare et Martin, 2012,

29. **Alternative.** Le flou constaté offre au moins une certitude : la situation est de celles dans lesquelles une même expression est employée dans des significations manifestement différentes¹²⁵. De deux choses l'une dès lors : autant d'utilisations différentes du droit commun masquent soit une pluralité des définitions de la notion, soit une unité de la définition *de la notion* accompagnée d'un certain nombre d'utilisations plus discutables *de l'expression*.

30. **Pluralité de définitions du droit commun ?** Il n'est pas rare de lire que, parce qu'elle est employée pour désigner des réalités différentes, « l'expression "droit commun" revêt des sens différents »¹²⁶, des « acceptions diverses »¹²⁷, « de multiples significations »¹²⁸. Le droit commun serait ainsi l'un de ces « mots à sens multiple »¹²⁹. Il serait irrémédiablement pluriel, irréductible à une définition unitaire¹³⁰, nécessairement équivoque et susceptible d'autant de définitions que d'utilisations. Une étude sur celui-ci ne pourrait qu'en prendre acte et faire œuvre d'inventaire¹³¹. Le raisonnement pourra pourtant sembler trop court : c'est un fait avéré, l'expression « droit commun » est utilisée par la doctrine pour désigner des réalités différentes et parfois très éloignées les unes des autres (droit civil, droit naturel, droit romain, théorie générale, droit européen, etc.) ; mais on ne saurait en tirer argument pour déduire que la *notion* de droit commun elle-même est polysémique¹³² – l'assertion n'est pas démontrée. Il faut encore se demander si toutes ces utilisations de l'expression « droit commun » sont adéquates ; or, beaucoup d'entre elles paraissent difficilement résister à une mise à l'épreuve.

31. **Unité de la définition du droit commun.** La clef peut en effet consister dans une distinction entre les utilisations *de l'expression* dans le discours doctrinal et les utilisations *de la*

p. 215 s., spéc. p. 217. Adde F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. 1, Sirey, 1914, n° 52, p. 153-154 : « les définitions juridiques seront toujours provisoires et indéfiniment perfectibles ».

¹²⁵ Sur ce cas de figure, v. not. L. Wittgenstein, *Remarques philosophiques*, trad. J. Fauve, Gallimard, 1984, I, 9, p. 56.

¹²⁶ G. Pignarre, « Rapport introductif », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Dalloz, 2005, p. 1 s., spéc. n° 4, p. 8, qui y voit une expression polysémique.

¹²⁷ S. Mauclair, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse Orléans, 2011, n° 10.

¹²⁸ M.-C. Rivier, « Le droit disciplinaire, un nouvel objet dans les disciplines juridiques ? », in *Vers un droit commun disciplinaire ?*, dir. P. Ancel et J. Moret-Bailly, PU Saint-Étienne, 2007, p. 329 s., spéc. p. 334.

¹²⁹ J. Becquart, *Les mots à sens multiples en droit civil français*, PUF, 1928.

¹³⁰ Rappr. J.-M. Carbasse, *Manuel d'introduction historique au droit*, 3^e éd., PUF, 2009, n° 94 (« L'expression "droit commun" est susceptible de sens divers ») ; M. Delmas-Marty, « Réinventer le droit commun », *D.* 1995, chron. p. 1 s., spéc. p. 4 (« un droit commun, dans tous les sens du terme »). V. aussi J. E. C. Brierley, « La notion de droit commun dans un système de droit mixte : le cas de la province de Québec », in *La formation du droit national dans les pays de droit mixte*, Aix-en-Provence, PUAM, 1989, p. 103 s. : l'auteur confie avoir l'intuition « qu'il existe une unité dans la notion de droit commun au-delà d'une pluralité apparente dans ses manifestations diverses » (n° 4, p. 105), mais croit néanmoins identifier trois « types » assez différents de droit commun (« rattaché aux fondements historiques », « constitué par le droit national écrit », « issu de valeurs implicites ») ; l'auteur conclut à l'existence d'« une multiplicité de droits communs » (n° 23, p. 118) V. aussi, en anglais : J. E. C. Brierley, « *Quebec's "common laws" (droits communs) : how many are there ?* », in *Mélanges L.-Ph. Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 109 s.

¹³¹ Rappr. H. P. Glenn, « La Disposition préliminaire du Code civil du Québec, le droit commun et les principes généraux du droit », *Les cahiers de droit*, t. 46, 2005, p. 339 s., spéc. p. 341.

¹³² Dans le cas contraire, il suffirait d'utiliser une expression pour faire changer le sens de la notion qu'elle désigne. Or, de même que la définition des mots ne dépend pas de celui qui les emploie (sauf peut-être dans le monde inversé décrit par L. Caroll, *Through the looking-glass* [1871], chap. 6, New York, Barnes & Nobles Classics, 2004, p. 219), la définition d'une notion ne dépend pas de celui qui l'utilise, mais de critères préexistants, extérieurs à celui-ci. Sur la « notion de notion », v. par ex. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., PUF, 2013, « Avant-propos ».

notion par le droit positif¹³³. La pluralité des utilisations de l'expression « droit commun » dans le discours doctrinal masquerait un certain nombre d'utilisations incertaines de la *notion* – serait parfois qualifié de droit commun ce qui ne l'est pas –, à côté d'autres, plus satisfaisantes. En revanche, les utilisations de la *notion* de droit commun par le droit positif ne se révèlent pas si diverses ; aux termes de celles-ci, le droit commun, loin de renvoyer à des réalités multiples et éparses, se donne à voir comme un concept reposant sur une définition praticable et unitaire.

32. **Méthode.** Rechercher la définition du droit commun permet ainsi, en quelque sorte, d'opérer un tri entre les « bonnes » et les « mauvaises » utilisations de la *notion* ainsi que d'en fixer à grands traits le régime juridique¹³⁴. Face au chaos dénoncé, une démarche progressive et classique s'impose, consistant à *diviser la difficulté en autant de parcelles qu'il est requis pour la résoudre*¹³⁵. Hobbes l'écrivait dans des termes imagés : « on ne saurait mieux connaître une chose, qu'en bien considérant celles qui la composent », « de même qu'en une horloge, ou en quelqu'autre machine automate, dont les ressorts sont un peu difficiles à discerner, on ne peut pas savoir quelle est la fonction de chaque partie, ni quel est l'office de chaque roue, si on ne la démonte, et si l'on ne considère pas à part la matière, la figure, et le mouvement de chaque pièce »¹³⁶. La présente « *difficulté* » semble pouvoir être décomposée en deux « *parcelles* » : ce qui fait que le droit commun est *droit* d'abord ; ce qui fait que le droit commun est *commun* ensuite.

33. **Plan.** Le droit commun pourrait relever de ces concepts qui contiennent en eux-mêmes leurs critères de définition. Sa définition résulte plus précisément de deux critères : en premier lieu, le droit commun *est du droit* (Titre I) et, en second lieu, le droit commun *est commun* (Titre II)¹³⁷. Il faut encore constater l'applicabilité de la définition dégagée à travers sa mise en œuvre (Titre III).

¹³³ « Mais enfin, parlons-nous, vous et moi, de la même chose ? », finit par se demander un auteur (M^{gr} Isoard, *Le droit commun*, Palmé, 1881, p. 6). Rapp. C. Atias, *Épistémologie juridique*, 1^{re} éd., Dalloz, 2002, n° 324, qui classe le droit commun parmi les expressions « utilisées sans rigueur ».

¹³⁴ Définir est en effet énoncer les « attributs qui distinguent une chose, qui lui appartiennent à l'exclusion de toute autre » (É. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, V^o « Définition », sens 1). Rapp. des considérations méthodologiques de C. Eisenmann : « On ne peut pas dire, parce qu'on ne peut pas admettre, que tels ou tels États sont des États fédéraux, ou que telles ou telles unions d'États appartiennent à l'espèce Confédération d'États, par exemple, tant que l'on ne dispose pas d'une définition, c'est-à-dire d'une véritable notion de l'État fédéral ou de la Confédération d'États » (« Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », art. préc., spéc. n° 12, p. 34).

¹³⁵ R. Descartes, *Discours de la méthode* (1637), 2^e partie, 2^e précepte, GF, 2000, p. 49.

¹³⁶ T. Hobbes, *De Cive, ou les fondements de la politique* (1642), trad. S. Sorbière, Sirey, 1981, préf., p. 63-64.

¹³⁷ 1) Pour davantage de clarté, la définition retenue est directement présentée. Le raisonnement qui y a abouti a néanmoins été mené de manière plus classique : étude des conceptions antérieurement proposées et des objections qui y sont classiquement apportées, puis construction de la conception retenue à partir d'éléments notamment tirés du droit positif (par ex. H. Colin, *Manuel de philosophie thomiste*, t. 1, 21^e éd., Téqui, 1950, n° 54, p. 81).

2) Qu'un élément manque et il ne s'agirait plus de droit commun. C'est un « rapport d'union » (H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, Litec, 2003, n° 312) qui existe entre les deux éléments constitutifs du droit commun. Rapp. H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, 2^e éd., trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Saint-Louis, 2005, p. 22 : « peut-on encore parler d' "échec" lorsque le jeu se joue sans reine ? »

TITRE I – LE DROIT COMMUN EST DU DROIT

34. **Le droit commun est avant tout du droit.** Le droit commun apparaît comme une notion juridique quotidienne, pratique, appliquée : le législateur le vise souvent¹³⁸, le juge l'utilise quotidiennement¹³⁹ et les justiciables s'y réfèrent à la même fréquence¹⁴⁰. Ici se trouve le premier critère de définition du droit commun : dans la *juridicité*¹⁴¹. Plus précisément encore, c'est une notion de *droit positif*¹⁴². Par exemple, l'article 428 du code civil invite ainsi le juge à appliquer les « règles du droit commun de la représentation » ; et c'est bien du droit qu'applique le juge sur le fondement de cet article¹⁴³ et que les parties invoquent à l'appui du même texte¹⁴⁴. Le concept de droit commun fait partie d'un tout que forme le concept de droit ; or, en tant que partie d'un tout, il dispose des caractéristiques essentielles de ce tout. Le droit commun – le substantif l'indique – est d'abord du droit¹⁴⁵.

35. **Plan.** S'il est important de le rappeler, c'est parce que cette proposition a parfois pu – et pour cause – sembler oubliée. Gény relevait déjà que « La notion du droit, et spécialement du droit positif semblerait devoir être absolument familière à l'esprit des jurisconsultes. [...] Il est loin, pourtant, d'en être ainsi. Et, sinon l'ignorance, à tout le moins l'oubli, de ce point fondamental, explique à lui seul, bien des défaillances de méthode »¹⁴⁶. Les propos du doyen de la faculté de Nancy demeurent éclairants : ces difficultés se retrouvent pour le droit commun. Beaucoup d'incompréhensions seraient liées à l'oubli de cette idée élémentaire qu'il constitue avant tout du droit, ainsi qu'à la difficulté de cerner précisément la notion de droit. Ce constat permet de dégager le premier élément de définition du droit commun (Chapitre I) ainsi que de le distinguer d'autres notions auxquelles il est parfois assimilé (Chapitre II).

¹³⁸ Parmi de nombreuses références, v. l'article 428 du code civil, l'article 1393, alinéa 2, du même code, ou encore l'article L. 431-2, avant-dernier alinéa, du code de la sécurité sociale. Au-delà du droit français, v. par ex. la disposition préliminaire du code civil du Québec, ou encore l'article 687, alinéa 2 du *código de comercio* colombien.

¹³⁹ Parmi de nombreux exemples : Cons. const. 5 août 2011, n° 2011-157 QPC – CE 7 avr. 2011, n° 344.226, *Lebon T.* – Civ. 1^{re}, 7 déc. 2004, n° 01-10.271, *Bull. civ.* I, n° 307.

¹⁴⁰ V. par ex., parmi de nombreuses illustrations : Com. 3 avr. 2013, n° 12-15.492, *Bull. civ.* IV, n° 55 (premier et deuxième moyens de cassation) – Civ. 3^e, 14 nov. 2012, n° 11-23.808, *Bull. civ.* III, n° 167 (premier moyen de cassation) – Civ. 1^{re}, 6 juill. 2011, n° 10-30.757, *Bull. civ.* I, n° 142 (premier moyen de cassation).

¹⁴¹ Le terme est lui-même équivoque ; sur celui-ci, v. partic. R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit*, LGDJ, 2013, *passim*. Il devra être précisé.

¹⁴² Rapp. du constat de la proposition d'une convention-cadre relative au droit commun du commerce international, présenté par la délégation française à la CNUDCI en 1970, et mené par René David : « le droit commun n'est pas un simple droit modèle : c'est un droit qui est effectivement applicable » (article 12 de la proposition d'une convention-cadre relative au droit commun du commerce international, reprod. in R. David, *Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain*, Economica, 1982, p. 332 s., spéc. p. 335 ; sur cette proposition, v. *infra*, n° 126). Sur la distinction entre juridicité et positivité (entendue comme *juridicité* positive – la positivité n'étant pas limitée au droit : not. A. Comte, *Cours de philosophie positive*, 1830-1842), v. R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit*, LGDJ, 2013, not. n° 18 et n° 213.

¹⁴³ V. par ex. CA Douai, 23 nov. 2012, n° 12/05378 – CA Douai, 28 sept. 2012, n° 12/02576 – CA Rouen, 18 nov. 2011, n° 11/03193 – CA Montpellier, 1^{er} févr. 2011, n° 10/05459. Ces arrêts refusent l'instauration ou le maintien d'une mesure judiciaire de protection sur le fondement de la règle précitée.

¹⁴⁴ V. not. Civ. 1^{re}, 27 févr. 2013, n° 12-14.127, *NPB* – Civ. 1^{re}, 7 nov. 2012, n° 11-17.311, *NPB*.

¹⁴⁵ Et, pourrait-on d'emblée ajouter, du droit « objectif », par opposition aux droits « subjectifs ». Sur ces notions de droit objectif et droits subjectifs, v. par ex. P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, 2013, n° 56.

¹⁴⁶ F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. 1, Sirey, 1914, n° 13, p. 42-43.

Chapitre I – Élément de définition : règles juridiques

36. **Plan.** Puisque le droit commun est du droit, déterminer ce que recouvre la notion de « droit » apparaît nécessaire pour déterminer ce qu'est le droit commun. Une étude exhaustive de cette question n'a pas ici sa place – peut-être n'est-elle pas même possible. Nous nous bornerons simplement à constater – si l'on veut bien pardonner, à ce stade, l'aspect tautologique de l'affirmation – que le droit peut *a minima* être défini comme un ensemble de règles juridiques positives (Section I). Ce postulat permettra de déduire que le droit commun est, lui aussi, un ensemble de règles juridiques positives, car compris dans cet ensemble qu'est le droit positif (Section II).

Section I – Postulat

37. **Un rappel nécessaire.** Le postulat a toutes les allures d'un truisme : le droit est constitué de règles juridiques. L'intérêt du rappel tient cependant à ce que l'affirmation n'apparaît pas si évidente¹⁴⁷. Qu'est-ce que le droit ? La question, au moins millénaire¹⁴⁸, retint les plus grands auteurs. Devant elle, le doyen Vedel confessait son embarras¹⁴⁹. Hart en rappelait le caractère particulièrement controversé¹⁵⁰. Le Digeste avertissait d'ailleurs déjà de la difficulté de la tâche : en droit, toute définition est dangereuse, car il en est peu qui ne soit sujette à être renversée¹⁵¹ ; que dire alors d'une définition du droit lui-même¹⁵² ! Certains consacrèrent à la question des ouvrages entiers¹⁵³. Si l'on ne saurait prétendre apporter une réponse en quelques lignes, rechercher des éléments de réponse apparaît pourtant nécessaire pour déterminer ce qu'est le droit commun.

¹⁴⁷ Adde R. Demogue (*Les notions fondamentales du droit privé* (1911), rééd. La Mémoire du droit, 2001, p. 1) à propos de la notion de droit : « Sonder la profondeur de l'abîme n'est donné à personne, mais on fait preuve d'un esprit bien superficiel, si on ne cède à la tentation d'y plonger parfois le regard » (E. Renan, *Dialogues philosophiques*, p. VII).

¹⁴⁸ Déjà, dans *Le songe du Vergier* (ca. 1376-1378) attribué au conseiller du roi Évrard de Trégaumon, le chevalier au Clerc interpelle son interlocuteur : « je vous prie et requier que vous déclariez que c'est que droi vous appelez » (cité par H. Lévy-Ullmann, *La définition du droit*, Sirey, 1917, p. 2, citant Beudant, *Le droit individuel et l'État*, p. 74, et Charmont, *La renaissance du droit naturel*, p. 14).

¹⁴⁹ L'auteur confessa : « voilà des semaines et même des mois que je "sèche" laborieusement sur [cette] question, pourtant si apparemment innocente » (G. Vedel, « Indéfinissable mais présent », *Droits* 1990, n° 11, p. 67 s., spéc. p. 67). Flaubert tranchait la question en posant : le droit, « on ne sait pas ce que c'est » (G. Flaubert, *Dictionnaire des idées reçues*, V° « Droit [le] », éd. du Boucher, 2002, p. 27).

¹⁵⁰ Il avertit qu'« il est peu de questions relatives à la société humaine qui aient été posées avec autant de persistance et qui aient fait l'objet, de la part de théoriciens réputés, de réponses aussi différentes, étranges et même paradoxales » (H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, 2^e éd., trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Saint-Louis, 2005, p. 19).

¹⁵¹ Dig., 50, 17, 202 (Iavolenus) : « *Omnis definitio in jure civili periculosa est : parum est enim, ut non subverti possit* ».

¹⁵² Rapp. B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, n° 12 s. V. aussi A. Leca, *La genèse du droit - Essai d'introduction historique au droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2000, n° 1.

¹⁵³ V. not. H. Lévy-Ullmann, *La définition du droit*, Sirey, 1917 ; H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, 2^e éd., Bruxelles, Saint-Louis, 2005 ; R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit*, LGDJ, 2013. Au-delà, nombre d'ouvrages contiennent au moins un chapitre consacré à la question, par ex. : J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, 2012, n° 13 s. ; R. Dworkin, *Law's empire*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 1986, chap. 1, « *What is law ?* », p. 1 s. ; A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1981, chap. 1, p. 19 s. ; R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé* (1911), rééd. La Mémoire du droit, 2001, p. 1 s., « La notion de droit ».

38. **Plan : le plus petit dénominateur commun.** Carbonnier l'annonçait : *il y a plus d'une définition dans la maison du droit*¹⁵⁴. M. Libchaber juge pour cette raison la notion « insaisissable »¹⁵⁵. Comment faire le départ entre toutes les théories proposées sur le droit¹⁵⁶ ? Une méthode peut consister à rechercher si les théories s'accordent sur un point, et lequel. Cette méthode peut d'autant plus être retenue qu'elle apparaîtra suffisante pour déterminer ce qu'est le droit commun dans les systèmes juridiques positifs. Il s'agit donc d'essayer de trouver une définition du droit *a minima*, une sorte de plus petit dénominateur commun entre toutes les conceptions proposées¹⁵⁷. Ces dernières se retrouveraient sur un point élémentaire : le droit est composé de règles juridiques positives. Cette position sera énoncée succinctement (§ I) avant de faire l'objet de quelques explications (§ II).

§ I – Énoncé

39. **Le droit est un ensemble de règles juridiques.** Qu'est-ce que le droit ? La lecture des ouvrages et contributions consacrés à la définition du droit révèle que ce dernier est, presque unanimement, au moins défini par son contenu, comme un ensemble de *règles juridiques positives*¹⁵⁸ : ce serait le plus petit dénominateur commun, la définition *a minima* sur laquelle les juristes semblent s'accorder¹⁵⁹. De nombreux auteurs notent en effet la « place nécessaire » de la

¹⁵⁴ J. Carbonnier, « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 5 s.

¹⁵⁵ R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit*, LGDJ, 2013, n° 21.

¹⁵⁶ Notamment entre les idéalistes et les positivistes (sur ces courants, v. par ex. B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999), chacun des deux courants étant par ailleurs composé d'une mosaïque de conceptions différentes (rapp. E. Pattaro, « Définir le droit », *APD* 1990, n° 11, p. 47 s., qui insiste sur la très grande variété des courants que doit considérer celui qui veut traiter la question de la définition du droit).

¹⁵⁷ Pour autant, le droit ne s'y résume pas probablement pas ; il apparaît comme un phénomène infiniment plus complexe (v. partic. R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit*, LGDJ, 2013, *passim* ; l'auteur propose de définir le droit comme *le discours émanant d'une collectivité, par lequel elle exprime ses valeurs de manière à garantir la cohésion sociale* – conférence de présentation de l'ouvrage, Institut Villey, 31 janv. 2014, notes personnelles). Simplement, la position apparaît suffisante pour l'objectif, que s'assigne cette étude, de proposer une définition du droit commun.

¹⁵⁸ V. not. : H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, 2^e éd., trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Saint-Louis, 2005, p. 257 (l'auteur revient sur son ouvrage et explique que son objectif a été de « décrire le droit comme une institution sociale et politique complexe caractérisée par le fait qu'elle est gouvernée par des règles ») ; H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, Montchrestien, 12^e éd. par F. Chabas, 2000, n° 1 ; F. Terré, *Introduction au droit*, 9^e éd., Dalloz, 2012, n° 3 ; R. Encinas de Munagorri et G. Lhuillier, *Introduction au droit*, Flammarion, 2002, p. 12 s. ; P. Voirin et G. Goubeaux, *Droit civil*, t. 1, 33^e éd., LGDJ, 2011, n° 2 ; M. Miaille, « Définir le droit », *APD* 1990, n° 11, p. 41 s., spéc. p. 42 ; P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, 2013, n° 56 ; A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1981, § 48. Rapp. G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit* (1820), trad. J.-F. Kervégan, PUF Quadrige, 2003, § 3, p. 112. *Adde* R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit*, LGDJ, 2013, *passim*. H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, Litec, 2003, p. 5 s. (suggérant que le droit n'est pas composé que de règles, mais aussi du système constitué par ces règles). Pour d'autres exemples d'auteurs (Planiol, Ripert et Boulanger, Colin et Capitant, Demolombe), v. M. Villey, « Une définition du Droit », in *APD* 1959, *Droit et histoire*, p. 47 s., spéc. p. 48-49.

¹⁵⁹ Les conceptions ne divergeraient jamais véritablement sur ce point ; particulièrement rares en effet sont ceux qui n'admettent pas *a minima* sur cette idée (H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, LGDJ, 1948, n° 7 : la conception du droit comme un ensemble de règles « apparaît soustraite à toute discussion utile, puisqu'elle est imposée par la nature même du Droit. Aussi, ni les sociologues, ni même, à voir les choses de près, les juristes d'obédience extra-légiste ne s'avisent-ils, en général, de dénier au Droit son caractère de "corps de règles" »). Rapp. C. Atias, « Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? », *APD* 1982, t. 27, p. 209 s., spéc. n° 1. V. déjà P. Abélard, *Conférences* (ca. 1125 ou 1139), trad. M. de Gandillac, Cerf, 1993, p. 153-154 (« droit naturel et droit positif »). *Adde* A. Sériaux, *Le droit naturel*, 2^e éd., PUF « Que sais-je ? », 1999, not. p. 55 s.

règle juridique « dans la définition du droit »¹⁶⁰. Même les jusnaturalistes ne nieraient pas l'existence de règles juridiques positives qui composent le droit¹⁶¹. Confirmation de ces conceptions, l'article 12 du code de procédure civile envisage ces « règles de droit » comme l'instrument par lequel le juge tranche un litige. Et de fait, les instruments de travail du juriste sont les règles de droit¹⁶² : les lois, codifiées ou non, les usages, les coutumes, voire, si l'on veut bien mettre ici de côté une controverse séculaire, la jurisprudence. Le postulat *a minima* selon lequel le droit est un ensemble de règles juridiques positives semble donc raisonnable : conforté par les normes elles-mêmes en plus de correspondre à la vision de tous, juristes ou profanes¹⁶³, il « ne saurait guère être mis en doute »¹⁶⁴, ose même Hart, d'ordinaire plus pondéré. Il apparaît donc possible de l'adopter.

40. **Insuffisance du postulat.** Cependant, une fois posé ce premier postulat, la difficulté se déplace : qu'est-ce qu'une *règle* et, surtout, qu'est-ce qu'une *règle juridique*¹⁶⁵ ? Faute de détermination de ces éléments, la définition resterait tautologique et procéderait d'un raisonnement circulaire, puisque l'élément de définition choisi (le juridique) est inclus dans l'élément à définir (le droit) et, en quelque sorte, ne peut être défini qu'en passant par lui¹⁶⁶. À s'arrêter là, l'on définirait le droit par le droit et aboutirait à la conclusion pléonastique que le droit est juridique, ou que le droit est... du droit. Comme dans la scène dans laquelle Molière fait dire à ses docteurs que l'opium fait dormir parce qu'il a une vertu dormitive¹⁶⁷, le résultat est assez décevant¹⁶⁸. Tâcher de déterminer ce qu'est le juridique et ce qu'est une *règle juridique* permettrait de sortir de la circularité.

¹⁶⁰ H. Lévy-Ullmann, *La définition du droit*, Sirey, 1917, p. 144 (pour les deux dernières citations).

¹⁶¹ Pour le constat, v. not. E. Pattaro, « Définir le droit », *APD* 1990, n° 11, p. 47 s., spéc. p. 47. V. déjà P. Abélard, *Conférences* (ca. 1125 ou 1139), trad. M. de Gandillac, Cerf, 1993, p. 153-154 (« droit naturel et droit positif »). Adde A. Sériaux, *Le droit naturel*, 2^e éd., PUF « Que sais-je ? », 1999, p. 55 s.

¹⁶² « Règles » ou « normes », les deux termes étant fréquemment employés indifféremment, l'un pour l'autre : v. not. A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, chron. 34, p. 199 s., spéc. n° 3 (« nous parlerons indifféremment de *règle* ou *norme* juridique »). V. aussi le *dictionnaire* Littré, V° « Norme » : « se dit quelquefois pour règle ». Exposant sa préférence pour le terme de « norme » (mais sans véritablement y imprimer une nature différente), v. cep. H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Bruylant-LGDJ, 1997, p. 88. Comp. P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, 2013, n° 8.

¹⁶³ Hart note : « la plupart des gens sont capables de citer, avec facilité et assurance, des exemples de règles de droit, si on leur demande de le faire » (*Le concept de droit*, 2^e éd., trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Saint-Louis, 2005, p. 21).

¹⁶⁴ H. L. A. Hart, *op. cit.*, p. 26.

¹⁶⁵ Un auteur pointe la difficulté : « On croit souvent que l'on jette de la lumière sur le droit lorsqu'on le définit comme un ensemble de règles, de normes – de règles de conduite ou normes éthiques. En réalité, on ne fait ainsi que reculer le problème et projeter de l'obscurité sur de l'ombre. Car qu'est-ce exactement qu'une règle, et plus particulièrement une règle de conduite ? » (P. Amssek, « Le droit dans les esprits », in *Controverses autour de l'ontologie du droit*, dir. P. Amssek et C. Grzegorzczak, PUF Questions, 1989, p. 27). Rapp. M. Virally, « Le phénomène juridique », in *Le droit international en devenir - Essais écrits au fil des ans*, PUF, 1990, p. 31 s., spéc. p. 41 : « Comment caractériser la norme juridique parmi tous les modèles de ce type ? »

¹⁶⁶ Se contenter de définir le droit comme un ensemble de règles juridiques relève ainsi de ce que les logiciens qualifient de « diallèle » ; la définition proposée emprunte elle-même à la notion à définir.

¹⁶⁷ Molière, *Le malade imaginaire*, acte III, 3^e intermède, in *Œuvres complètes*, t. 2, La Pléiade, 1981, p. 1173).

¹⁶⁸ Rapp. E. Roguin, *La règle de droit*, Lausanne, Rouge, 1889, n° 4, p. 8 : « rien n'est plus fallacieux que de croire rendre compte du droit par le droit lui-même ».

§ II – Développements

41. **Une règle.** Qu'est-ce qu'une règle ? Pour l'usage qu'en fait le droit, le mot est pris au sens figuré. Dans celui-ci, le *dictionnaire* Littré définit la règle comme « ce qui sert à diriger, à conduire, à régir »¹⁶⁹. La règle apparaît donc comme un instrument, présenté sous la forme d'un ensemble de mots, qui prescrit une conduite. Cela ne suffit pourtant pas encore : n'est-il pas des règles qui ne sont pas juridiques ? Hart le relève : « il existe des règles de nombreux types différents, [...] outre les règles juridiques, il existe des règles d'étiquette et de langage, des règles de jeu et d'associations »¹⁷⁰. Dès lors, qu'est-ce qu'une règle juridique ?

42. **Une règle juridique.** C'est probablement la question la plus délicate¹⁷¹ : qu'est-ce qu'une règle de droit, ou règle juridique ? Qu'est-ce qui fait le juridique ? Un certain nombre de critères de « juridicité positive » a été proposé par la doctrine¹⁷². Parmi ceux-ci, un critère premier semble pouvoir se dégager : la règle juridique serait une prescription de conduite obligatoire avalisée par le titulaire de la souveraineté, par le souverain – celui qui se voit confier le pouvoir de *juris dictio*, qui se voit donner compétence pour édicter des règles de droit¹⁷³. En d'autres termes, la règle de droit – et, partant, le droit lui-même – tirerait sa spécificité de son origine¹⁷⁴ : le critère ultime de la juridicité positive résiderait ainsi dans l'« oblitération », directe ou indirecte, par le souverain. Une conception dénaturée, plus contestable car partielle, identifie le droit à l'État¹⁷⁵ ; elle le fait car, dans les systèmes juridiques occidentaux modernes – dont il sera

¹⁶⁹ É. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, V^o « Règle », sens 2.

¹⁷⁰ H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, 2^e éd., trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Saint-Louis, 2005, p. 27.

¹⁷¹ Des ouvrages entiers y sont consacrés. V. par ex. *La règle de droit*, dir. C. Perelman, Bruxelles, Bruylant, 1971 ; E. Roguin, *La règle de droit*, Lausanne, Rouge, 1889 ; D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997.

¹⁷² Parmi ces critères, figurent souvent la sanction (not. H. Lévy-Ullmann, *La définition du droit*, Sirey, 1917, p. 143 s., spéc. p. 145 s. ; *Rép. civ.* Dalloz, V^o « Lois et décrets », par L. Bach, 2004, n^o 270 s.), ou l'intervention d'un tiers impartial (rapp. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF « Quadrige », 2004, p. 318 s.). Pour l'exposé des caractères traditionnellement attribués à la règle de droit, v. par ex. H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, LGDJ, 1948, n^o 9 s. : caractères normatif congénital, impératif, coercitif, abstrait, général, structure.

¹⁷³ La souveraineté apparaîtrait en effet comme le concept central, la clef de voûte du droit, en ce que c'est à elle qu'est attachée la compétence originaires pour édicter la règle de droit (rapp. D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, *passim*). Sur celle-ci, adde É. Maulin, V^o « Souveraineté », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, PUF, 2003, p. 1434 s.

1) V. déjà les travaux de J. Bodin, (*Les six livres de la République* [1576], Lyon, de Tournes, 1579, livre I, chap. 8, « De la souveraineté » – et, sur Bodin et sa théorie de la souveraineté, v. not. O. Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, « Léviathan », 1994, première partie ; J.-F. Spitz, *Bodin et la souveraineté*, PUF, 1998. Dans les systèmes de *common law*, v. par ex. S. Veitch, E. Christodoulidis et L. Farmer, *Jurisprudence - Themes and concepts*, 2^e éd., Londres et New York, Routledge, 2012, « Sovereignty », p. 15 s.

2) Le terme de « souverain », quoiqu'ayant malheureusement acquis une connotation parfois négative du fait de l'instrumentalisation dont il a fait l'objet au XX^e siècle, n'en apparaît pas moins nécessaire dans la définition du droit. Il en serait le concept explicatif fondamental, qui permettrait de sortir d'une définition circulaire. Il pourrait être utilisé pour appréhender la régulation des rapports sociaux dans des sociétés qui connaissent l'État moderne, mais également dans des sociétés dépourvues d'État et construites en opposition à lui (telles celles, par exemple, étudiées par Pierre Clastres : *La société contre l'État : recherches d'anthropologie juridique*, Minit, 1974) : il y existerait toujours un souverain, même collectif, même diffus, à qui il reviendrait d'organiser les rapports sociaux. Adde G. Nicolau, G. Pignarre et R. Lafargue, *Ethnologie juridique*, Dalloz, 2007, p. 145 s., « *Ubi societas ibi jus*. Les autres ont-ils le droit ? »

¹⁷⁴ Rapp. P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, 2013, n^o 8 : « manquant de caractères spécifiques, faute peut-être de manquer d'une fonction spécifique, la règle de droit pourrait peut-être aller puiser à un fondement propre : c'est son origine qui marquerait sa juridicité, non ses critères extérieurs ».

¹⁷⁵ V. partic. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, titre VI, « Droit et État », n^o 36 s., p. 370 s. Pour une réfutation, v. R. Libhaber, *L'ordre juridique et le discours du droit*, LGDJ, 2013, *passim*.

ici question –, l'État apparaît comme le dépositaire de la souveraineté¹⁷⁶. Dans ces systèmes, la règle de droit sera donc celle reconnue – explicitement ou implicitement, acceptée ou tolérée –, « obliérée » par l'État¹⁷⁷. Cela ne signifie pas qu'une règle de droit est toujours édictée par l'État¹⁷⁸, mais qu'elle est toujours au moins tolérée, permise, « avalisée par lui »¹⁷⁹, que « c'est par lui que les règles de droit sont édictées ou reçues »¹⁸⁰. Gény l'exprimait ainsi : « l'État est l'agent nécessaire du droit positif »¹⁸¹. Le droit est « contrôlé par l'État »¹⁸², et c'est là ce qui semble constituer son élément discriminant premier, qu'il s'agisse de droit légiféré, de droit coutumier, ou de toute autre forme qui n'entrerait pas déjà dans l'une de ces deux catégories¹⁸³. L'État, en tant qu'il est dépositaire de la souveraineté¹⁸⁴, aurait ainsi le monopole du sceau de la juridicité¹⁸⁵ ; lui seul déciderait en dernier ressort de ce qui est ou n'est pas règle de droit¹⁸⁶. Et, en raison de cette mainmise du dépositaire de la souveraineté sur le droit, les règles juridiques sont obligatoires : le souverain se voit confier la mission de régir une société, et les règles qu'il valide

¹⁷⁶ État compris au sens large (et non simplement comme le législateur) : en droit français, le parlement, le gouvernement, les juges, sont tous des émanations de la personne morale « État », titulaire de la souveraineté. La souveraineté est ainsi l'attribut qui permet d'être maître du droit, et la souveraineté moderne est la « monopolisation du droit positif par l'État » (O. Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, « Léviathan », 1994, p. 197).

¹⁷⁷ En ce sens, v. déjà F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. 1, Sirey, 1914, n° 20 ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 378 s.

¹⁷⁸ La conception serait partielle (v. not. D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 242 : « Ô, tout serait simple si chaque norme juridique avait forcément l'État pour auteur » ; E. Roguin, *La règle de droit*, Lausanne, Rouge, 1889, n° 36) : que ferait-on alors, par exemple, de la coutume ? Le droit n'est pas seulement « la parole de celui qui de droit commande aux autres » (T. Hobbes, *Léviathan*, trad. F. Tricaud, Dalloz, 1999, chap. 15, p. 160) ; il peut aussi résulter de « la volonté du souverain signifiée par son silence » (*ibid.* chap. 26, p. 284).

¹⁷⁹ La catégorie des « règles juridiques » inclut aussi des « normes que l'État n'a pas créées et dont il ne revendique même pas la paternité. Celles-là sont simplement avalisées par lui » (D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 242). « Une norme juridique, de ce point de vue "positiviste", se comprend donc comme une norme avalisée comme telle par l'État » (p. 244). V. aussi O. Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, « Léviathan », 1994, p. 197 : cette conception « signifie non pas que l'État est le seul créateur du droit par les lois et règlements, mais que, grâce à la souveraineté, il contrôle également sa création par d'autres acteurs juridiques ». Rapp. J.-L. Thireau, « Le comparatisme et la naissance du droit français », *RHFDJSJ* 1990, n° 10-11, p. 153 s., spéc. p. 166 : la « souveraineté étatique [est] source exclusive du droit positif » (sur la naissance de cette conception étatique du droit au XVI^e siècle, v. aussi p. 191).

¹⁸⁰ A. Decocq, « Le désordre juridique français », in *Mélanges Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 147 s., spéc. p. 148.

¹⁸¹ F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. 1, Sirey, 1914, n° 20, p. 64.

¹⁸² M. Miaille, « Définir le droit », *APD* 1990, n° 11, p. 41 s., spéc. p. 43. Ou, pour généraliser, contrôlé par le dépositaire de la souveraineté.

¹⁸³ Dans le même sens, v. not. K. Wolff, « Der Rechtsbegriff » (« La notion du droit »), in *Mélanges F. Gény*, t. 1, Sirey, 1934, p. 181 s., spéc. p. 190 : « L'origine de tout droit est la *Zusinnbarkeit* au souverain. Ce qui est aussi valable pour le droit coutumier. Car, si le contenu des ordres du droit se forme ici au milieu du peuple, c'est-à-dire des dominés, cette coutume ne devient droit que quand le souverain s'approprie par une attitude qui s'y rallie – surtout en tolérant que les magistrats les appliquent –, ces normes de coutume [...]. Le droit légal et le droit coutumier sont alors l'un comme l'autre des déclarations du souverain. Le premier repose sur des déclarations expresses, le dernier sur des déclarations tacites ».

¹⁸⁴ Rapp. O. Beaud, « Compétence et souveraineté », in *La compétence*, Travaux de l'AFDA, Litec, 2008, p. 5 s. : « la souveraineté [...] ne se laisse pas limiter par des règles de droit puisque c'est grâce à elle que l'État les fixe ».

¹⁸⁵ Rapp. A. Supiot, *Homo juridicus - Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, 2005, p. 27. Il peut bien entendu déléguer cette compétence : v. par ex., pour le contrat, l'article 1134, alinéa 1^{er}, du code civil, ou, pour le droit de l'Union, les articles 88-1 et suivants de la Constitution.

¹⁸⁶ « Sur ses terres, l'État maîtrise seul la définition de ce qui constitue ou ne constitue pas du Droit. Il occupe une position de monopole absolu, inhérente à la nature souveraine de son pouvoir. Et un souverain ne partage pas ses prérogatives. [...] le Droit "positif", c'est ce qui est avalisé comme tel par la puissance publique selon les critères qu'elle dégage elle-même à cet effet » (D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 163). Rapp. C. Atias, « Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? », *APD* 1982, t. 27, p. 209 s., spéc. n° 18 : « le droit ne peut être positif que par la décision d'une autorité qui le pose et l'impose comme une vérité objective ».

doivent être obligatoirement appliquées lorsque les conditions en sont réunies¹⁸⁷. La question peut se déplacer ensuite sur le contenu de ce droit et sur les valeurs consacrées par le souverain ; cette question, morale, est tout aussi fondamentale, mais elle ne semble plus celle de la nature du droit¹⁸⁸. Cette conception, théorisée par Bodin¹⁸⁹ et reprise avec des variantes notamment par Hobbes¹⁹⁰, Bentham¹⁹¹, Austin¹⁹², Kelsen¹⁹³, semble aujourd’hui encore indépassable. Par exemple, ne peut-on considérer que « même le droit civil moderne n’existe que par la médiation de l’État »¹⁹⁴ ? Une telle définition n’apparaît pas tautologique, car elle repose sur un élément extérieur au droit – la souveraineté – qui explique la juridicité par autre chose qu’elle-même. Tel serait le critère décisif¹⁹⁵.

¹⁸⁷ 1) Sur le caractère obligatoire, v. not. P. Deumier, *Introduction au droit*, 2^e éd., LGDJ, 2013, n° 23 ; J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, 2012, n° 32 s.

2) Le caractère obligatoire du droit ne peut pour autant être confondu avec l’impérativité ; l’affirmer ferait conclure, de manière fort discutable, que le droit ne serait composé que de règles impératives. Or, le droit connaît aussi des règles supplétives, et même les règles supplétives sont obligatoires, en ce sens qu’elles *doivent* être respectées – autant que les règles impératives – lorsque les conditions d’application en sont réunies (une règle supplétive étant une règle de droit, il est *obligatoire* de l’appliquer dans ce qu’elle commande : il apparaît obligatoire de considérer que les parties peuvent y déroger et qu’à défaut, elle s’applique). Le caractère obligatoire de la règle de droit signifierait donc qu’il est *juridiquement obligatoire* de faire ce qu’elle dit, *qu’elle exprime un impératif ou une faculté*. Comp. J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, 2012, n° 31 ; P. Deumier, *Introduction au droit*, 2^e éd., LGDJ, 2013, n° 23.

¹⁸⁸ Toutes les décisions n’apparaissent pas également opportunes. S’employer à faire la part entre ce qui est « juste et bon » et ce qui ne l’est pas serait une tâche essentielle du juriste. C’est ainsi que Portalis rappelle que « la science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun » (*Discours préliminaire*). *Adde* par ex. A. Sériaux, *Le droit - Une introduction*, Ellipses, 1997, n° 39, « L’essence du droit ». Pour Gény, cette question est celle du « donné », posée comme équivalente à celle du droit naturel (F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. 4, Sirey, 1924, n° 302, v, p. 147). Pour Bodin lui-même, loin d’être le souverainiste et le décisionniste qu’une lecture rapide peut faire voir, « le bon souverain est un souverain moral et pieux » (*Dictionnaire de philosophie*, dir. J.-P. Zarader, V° « Bodin », par A. Milanese, Ellipses, 2007, p. 84).

¹⁸⁹ J. Bodin, *Les six livres de la République* (1576), Lyon, de Tournes, 1579, livre I, chap. 8, « De la souveraineté », surtout p. 108 : « la loy n’est autre chose que le commandement du souverain, usant de sa puissance ».

¹⁹⁰ T. Hobbes, *Léviathan*, trad. F. Tricaud, Dalloz, 1999, chap. 26, surtout p. 283 (« le législateur, dans toutes les Républiques, est le souverain, et lui seul ») et p. 306 (« les lois *positives* sont celles [...] qui ont été faites lois par la volonté de ceux qui exercent le pouvoir souverain »). *Adde* chap. 18, p. 185 (« est attaché à la souveraineté l’entier pouvoir de prescrire les règles » juridiques positives [que l’auteur distingue des lois naturelles]) ; chap. 26, p. 282 (définition de la loi civile comme l’ensemble des règles voulues par la République) et p. 289 (« quelle est la loi, autrement dit quelle est la volonté du souverain »). Et, du même auteur, *Éléments de loi*, trad. A. Milanese, Allia, 2006, p. 131 et 196 (v. aussi le glossaire, V° « Souverain »).

¹⁹¹ J. Bentham, *Of laws in general*, par H. L. A. Hart, Londres, Athlone, 1970, chap. 1, n° 1, p. 1 : « a law may be defined as an assemblage of signs declarative or a volition conceived or adopted by the sovereign in a state » (accentuation d’origine). V. aussi L. Strauss et J. Cropsey, *Histoire de la philosophie politique*, trad. O. Sedeyn, PUF « Quadrige », 2010, « Bentham », p. 787 s., spéc. p. 796 ; E. Pattaro, « Définir le droit », *APD* 1990, n° 11, p. 47 s., spéc. p. 47.

¹⁹² J. Austin, *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*, 3^e éd. par R. Campbell, Londres, Murray, 1869, *lecture* V, spéc. p. 181 et p. 183. V. aussi *Stanford encyclopedia of philosophy*, « John Austin », par B. Bix, 2010, n° 3 ; E. Pattaro, « Définir le droit », *APD* 1990, n° 11, p. 47 s., spéc. p. 47.

¹⁹³ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962. V. aussi C. M. Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen - Une introduction*, PU Laval, 2004, p. 65 : chez Kelsen, « la souveraineté de l’État (ou de la communauté des États) apparaît comme identique à la positivité du droit ».

¹⁹⁴ O. Beaud, *La puissance de l’État*, PUF, « Léviathan », 1994, p. 197, se référant à J. Carbonnier, « L’État dans une vision civiliste », *Droits* 1992, p. 33 s. V. aussi J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 10^e éd., Montchrestien, 2012, p. 16 : « tout droit [est] d’origine publique même quand il laisse à ses sujets un important pouvoir de création ».

¹⁹⁵ Les autres apparaîtraient, dès lors, descriptifs. C’est ce qu’un auteur appelle des « éléments d’évocation » (H. Lévy-Ullmann, *La définition du droit*, Sirey, 1917, p. 132 s., not. p. 136).

1) Par exemple, v. la position selon laquelle une règle de droit est un énoncé invariablement composé d’une « présupposition » et d’un « effet juridique » (H. Motulsky, *Principes d’une réalisation méthodique du droit privé*, LGDJ, 1948, n° 16 ; v. aussi *Rép. civ.* Dalloz, V° « Droit », par J.-L. Souriou, 2004, n° 13) ; en outre, séduisant quant à la structure des règles de droit, ce critère ne peut-il apparaître à certains égards insuffisant (des règles morales peuvent suivre la même structure), voire en partie tautologique (le juridique est défini par l’effet juridique) ?

43. **Bilan : définition de la règle juridique.** Une règle juridique serait ainsi une prescription de conduite avalisée par le dépositaire de la souveraineté – en France, l'État –, qui doit obligatoirement être respectée, recevoir application, lorsque les conditions d'application en sont réunies. Un certain nombre de conséquences découle de ces idées¹⁹⁶. Notamment, la doctrine ne peut être à la source de règles juridiques : elle ne peut formuler que des *propositions* de droit¹⁹⁷. Et, conséquence la plus fondamentale pour cette étude : le droit commun, en tant que partie du droit, est également composé de règles juridiques.

Section II – Dédution

44. **Exposé du critère déduit : le droit commun est composé de règles juridiques.** La déduction à opérer des développements précédents repose sur l'idée que le droit commun est une partie du droit et, comme partie d'un tout, il en suit les caractéristiques essentielles. Puisque le droit commun est du droit et que le droit est un ensemble de règles juridiques positives, il peut être déduit que *le droit commun est lui-même un ensemble de règles juridiques positives*. Le droit commun est donc composé de normes de conduite avalisées – c'est-à-dire directement édictées ou indirectement admises – par l'État¹⁹⁸. Et, quant aux sources du droit commun, elles peuvent elles aussi consister, comme les sources du droit lui-même, dans les lois,

2) Quant au juge, rien ne permet d'affirmer qu'il crée le droit, mais en revanche, « son action a toujours pour effet juridique d'attester officiellement la juridicité de la règle dont il assure le respect » (D. de Béchillon, *op. cit.*, p. 243) ; en d'autres termes, l'étape du procès agirait seulement comme un *révéléateur* de la juridicité.

¹⁹⁶ Notamment, le pluralisme des sources souvent évoqué ne serait qu'un pluralisme second. Au premier plan, le monisme s'exprimerait : tout reposerait sur la souveraineté confiée à une même personne morale, l'État (v. D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 250 s.), qui s'exprime à travers ses divers organes. La Constitution, les lois, les décrets, les décisions de justice, émanent directement du titulaire de la souveraineté, incarné par l'État. Si les personnes juridiques peuvent contracter, si les collectivités territoriales peuvent édicter du droit, si la coutume peut prospérer, c'est aussi parce que l'État le veut bien ou que, tout au moins, il ne veut pas le contraire. Pour preuve : l'État, par l'un de ses organes (constituant, législatif, juridictionnel, etc.), pourrait toujours mettre fin à une règle de droit, quelle qu'elle soit et quelle qu'en soit la source (v. déjà T. Hobbes, *Léviathan*, trad. F. Tricaud, Dalloz, 1999, chap. 26, p. 284) ; seule la procédure varie, en fonction du système juridique et de la nature de la règle. C'est ainsi l'État qui permet le développement des règles juridiques, et c'est aussi l'État qui peut les censurer (loi ou coutume abrogée, engagement international dénoncé, contrat annulé, etc.). En toute rigueur, *Le droit sans l'État* (L. Cohen-Tanugi, 2^e éd., PUF, « Quadrige », 2007 [1^{re} éd. 1985]), si l'on veut bien entendre par État la personification du souverain, n'existerait donc pas ; v. d'ailleurs, du même auteur, « Le droit sans les États ? », in *APD* 2004, t. 47, p. 285 s., qui admet que l'ordre juridique déconnecté de l'État est inconcevable.

¹⁹⁷ 1) V. not. C. Mouly, « La doctrine, source d'unification internationale du droit », *RIDC* 1986, p. 351 s., spéc. p. 351-352 et les références citées ; l'auteur relève que « puisqu'elle ne peut être source de règles, la doctrine ne peut être source du droit [...] que si le droit est conçu comme autre chose qu'un ensemble de règles » ce qui, nous l'avons vu, semble difficilement concevable sans dénaturer le concept même de droit. V. aussi C. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique » (1966), rééd. in *Écrits de théorie du droit, et de droit constitutionnel et d'idées politiques*, éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 289 s., spéc. p. 291. Rapp. F. Terré, « À propos de la doctrine de la doctrine de la doctrine », *RDA* n° 3, févr. 2011, p. 38 s., spéc. p. 38 ; X. Labbée, *Les critères de la norme juridique*, 1994, dern. chap.

2) Comp. C. Sintez, « Les propositions de droit sont-elles du droit ? De la force normative du rapport Catala », in *La force normative*, dir. C. Thibierge, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 243 s. : les propositions de droit ne sont pas du droit... sauf si l'on retient une définition non positive du droit. Cette position semble dès lors pouvoir être discutée : du non-juridique peut-il constituer... du droit ? L'auteur constate d'ailleurs lui-même que « les propositions du rapport Catala [...] ne sont pas juridiques » (p. 244 ; v. aussi p. 252).

¹⁹⁸ 1) Rapp. R. Cabrillac (dir.), *Vocabulaire juridique*, 5^e éd., LexisNexis, 2013, V° « Droit commun » ; et, pour le droit commun des contrats, É. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, 1997, n° 96 (v. aussi n° X).

2) Il en résulte également que les règles de droit commun ne se limiteraient pas à la loi : tout ce qui peut être considéré comme source de droit peut être source de droit commun.

les usages, les coutumes, voire, la controverse ici encore mise de côté, la jurisprudence¹⁹⁹. En outre, il en résulte que c'est règle par règle que la qualification de « droit commun » s'apprécie²⁰⁰.

45. **Vérification du critère déduit.** Cette déduction se vérifie en pratique. Pour le système français, c'est bien à des règles juridiques positives que renvoient, par exemple, l'article 428 du code civil, qui vise « le droit commun de la représentation », ou l'article 1393, alinéa 2, du code civil, qui se réfère au « droit commun de la France ». L'article L. 1221-1 du code du travail, plus clair encore, vise les « règles du droit commun ». Et ce sont bien des règles juridiques positives qu'appliquent les juges qui visent le droit commun : par exemple, dans une affaire relative à la preuve de la qualité d'héritier tranchée en 2007, la première chambre civile de la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir fait application des « modes de preuve du droit commun », dont elle a considéré qu'ils consistent dans les règles fixées par l'article 730 du code civil²⁰¹. Hors du droit français en outre, c'est également à des règles juridiques positives que renvoient la disposition préliminaire du code civil du Québec, son article 1725 (qui vise le « droit commun de la propriété ») ou encore, par exemple, l'article 687, alinéa 2, du *código de comercio* colombien. Dans l'ensemble des cas relevés, le droit commun apparaît ainsi composé de règles juridiques positives.

46. **Conséquence : le droit commun est obligatoire.** Ces développements permettent de mettre en lumière que le droit commun doit obligatoirement être appliqué lorsque les conditions en sont réunies. Le droit commun étant composé de règles juridiques, il est obligatoire de l'appliquer lorsque toutes les conditions pour ce faire sont réunies ; parce que cela contredirait les prescriptions de conduite obligatoires qu'il contient, le contraire revient à le violer par refus d'application. Ce caractère obligatoire distingue encore le droit commun des *propositions* doctrinales de droit commun : par exemple, aucun juge n'a jamais été tenu – pas plus sous l'ancien droit français qu'aujourd'hui – d'appliquer le *jus commune* romain, de recourir dans ses motifs au droit naturel, ou à la théorie générale alors que, en revanche, les cassations pour refus d'application du droit commun sont fréquentes²⁰².

47. **Conséquence : le droit commun n'est pas un phénomène doctrinal.** De même, René David estimait que « l'idée de droit commun [...] se place [...] sur un plan essentiellement doctrinal [...] ; elle n'est pas, à strictement parler, une notion du droit positif »²⁰³. Cette position appelle des réserves. Le droit commun apparaît comme tout le contraire : loin

¹⁹⁹ V. *supra*, n° 39.

²⁰⁰ Rappr. du résumé des positions de F. Grua par M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, 2001, n° 5, note 6 : compterait ici « la seule analyse de la règle », peu important « qu'elle appartienne à un ensemble, [ce qui] en serait une conséquence [...] et non une cause ». Comp. not. M. Poumarède, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, *passim*.

²⁰¹ Civ. 1^{re}, 10 mai 2007, n° 05-12.140, *Bull. civ.* I, n° 181 ; D. 2007, AJ p. 1602 : « aucune disposition du code civil local applicable dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, ne fait obstacle à ce qu'un héritier puisse prouver sa qualité selon les modes de preuve du droit commun de l'article 730 du code civil ».

²⁰² V. par ex. Com. 31 janv. 2012, n° 10-24.731, *Bull. civ.* IV, n° 23 (prescription) – Civ. 1^{re}, 11 janv. 2005, n° 02-19.016, *Bull. civ.* I, n° 13 (responsabilité civile) – Civ. 1^{re}, 6 nov. 2002, n° 00-10.192, *Bull. civ.* I, n° 260 ; CCC 2003, n° 38, obs. L. Leveneur (dol).

²⁰³ R. David, « Droit commun et *common law* », in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milan, Giuffrè, 1969, vol. 1, p. 345 s., spéc. p. 354.

d'être une simple idée doctrinale, il est un concept de droit positif, que mentionnent les textes et que visent les juges. Il est, pour reprendre les mots de Daguesseau, un « droit commun positif »²⁰⁴. Ainsi, la doctrine qui propose un « droit commun du couple »²⁰⁵, ou encore un « droit commun des sûretés »²⁰⁶, se place hors du droit positif²⁰⁷ : elle ne rendrait pas compte de l'existence de règles de droit commun – ces règles n'existent pas, ou n'existent qu'en germe – mais, dans une démarche *prescriptive*, en proposerait la création. De la même manière que l'œuvre de Magritte n'est pas une pipe, mais un tableau représentant une pipe²⁰⁸, ces propositions doctrinales de droit commun ne constituent pas du droit commun : n'étant pas du *droit positif*, mais de simples *propositions* de droit positif²⁰⁹, elles sont un simple *fonds* commun. C'est déjà anticiper les développements qui suivent.

48. **Conclusion de chapitre.** Le droit commun est avant tout du droit. Ce terme désigne un ensemble de règles juridiques, entendues comme des prescriptions de conduite obligatoires édictées ou avalisées par le dépositaire de la souveraineté – l'État. Par déduction, le droit commun est lui aussi composé de règles juridiques. C'est le premier critère de la définition, confirmé par l'utilisation qu'en font les textes et la jurisprudence. Il résulte de ce critère que le droit commun est obligatoire : il doit être appliqué lorsque toutes ses conditions en sont réunies, et ne pas le faire revient à le violer par refus d'application.

²⁰⁴ H.-F. Daguesseau, *Œuvres*, 1759-1789, t. 3, p. 739 (cité par M.-F. Renoux-Zagamé, « Du droit commun doctrinal au droit commun positif : leçons des plaidoyers du Parquet », in *Traditions savantes et codifications*, LGDJ, 2007, p. 3, spéc. p. 5).

²⁰⁵ V. not. X. Labbé, *Le droit commun du couple*, 2^e éd., Villeneuve d'Ascq, PU Septentrion, 2012 ; J.-J. Lemouland, « L'émergence d'un droit commun des couples », in *Mariage-conjugalité - Parenté-parentalité*, dir. H. Fulchiron, Dalloz, 2009, p. 33 s. ; A. Tisserand-Martin, « La protection légale du logement familial : modèle pour un droit commun des couples ? », in *Mélanges G. Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 829 s. V. aussi A.-S. Brun, *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, thèse Grenoble II, 2003 : l'étude consiste en une « proposition d'élaborer un droit commun patrimonial du couple » (n° 26), droit commun qui « pourrait être consacré par le législateur » (n° 839).

²⁰⁶ V. *infra*, n° 579 s.

²⁰⁷ Rappr., pour les contrats, É. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, 1997, n° 100 : « même si elle contribue à sa formation, la doctrine n'est pas une source du droit commun des contrats ».

²⁰⁸ R. Magritte, *La Trahison des images*, 1929, huile sur toile, accompagnée de la légende « Ceci n'est pas une pipe ».

²⁰⁹ Dans le même sens, v. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, n° 16, p. 96 s. (« Norme juridique et proposition de droit ») ; P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, 2013, n° 380 (« La "doctrine" : une proposition de droit » : la doctrine « peut se définir comme une *proposition de droit* dénuée de force juridique »). Ce sont, au mieux, de simples contributions à la *théorie générale* d'une institution (rappr. J. Hauser, « Vers une théorie générale du droit familial ? », *D.* 1991, chron. XII, p. 56). C'est la raison pour laquelle l'expression de « droit commun doctrinal », parfois employée (v. not. M.-F. Renoux-Zagamé, « Du droit commun doctrinal au droit commun positif : leçons des plaidoyers du Parquet », in *Traditions savantes et codifications*, LGDJ, 2007, p. 3 s., spéc. p. 5), nous semble contenir une contradiction dans les termes.

Chapitre II – Distinctions : droit commun et notions dépourvues de juridicité positive

49. **Plan.** En réponse à la question de savoir ce qu'est le droit commun, la doctrine a pu proposer un certain nombre d'assimilations avec d'autres notions dépourvues de juridicité positive. Or, le droit commun étant composé de règles juridiques positives, de telles assimilations n'apparaissent pas adaptées²¹⁰. C'est la raison pour laquelle la théorie générale (Section I), le droit naturel (Section II), ou encore le résultat du droit comparé (Section III), ne semblent pas pouvoir être assimilés au droit commun²¹¹.

Section I – Droit commun et théorie générale

50. **Identité entre droit commun et théorie générale ?** L'assimilation entre droit commun et théorie générale est fréquente. La présentation de cette assimilation précédera sa critique.

51. **Présentation.** Les deux expressions de « théorie générale » et de « droit commun » sont parfois tenues pour synonymes en doctrine. Ainsi, par exemple, la « théorie générale des contrats » a pu être définie comme l'« ensemble des règles communes à tous les contrats »²¹². Quelle que soit l'institution concernée, les écrits en ce sens sont nombreux²¹³. Cette

²¹⁰ V. partic. J.-L. Halpérin, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *RIDC* 2000, p. 717 s., spéc. p. 727, qui invite, pour clarifier les débats sur le droit commun, à partir de « la distinction entre le droit – en tant qu'ordre normatif – et la science du droit ».

²¹¹ D'autres assimilations comparables existent.

1) V., sous l'ancien droit et pour l'assimilation du droit commun au droit romain (théorie du *jus commune*), *infra*, n° 277 s. Cette assimilation peut être vue sous le prisme de deux idées : un *jus commune* à la France, et un *jus commune* à l'Europe.

2) Et, pour l'assimilation du droit commun à la somme des coutumes, *infra*, n° 285 s.

3) De la même manière, les travaux proposés par l'*American Law Institute (ALI)*, dont le *Uniform commercial code (UCC)* et les *Restatements of contracts* (1932 pour le premier [*the Restatement of contracts*], 1981 pour le second [*the Restatement second of contracts*]), ne constituent pas véritablement du droit positif, quand bien même leur influence serait commune dans tous les États des États-Unis d'Amérique. Dans le même sens : *Calamari and Perillo on contracts*, 6^e éd. par J. M. Perillo, Saint Paul, West, 2009, « introduction », § 1.6, « sources of contract law », p. 14 ; C. L. Kunz et C. L. Chomsky, *Contracts - A contemporary approach*, Saint Paul, West, 2010, « introduction », § 2.2, p. 6. Le rôle de l'*ALI* est en effet de préparer les règles de droit (M. Franklin, « *The historic function of the American Law institute : restatement as transitional to codification* », *Harvard law review* 1934, vol. 47, p. 1367 s. [47 *Harv. L. Rev.* 1367] ; *adde* R. Pound, *Jurisprudence* [1959], t. 3, Union, The Lawbook Exchange, p. 600 et 602), de les proposer dans des textes qui demeurent de nature doctrinale, jusqu'à leur adoption par les États (ils deviennent alors du droit, mais ils ne sont plus communs). *Adde*, sur le *UCC*, E. A. Farnsworth, *Contracts*, 4^e éd., New York, Aspen, 2004, § 1.9 ; M. Franklin, « *On the legal method of the Uniform commercial code* », *Law and contemporary problems* 1951, vol. 16, II, p. 330 s. (16 *Law & contemp. probs.* 330) ; L. M. Friedman, *A history of American law*, 2^e éd., New York, Touchstone, 1985, « *Epilogue* », p. 674 s. ; *Calamari and Perillo on contracts*, 6^e éd. par J. M. Perillo, Saint Paul, West, 2009, « introduction », § 1.7, p. 15 s. Et, sur les *Restatements*, C. E. Clark, « *The Restatement of the law of contracts* », *Yale Law Journal* 1933, vol. 42, p. 643 s. (42 *Yale L. J.* 643) ; E. A. Farnsworth, *Contracts*, 4^e éd., New York, Aspen, 2004, § 1.8.

²¹² G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2013, V° « Général », sens 1 (pour les deux dernières citations).

²¹³ V. not., pour les sûretés : J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Droit commun des sûretés réelles*, 1^{re} éd., LGDJ, 1996, n° 8 s. (« Droit commun des sûretés réelles : théorie générale ») ; D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 7^e éd., LGDJ, 2009, n° 24 (qui, dans un paragraphe consacré à l'« existence d'une théorie générale », défend l'idée selon laquelle il existe « un droit commun du droit des sûretés »). V. aussi, dans une certaine mesure, pour les mesures de protection,

assimilation est d'autant plus difficile à apprécier que, put sévèrement remarquer le professeur Hauser, « les juristes, qui font très souvent référence à la notion [de théorie générale], sont en général incapables de définir exactement ce qu'ils entendent par là »²¹⁴. Que conclure ?

52. **Critique.** Droit commun et théorie générale devraient pourtant être distingués sur le fondement du critère de la juridicité. Il semble possible d'admettre, après le professeur Savaux²¹⁵, que si le droit commun est une notion juridique de droit positif, la théorie générale ne l'est pas. Elle est une présentation éclairée du droit positif²¹⁶, mais non limitée au droit positif, et qui n'en a elle-même pas la nature ; c'est un phénomène doctrinal. Le droit commun, quant à lui, n'est pas un phénomène doctrinal, mais relève du droit positif. Le droit commun et la théorie générale ne seraient donc pas sur le même plan ; cette dernière serait, au mieux, « le droit commun des amphithéâtres et des livres »²¹⁷. Et même cette nouvelle présentation gagnerait à être précisée, dans la mesure où la théorie générale n'est pas limitée à la présentation du seul droit commun ; notamment, le droit spécial y a tout autant sa place²¹⁸. Il y a de ce point de vue « beaucoup plus que le droit commun »²¹⁹ dans la théorie générale. L'assimilation entre théorie générale et droit commun semble devoir être écartée.

Section II – Droit commun et droit naturel

53. **Identité entre droit commun et droit naturel ?** Une conception classique tend à assimiler droit commun et droit naturel. L'exposé de cette conception précèdera le développement d'éléments de critique.

J. Hauser, « Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ? », *RLDC* juin 2011, art. 4288, p. 69 s., spéc. p. 70, qui semble considérer que la « théorie générale » est composée de toute règle « applicable en général à toute protection d'un majeur, voire d'un mineur ». V. encore G. Cornu, « L'évolution du droit des contrats en France », *RIDC* 1979, n° spécial, vol. 1, p. 447 s., spéc. p. 456 ; H. Lécuyer, *La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille*, p. 623, n° 465 (la théorie générale des obligations se trouve confortée « dans sa stature de droit commun des obligations ») ; M. Cabrillac, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges G. Marty*, 1978, p. 235 s., spéc. p. 237, n° 4 ; N. Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, thèse, p. 12, n° 15 ; S. Sabatier, *Le droit des obligations à l'épreuve du droit des procédures collectives*, thèse, p. 3. V. aussi les développements in É. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, 1997, n° 8 s., et par M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, 2004, n° 13, notes 86 et 93.

²¹⁴ J. Hauser, « Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ? », *RLDC* juin 2011, art. 4288, p. 69 s., spéc. p. 69.

²¹⁵ É. Savaux, *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?*, LGDJ, 1997, qui montre que la théorie générale est un mythe en tant qu'elle prétend être le droit positif, mais qu'elle est une réalité en tant que phénomène doctrinal. Rapp. N. Dissaux, « Les standards doctrinaux », *RDA* n° 9, févr. 2014.

²¹⁶ *Adde* J. Hauser, « Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ? », *RLDC* juin 2011, art. 4288, p. 69 s., spéc. p. 70, qui insiste sur « l'immense utilité d'une théorie générale » dans la perspective d'éclairer les interprètes d'une matière donnée.

²¹⁷ É. Savaux, *op. cit.*, n° 443 ; ailleurs, l'auteur évoque un phénomène d'hypostase, c'est-à-dire de présentation d'une abstraction comme étant la réalité. *Adde* S. Pimont, « Peut-on réduire le droit en théories générales ? », *RTD civ.* 2009, p. 417 s. V. cep., affirmant que « le droit commun ne se limite pas au droit positif et inclut la théorie générale », M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, 2004, n° 14 ; n'est-ce pas réintroduire le flou dans la notion de théorie générale, là où il semblait pourtant dissipé depuis les travaux précités ?

²¹⁸ É. Savaux, *op. cit.*, n° 73 : la théorie générale est « habituée aux solutions spéciales ».

²¹⁹ É. Savaux, *op. et loc. cit.*

54. **Présentation.** Selon un courant doctrinal²²⁰, il existerait un droit naturel, entendu comme droit inhérent à la nature humaine et, comme tel, partagé par tous les hommes en tant qu'ils sont des êtres rationnels, source de principes communs de raison, d'équité, de justice, transcendant les particularismes et les contingences des droits positifs, et les dominant²²¹. Ce « droit naturel » a parfois pu être assimilé au droit commun. L'assimilation, soufflée par Ulpien au Digeste²²² et reprise de longue date²²³, trouve une célèbre illustration dans la glose ordinaire d'Accurse († ca. 1260/1263), qui se réfère « au droit commun, c'est-à-dire au droit naturel »²²⁴; à partir du milieu du XIII^e siècle, elle devient assez fréquente²²⁵. Plus proche dans le temps, c'est probablement aussi en ce sens que le doyen Gény exhortait à mettre en évidence, par la libre recherche scientifique, un « droit commun » fondé sur la « *nature des choses* »²²⁶. Pour un certain nombre d'auteurs, le droit commun équivaldrait ainsi au droit naturel.

55. **Critique.** Il semble pourtant difficile de souscrire à cette assimilation entre droit naturel et droit commun. D'abord, et même s'il ne s'agit pas là d'un argument valable à lui seul, l'assimilation reste somme toute marginale, de nombreux auteurs insistant au contraire sur

²²⁰ Quoiqu'il soit difficile de synthétiser un ensemble de réflexions aussi diverses. L'idée de la diversité des sens donnés à l'expression est fréquemment développée (v. par ex. M. Villey, « Nouvelle rhétorique et droit naturel », in *Critique de la pensée juridique moderne*, Dalloz, réimpr. 2009, p. 85 s., spéc. p. 92 : une « expression lamentablement équivoque »). Sur la distinction entre l'école du droit naturel « classique » (Aristote, Cicéron, saint Thomas d'Aquin) et l'école du droit naturel « moderne » (Grotius, Pufendorf, Barbeyrac), v. not. B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, n^{os} 31-32 ; L. Strauss, *Natural right and history*, Chicago, University of Chicago Press, 1953.

²²¹ V. par ex. H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix* (1625), trad. P. Pradier-Fodéré, PUF, « Quadrige », 2012, « Prolégomènes », n^o 28 (et, pour une illustration, livre I, chap. 4, II, n^o 1) ; S. von Pufendorf, *Du droit de la nature et des gens* (1692), trad. J. Barbeyrac, t. 1, Bâle, Thourneisen, 1750, livre II, chap. 3, « De la loi naturelle en général », p. 192 s. V. aussi A. Sériaux, *Le droit - Une introduction*, Ellipses, 1997, n^o 73, « D'un droit commun aux hommes et aux animaux » ; F. Suárez, *Des lois et du Dieu législateur*, chap. 17, trad. J.-P. Coujou, Dalloz, 2003. V. encore l'article 1^{er} du titre I du livre préliminaire du projet de code civil de l'an VIII : « Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives : il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes ».

²²² Dig., 1, 1, 1, 3 (Ulpian). C'est en effet Ulpian qui, le premier, systématiserait l'assimilation entre droit commun et droit naturel (dans le même sens, A. Guzmán Brito, « *Sobre la historia de las nociones de derecho común y derecho propio* », préf. à B. Bravo Lira, *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, Editorial jurídica de Chile, 1989, p. XI s., spéc. I, p. XII).

²²³ V. déjà I. de Séville († 636), *Étymologies*, livre V (*De legibus et temporibus*), 4 (« *Quid sit jus naturale* ») : « le droit naturel est commun à toutes les nations » (trad. libre de « *Ius naturale [est] commune omnium nationum* »). Adde M. Villey, « Deux conceptions du droit naturel dans l'Antiquité », *RHDFE* 1953, p. 475 s., not. p. 484-485.

²²⁴ Traduction libre de « *Juri communi, id est juri naturali, quod semper est bonum et equum, vel gentium, de quo modo dixerat quae sunt communia primum omnibus animalibus secundum omnibus hominibus, ut supra eodem, lege i (Dig., 50, 17, 1) in fine* » (Accursius, Gl. ord. ad Dig., 1, 1, 1, V^o « *Communi* », in *Glossa in Digestum vetus*, éd. Venetiis, 1499, réimpr. anast., Augustae Taurinorum, 1968, fol. 4, verso b). Pour d'autres références, L. Mayali, « *Ius civile et ius commune* dans la tradition juridique médiévale », in *Droit romain, jus civile et droit français*, dir. J. Krynen, PU Toulouse, 1999, p. 201 s., spéc. p. 213 à 215.

²²⁵ V. not. J. Bodin, *Les six livres de la République* (1576), Lyon, de Tournes, 1579, livre I, chap. 8, « De la souveraineté », p. 107 : « la convention est de droit naturel, c'est-à-dire de droit commun à tous les peuples ». Adde la *ley II* du titre I de la première *partida* du *Livre des lois* (mieux connu sous le nom de *Siete partidas*) du roi de Castille Alphonse X le Sage, élaboré au milieu du XIII^e siècle.

²²⁶ F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, LGDJ, 1919, n^o 159 (pour les deux dernières citations). Pourraient aussi être rattachés au même courant les auteurs qui estiment encore que le droit commun consisterait dans des « valeurs implicites », qui sous-tendent tout le droit positif, not. J. E. C. Brierley, « *Quebec's "common laws"* (droits communs) : *how many are there ?* », in *Mélanges L.-Ph. Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 109 s., spéc. p. 114 s. (trad. issue de la version française de ces thèses, J. E. C. Brierley, « La notion de droit commun dans un système de droit mixte : le cas de la province de Québec », in *La formation du droit national dans les pays de droit mixte*, Aix-en-Provence, PUAM, 1989, p. 103 s.).

l'absence d'identité entre les deux notions et sur leurs différences²²⁷. Ensuite, un argument pourra apparaître plus déterminant. Le droit naturel doit être distingué du droit commun car le premier n'existe pas véritablement en tant que « droit », contrairement au second : le droit naturel ne trouverait pas d'assise juridique positive²²⁸ – peut-être le terme de « droit » ne lui conviendrait-il pas et serait-il source des confusions²²⁹ –, ce qui devrait conduire à le distinguer du droit commun²³⁰, largement utilisé en droit positif. Le droit naturel ne serait ainsi qu'un type particulier de morale. Il peut bien être commun à tous les hommes²³¹ – en tant qu'il découlerait de la nature humaine –, il n'en serait jamais véritablement du *droit*²³². Comment, d'ailleurs, d'une *description* de la nature – même humaine –, pourrait-on déduire des *prescriptions*, des règles juridiques obligatoires²³³ ? Le « droit naturel » aurait ainsi quelque chose de l'oxymore, puisqu'il ne se présente, par-delà les termes qui le désignent, que comme un ensemble de propositions doctrinales : il ne serait pas, à proprement parler, du *droit*, mais une « idéologie »²³⁴, un appareil critique des règles positives, tout comme peut l'être la morale²³⁵. C'est déjà en ce sens que Hegel estimait que « le terme de “droit naturel” mérite d'être abandonné »²³⁶. L'expression « droit naturel », contiendrait, en somme, une contradiction dans les termes²³⁷. Or, si le « droit naturel » n'est pas du *droit*, il ne saurait *a fortiori* être du *droit commun*. Ces notions ne peuvent être assimilées l'une à l'autre.

Section III – Droit commun et produit de la comparaison des droits

56. **Identité entre droit commun et résultat du droit comparé ?** À compter de la fin du XIX^e siècle, certains proposent, à la suite de Saleilles et de Lambert, une assimilation

²²⁷ V. par ex. A. Rivard, « La notion du “droit commun” » *La Revue du droit*, vol. 3, n° 6, févr. 1925, p. 257 s. (3 R. du D. 257), spéc. p. 261.

²²⁸ A. Rivard, « La notion du “droit commun” » *La Revue du droit*, vol. 3, n° 6, févr. 1925, p. 257 s. (3 R. du D. 257), spéc. p. 261 ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 147 et 296 s.

²²⁹ V. N. Bobbio, « Quelques arguments contre le droit naturel », in *Annales de philosophie politique*, PUF, 1959, p. 175 s., spéc. p. 180-181.

²³⁰ A. Rivard, art. préc., spéc. p. 261.

²³¹ Et même cela est contesté. Pascal, déjà, estimait qu'on pourrait soutenir « opiniâtement » l'existence de « lois naturelles communes en tout pays », « si la témérité du hasard qui a semé les lois humaines en avait rencontré au moins une qui fût universelle », mais qu'il ne s'agit là que d'une « plaisanterie », dans la mesure où « le caprice des hommes s'est si bien diversifié qu'il n'y en a point » (*Pensées*, « L'économie du monde »).

²³² En d'autres termes, ce n'est pas à nier que quelque chose de commun puisse exister entre différentes sociétés politiques humaines ; cependant, ce *quelque chose* ne peut être qualifié de *droit commun*, mais peut-être de *fonds commun*.

²³³ Argument connu sous le nom de « loi de Hume » (car exposé dans D. Hume, *A treatise of human nature* [1739-1740], III, I, I *in fine*, Londres, Penguin classics, 1985, p. 521). Adde H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 8 : « personne ne peut nier que, du fait que quelque chose est, il ne peut pas suivre que quelque chose doive être, non plus qu'inversement de ce que quelque chose doit être, il ne peut pas suivre que quelque chose est ». Rapp. : « Si les prémisses d'un syllogisme sont toutes deux à l'indicatif, la conclusion sera également à l'indicatif. Pour que la conclusion pût être mise à l'impératif, il faudrait que l'une des prémisses au moins fût elle-même à l'impératif » (H. Poincaré, *Dernières pensées*, Flammarion, 1913, p. 225).

²³⁴ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 147.

²³⁵ Kelsen l'avait relevé : le droit naturel n'est qu'un « étalon de valeur éthico-politique » (*Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 296).

²³⁶ G. W. F. Hegel, *Leçons sur le droit naturel et la science de l'État*, trad. J.-Ph. Deranty, Vrin, 2002, § 2, p. 49 (« et remplacé par l'appellation “doctrine philosophique du droit” »).

²³⁷ V. déjà G. W. F. Hegel, *Leçons sur le droit naturel et la science de l'État*, trad. J.-Ph. Deranty, Vrin, 2002, § 2, p. 48 (« la sphère du droit n'est pas le sol de la nature »).

entre notion de droit commun et produit de la comparaison des droits. L'exposé de la proposition précédera sa critique.

57. **Présentation.** Quoique la théorie puisse de prime abord surprendre, pour un mouvement doctrinal, le résultat de la comparaison des droits pourrait aboutir à la définition du droit commun ; les tenants de cette conception souhaitent en effet, selon l'expression du professeur Delmas-Marty, « un droit commun défini à partir du seul droit comparé »²³⁸. L'idée défendue serait la suivante : de la comparaison des différents systèmes juridiques et pour transcender les particularismes nationaux²³⁹, certains auteurs ont souhaité faire émerger un droit commun entre ces systèmes juridiques. La proposition ainsi exposée a été défendue par de nombreux auteurs. Cette théorie prend corps dans la doctrine française à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle²⁴⁰. Édouard Lambert l'appelle le « droit commun législatif »²⁴¹ ; Saleilles s'en fait l'écho et développe l'idée d'un « droit commun de l'humanité civilisée »²⁴². Le rôle du congrès de droit comparé de 1900 apparut déterminant dans la genèse et la diffusion de ces idées²⁴³. Plus d'un siècle après leur essor, elles sont parfois reprises²⁴⁴.

²³⁸ M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, 1998, p. 109.

²³⁹ C. Jamin, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité - À propos du centenaire du congrès international de droit comparé de Paris », *RIDC* 2000, p. 733 s., spéc. p. 744. M. Delmas-Marty, en recherchant « Le rôle du droit comparé dans l'émergence d'un droit commun », nuance néanmoins le propos, en reconnaissant que le droit comparé a aussi, parfois, un rôle de « résistance à l'unification » (*D.* 2001, p. 1326 s.).

²⁴⁰ Certains voient les balbutiements de ces théories chez Bodin, comparatiste avant l'heure, avant l'invention du comparatisme (M. Delmas-Marty, *Vers un droit commun de l'humanité*, 2^e éd., Textuel, 2005, p. 64-65) : dans son *Exposé du droit universel*, il souligne « qu'on ne peut découvrir les éléments d'un droit universel que par l'étude comparative des différents droits positifs nationaux » (p. 9, cité par J.-L. Thireau, « Le comparatisme et la naissance du droit français », *RHFDSJ* 1990, n° 10-11, p. 153 s., spéc. p. 169).

²⁴¹ É. Lambert, *Études de droit commun législatif ou de droit civil comparé*, t. 1, *La fonction du droit civil comparé*, Giard et Brière, 1903 ; « Une réforme nécessaire des études de droit civil », *Rev. inter. enseignement* 1900 (t. 40), p. 218 s., spéc. p. 240 s. L'expression est construite sur le modèle du « droit commun coutumier » d'ancien droit (sur lequel v. *infra*, n° 285 s.). Lambert ne s'en cache pas (art. préc., p. 241). La démarche est en effet ressemblante : là où certains juristes des derniers siècles de l'Ancien Régime se livraient à un travail de comparaison *interne* des coutumes de France pour faire émerger un « droit commun coutumier », Lambert souhaite initier un travail de comparaison *internationale* des législations des États pour faire émerger un « droit commun législatif ». V. aussi, du même auteur, « Le droit commun de la Société des Nations », *Acta academiae universalis jurisprudentiae comparativa*, t. 1, 1927, p. 1 s.

²⁴² V. par ex. R. Saleilles, « École historique et droit naturel », *RTD civ.* 1902, p. 80 s., spéc. p. 111 : « le droit comparé, par le rapprochement des jurisprudences [...], tendra à devenir, dans ses grandes lignes, le droit commun de l'humanité civilisée ».

²⁴³ Du 31 juillet au 4 août 1900 est organisé à Paris un congrès de droit comparé, à l'initiative de la Société de législation comparée et plus particulièrement de Saleilles et Lambert (v. *Congrès international de droit comparé - Procès-verbaux des séances et documents*, 2 t., LGDJ, 1905). Le programme est de « dégager de l'ensemble des institutions particulières un fonds commun ou tout au moins des points de rapprochement susceptibles de faire apparaître, sous la diversité apparente des formes, l'unité foncière de la vie juridique universelle. L'objectif est d'élaborer un « droit commun de l'humanité civilisée » (M. Delmas-Marty, *Vers un droit commun de l'humanité*, 2^e éd., Textuel, 2005, p. 71-72 [citant R. Saleilles, « Rapport sur l'utilité, le but et le programme du Congrès », *Congrès international de droit comparé*, LGDJ, 1900, p. 13 et « Conception et objet de la science du droit comparé », *Bulletin de la société de législation comparée*, 1900, t. 29, p. 397]).

²⁴⁴ V. not. *Variations autour d'un droit commun*, dir. M. Delmas-Marty, H. Muir Watt et H. Ruiz Fabri, SLC, 2002 ; M. Delmas-Marty, *Vers un droit commun de l'humanité*, 2^e éd., Textuel, 2005, p. 72 ; J. Rivero, « Vers un droit commun européen : nouvelles perspectives en droit administratif », in *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 389 s., spéc. p. 389 (« le « droit commun européen », ce ne peut être que l'ensemble des similitudes qui, déduites de ces droits [nationaux], constitueraient, par-delà les particularités propres à chaque État, leur patrimoine collectif »). *Adde* R. Schulze, « Le droit privé commun européen », *RIDC* 1995, p. 7 s. Et C. Jamin, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité - À propos du centenaire du congrès international de droit comparé de Paris », *RIDC* 2000, p. 733 s.

58. **Critique.** L'assimilation entre droit commun et droit comparé ne semble pourtant pas pouvoir prospérer. Le droit comparé et son résultat sont en effet dépourvus de la juridicité et de la positivité que le droit commun, lui, possède. Le droit comparé « ne regroupe pas un ensemble de normes obligatoires »²⁴⁵ et, dès lors, « n'a aucune compétence en matière de réglementations nouvelles »²⁴⁶ ; il n'est pas du droit, mais une présentation doctrinale du droit²⁴⁷. Ainsi que le relève le professeur Fauvarque-Cosson, le postulat sur lequel repose la théorie initiée par Lambert et Saleilles serait donc « fondamentalement faux : la règle de droit ne peut émaner directement de la comparaison »²⁴⁸ ; le résultat de la comparaison des systèmes juridiques ne saurait en lui-même constituer du *droit commun* entre les systèmes comparés faute de constituer, d'abord, du *droit*²⁴⁹. Quel que soit le nom donné au droit comparé ou à son résultat – « droit commun législatif », par exemple –, il s'agit tout au plus d'une sorte de « fonds commun »²⁵⁰, qui ne saurait être confondu avec la notion de droit commun. Il n'est dès lors pas étonnant que les droits internes rejettent cette idée d'un tel « droit commun » tiré du droit comparé – en 1237 par exemple, les juridictions britanniques formulèrent une prohibition de recourir à toute règle « *usitata in partibus transmarinis* »²⁵¹, et le doyen Carbonnier critiquait d'ailleurs les auteurs qui proposent de voir dans le « droit commun législatif » une véritable source de droit, « parce que l'on voit mal d'où ce droit commun législatif tirerait sa force obligatoire dans un pays donné »²⁵². Un ensemble identifié par la doctrine de règles plus ou moins ressemblantes provenant de systèmes juridiques différents ne saurait constituer un « droit commun », faute avant tout de vraiment constituer un « droit ».

59. **Conclusion de chapitre.** Un certain nombre d'assimilations entre le droit commun et d'autres notions – notamment la théorie générale, le droit naturel et le droit comparé – semble devoir être écarté, en raison de ce que ces notions ne renvoient pas, à proprement parler et contrairement au droit commun, à un phénomène *juridique positif*. Elles ne sont pas du *droit* ; elles ne semblent dès lors pas pouvoir être considérées comme *droit commun*.

²⁴⁵ Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, 1^{re} éd., Dalloz, 2009, n° 1.

²⁴⁶ O. Pfersmann, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC* 2001, p. 275 s., spéc. p. 276.

²⁴⁷ Or, la doctrine n'est pas source de droit ; ce qui en émane n'a valeur que de proposition de droit (v. *supra*, n° 47). Pour le même constat à propos de la même question, C. Mouly, « La doctrine, source d'unification internationale du droit », *RIDC* 1986, p. 351 s., spéc. p. 351-352 (et les références citées).

²⁴⁸ B. Fauvarque-Cosson, « Le droit comparé : art d'agrément ou entreprise stratégique ? », in *Mélanges X. Blanc-Jouvan*, SLC, 2005, p. 69 s., spéc. n° 28.

²⁴⁹ Et lorsque des propositions émanant du droit comparé sont consacrées, par exemple, dans une convention internationale, elles deviennent du droit international ; la question est alors de savoir si le droit international peut être qualifié de droit commun. Cette question semble, elle aussi, devoir recevoir une réponse négative : v. *infra*, n° 115 s.

²⁵⁰ R. B. Schlesinger et P. Bonassies, « Le fonds commun des systèmes juridiques. Observations sur un nouveau projet de recherches », *RIDC* 1963, p. 501 s.

²⁵¹ C'est-à-dire, en substance, aux textes utilisés, appliqués, au-delà des frontières – maritimes – de l'Angleterre (donc dans d'autres pays). Cité par P. Legrand, « Le primat de la culture », in *Le droit privé européen*, dir. P. de Vareilles-Sommières, Economica, 1998, p. 1 s., spéc. p. 6 (se référant à *Bracton's Note Book*, dir. F. W. Maitland, t. 3, Londres, C. J. Clay, 1887, litige n° 1227). Le constat vaut *a fortiori* lorsque la doctrine se livre à des comparaisons des règles nationales pour en ériger des points communs.

²⁵² J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, PUF, « Quadrige », 2004, n° 31, p. 67. Du même auteur, « L'apport du droit comparé à la sociologie juridique », in *Livre du centenaire de la Société de législation comparée*, Agen, Imprimerie moderne, 1969, p. 75 s. *Adde* É. Picard, « Le droit comparé est-il du droit ? », *Annuaire de l'Institut Michel Villey* 2009, vol. 1, p. 173 s.

60. **Conclusion de titre.** Le droit commun apparaît avant tout comme du droit et, en ce sens, l'on peut y voir, par déduction, un ensemble de règles juridiques positives, entendues comme les prescriptions de conduite obligatoires édictées ou avalisées par le dépositaire de la souveraineté – l'État. C'est ce que signifierait le terme de « droit » dans la notion de « droit commun ». C'est le premier critère de définition, confirmé par l'utilisation qu'en font les textes et la jurisprudence. Ce critère explique en outre pourquoi il est obligatoire d'appliquer une règle de droit commun lorsque les conditions en sont réunies – et ce, sous peine de violation de la règle par refus d'application. Il conduit également à rejeter les assimilations du droit commun à la théorie générale, au droit naturel, ou encore au droit comparé. Pourtant, cet élément de définition ne suffit pas : à s'en tenir là en effet, c'est le droit dont la définition a été esquissée, mais non spécifiquement le droit *commun* : or, dans la mesure où le droit commun n'est pas le droit, il dispose nécessairement d'une caractéristique supplémentaire, qui lui est propre, par rapport au droit. « Quelles règles juridiques veut-on par là désigner ? »²⁵³, se demandait un auteur. Le critère discriminant qui permet de passer du *droit* au droit *commun* tiendrait en ce que, si une règle peut être considérée comme règle de droit quel que soit son degré de généralité²⁵⁴, tel n'est pas le cas pour les règles de droit commun : la caractéristique propre à ces dernières est leur domaine d'application indéfini.

²⁵³ A. Rivard, « La notion du “droit commun” » *La Revue du droit*, vol. 3, n° 6, févr. 1925, p. 257 s. (3 R. du D. 257), spéc. p. 257.

²⁵⁴ V. not. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2013, V^o « Règle ». En ce sens, même une exception disposant d'un domaine d'application très restreint apparaît comme une règle. V. déjà J. Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Bailly, rééd. 1777, Livre préliminaire, Titre I, VII (p. 2) : « les exceptions sont des règles ». Comp. P. Mayer, « Existe-t-il des normes individuelles ? », in *Mélanges M. Troper*, Economica, 2006, p. 679 s.

TITRE II – LE DROIT COMMUN EST COMMUN

61. **Une seconde évidence ?** Après l'affirmation selon laquelle le droit commun est du droit, serait ici énoncée, en apparence, une deuxième évidence : le droit commun est *commun*. Pourtant, si la proposition apparaît évidente dans son principe²⁵⁵ – qui songerait en effet à affirmer que le droit commun n'est pas commun ? –, elle l'est peut-être moins dans son application. Elle semble par exemple mise de côté lorsqu'il est affirmé que le droit civil constitue le droit commun, ou encore que le délai de l'article 2224 du code civil fixe le droit commun de la prescription extinctive alors même qu'il ne concerne que des catégories spéciales de droits prescriptibles, les actions personnelles et mobilières.

62. **Plan.** Le droit commun est *commun*. L'adjectif indique le deuxième critère de définition du concept. Ce caractère *commun* renvoie à sa généralité absolue, manifestée par le domaine d'application indéfini des règles qui en relèvent (Chapitre I). Sur ce fondement, certaines notions – tels le droit civil ou le droit « courant » –, parfois assimilées au droit commun, semblent devoir en être distinguées, dans la mesure où elles n'apparaissent pas pouvoir recevoir le qualificatif de « commun » (Chapitre II).

²⁵⁵ En ce sens que nul ne doute de sa vérité. V. par ex. A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, t. 1, PUF « Quadrige », 1999, V^o « Évidence », p. 310-311.

Chapitre I – Élément de définition : généralité absolue

63. **Caractère commun : aptitude à régir tout cas de figure.** Il s'agit d'une caractéristique partagée par toutes les règles de droit commun : une règle de droit commun apparaît à même de régir tous les cas de figure qui se présentent. C'est pour cela qu'elle peut être qualifiée de *droit commun*. Un exemple peut illustrer le propos : dans le cadre d'une instance de divorce, une cour d'appel avait débouté une épouse de sa demande en dommages et intérêts contre son mari, aux motifs que seul l'article 266 du code civil serait applicable au divorce et que, hors du cas que cet article régit spécifiquement – le préjudice résultant de la rupture du lien conjugal –, et dans lequel ne rentrait pas le préjudice invoqué par l'épouse, il ne pourrait être fait droit à aucune demande d'indemnisation ; visant l'article 1382 du code civil, la Cour de cassation censure la décision, retenant que « l'époux qui invoque un préjudice distinct de celui résultant de la rupture du lien conjugal peut en demander la réparation à son conjoint dans les conditions du droit commun »²⁵⁶. La cassation est prononcée pour refus d'application d'une règle de droit commun : la cour d'appel aurait dû l'appliquer hors des cas prévus par les règles spéciales, puisque le droit commun, qui concerne toutes les situations – en l'espèce, « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage » –, concernait donc *nécessairement* la situation litigieuse. C'est le raisonnement de la Cour ; ce qui caractérise le droit commun est précisément qu'il est *commun*, c'est-à-dire qu'il est à même de régir toutes les hypothèses susceptibles de se présenter.

64. **Plan : le droit commun est composé de règles juridiques au domaine d'application indéfini.** Des précisions doivent être apportées : que signifie concerner toutes les situations possibles et comment cela se manifeste-t-il techniquement ? Si le droit commun est composé de règles juridiques²⁵⁷, il ne saurait être composé de n'importe quel type de règle juridique : en sont exclues les règles individuelles ou celles, même plus vastes, qui se bornent à régir des situations très spécifiques et délimitées. Le droit commun est composé de règles juridiques dont la particularité est de concerner toutes les situations possibles²⁵⁸. Le terme « commun », dans l'expression droit commun, renvoie au fait qu'il bénéficie d'une généralité absolue. C'est ce qu'il s'agit de constater (Section I), avant d'exposer la propriété technique qui fait que le droit commun est d'une généralité absolue : le caractère indéfini de son domaine d'application (Section II).

²⁵⁶ Civ. 1^{re}, 11 janv. 2005, n° 02-19.016, *Bull. civ.* I, n° 13 (troisième moyen) : « Vu l'article 1382 du Code civil ; Attendu pour débouter [l'épouse] de sa demande de dommages-intérêts, la cour d'appel a énoncé que seul l'article 266 est applicable en cas de divorce à l'exclusion de l'article 1382 du Code civil en vertu de l'adage selon lequel des textes spéciaux dérogent aux textes généraux ; Qu'en statuant ainsi, alors que l'époux qui invoque un préjudice distinct de celui résultant de la rupture du lien conjugal peut en demander la réparation à son conjoint dans les conditions du droit commun, la cour d'appel a violé par refus d'application le texte susvisé ». V. déjà, sur la même question mais sous l'empire d'un droit antérieur, Civ. 1^{re}, 9 nov. 1965, *Bull. civ.* I, n° 597. *Adde*, par exemple, sur un autre point, Civ. 1^{re}, 11 mars 2003, n° 00-22.722, *Bull. civ.* I, n° 44 (à propos d'une marque notoire ; raisonnement conservant son intérêt malgré une solution dépassée sur le fond).

²⁵⁷ V. le titre précédent.

²⁵⁸ Cette généralité absolue n'est pas incompatible avec la « relativité » du droit commun, qui s'entend d'un rattachement à une institution de référence (v. *infra*, titre III) : la généralité de la règle est *absolue dans le cadre de l'institution qu'elle concerne*.

Section I – Exposé théorique du critère : la généralité absolue

65. « **Commun** ». De manière générale, le terme « commun » aurait largement échappé aux études doctrinales²⁵⁹ : « l’usage de ce mot est tellement quotidien, évident en soi, que l’attention ne se focalise plus sur sa réelle portée »²⁶⁰. Il serait au cœur du paradoxe attaché aux notions les plus familières. Déterminer ce à quoi renvoie l’adjectif apparaît pourtant indispensable pour définir le concept de droit commun.

66. **Plan.** Les définitions du terme « commun » comme les applications du droit commun dans le système juridique permettraient de poser le critère qui fait que le droit commun est « commun » : le droit commun se caractérise par une généralité absolue (§ I). Des développements sur les liens entre droit commun et généralité apparaissent nécessaires (§ II).

§ I – Énoncé

67. **Une polysémie simplement apparente.** Pour déterminer à quoi renvoie le terme « commun », il est possible de partir des définitions qui en sont proposées. Au regard de celles-ci, l’impression d’une polysémie se dessine *a priori*. Cette impression se dissiperait pourtant en droit et, plus particulièrement, dans l’expression de « droit commun » : « commun » serait alors synonyme de généralité absolue. Ces différents points seront brièvement développés.

68. « **Commun** » : **polysémie absolue ?** L’étude des définitions du terme « commun » offre un premier sentiment de polysémie. Les dictionnaires anciens, développant souvent le terme sur plusieurs pages, lui attribuent une pluralité de sens différents. Par exemple, le *Dictionnaire de Trévoux* y consacre près de deux pages, exposant maintes nuances et variantes²⁶¹. Les dictionnaires contemporains renvoient *a priori* la même impression. Pour le *Trésor de la langue française* notamment, l’adjectif « commun » désignerait toutes les réalités suivantes : « qui est le fait de deux ou plusieurs personnes ou choses » ; « qui appartient à un grand nombre ou à une grande majorité de choses » ; « qui est propre ou incombe à un ensemble donné » ; « qui est répandu dans le plus grand nombre de lieux, chez le plus grand nombre de personnes » ; « habituel, fréquent, usuel », ou même encore « ordinaire, vulgaire, sans distinction, banal ». Difficile, à s’en tenir à cette énumération, d’avancer. Pourtant, existe-t-il véritablement autant de sens du même

²⁵⁹ V. P.-Y. Monjal et E. Neframi, « Avant-propos », in *Le commun dans l’Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 1 s., spéc. p. 1-2 : « Le terme “commun” [...] n’est-il pas le support d’une notion juridique jamais réellement clarifiée ? [...] Les juristes n’en ont pas encore fini avec la notion de commun. Mais ont-ils assez réfléchi sur ce terme qui nous paraît aujourd’hui si familier ? ». V. aussi J. Verhoeven, « Considérations sur ce qui est commun : cours général de droit international public (2002) », *RCADI* t. 334, Martinus Nijhoff, 2008, p. 9 s. ; J. Rochfeld, « Entre propriété et accès : la résurgence du commun (bien commun, patrimoine commun, droit à l’accès) », in *La bio-équité*, dir. F. Bellivier et C. Noiville, Autrement, 2009, p. 69 s. *Adde* V. Durand, « Droit commun et Code civil », in *Les nouvelles échelles du droit commun*, dir. M. Boumghar et V. Durand, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 15 s., spéc. n° 1 s.

²⁶⁰ P.-Y. Monjal, « À la recherche d’une notion perdue : le “commun” », in *Le commun dans l’Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 7 s., spéc. p. 7.

²⁶¹ *Dictionnaire universel français et latin, vulgairement appelé dictionnaire de Trévoux*, t. 2, 6^e éd., Compagnie des libraires associés, 1771, V^o « Commun, une », p. 728-729.

mot, ou certains ne constitueraient-ils pas plutôt des variantes pour exprimer une idée similaire ? La polysémie du terme « commun » ne serait alors que relative.

69. « **Commun** » : polysémie relative. La polysémie apparente ne laisse-t-elle pas place à une dualité – et peut-être même à une fausse dualité ? À considérer les variantes exposées, il n’y aurait en effet que deux grandes catégories de sens du terme « commun »²⁶². L’un, premier²⁶³, signifierait « partagé », « général » ; l’autre, dérivé²⁶⁴, renverrait à l’idée de banalité. Il en serait ainsi dans le langage courant comme en droit. Si le *Vocabulaire* de l’Association Capitant propose six variantes du terme « commun »²⁶⁵, ces variantes semblent elles aussi pouvoir être regroupées en deux sens : ce qui est commun au sens de partagé, de général²⁶⁶, et ce qui est commun au sens de banal²⁶⁷. Or, parmi ces deux sens, le premier serait sensiblement plus fréquent que le second en droit : un certain nombre de notions qui recourent au terme de « commun » gravite autour de ce sens, tels les biens communs – dont la propriété est partagée par les deux époux mariés sous un régime de communauté²⁶⁸ –, l’erreur commune – celle que, sur le fondement de l’apparence, tout un chacun peut commettre²⁶⁹ –, ou les choses communes – dont la jouissance est partagée par tous²⁷⁰. Il semble en être de même pour le droit commun, pour lequel la polysémie s’effacerait.

²⁶² Dans le même sens, J. Verhoeven, « Considérations sur ce qui est commun : cours général de droit international public (2002) », *RCADI* t. 334, Martinus Nijhoff, 2008, p. 9 s., spéc. p. 28 : « “banal” et “partagé” ».

²⁶³ 1) Tous les dictionnaires consultés s’accordent sur ce point. V. par ex., pour les classiques, la définition qu’en donne le *Dictionnaire de Trévoux*, V^o « Commun, une » : c’est, dans son sens premier, un adjectif qui désigne « ce qui appartient à tous également, à quoi tout le monde participe, ou a droit de participer » (*Dictionnaire universel français et latin, vulgairement appelé dictionnaire de Trévoux*, t. 2, 6^e éd., Compagnie des libraires associés, 1771, V^o « Commun, une », spéc. p. 728). La définition est elle-même très proche de celle posée plus tôt par le *Dictionnaire de l’Académie française*, V^o « Commun, une » (t. 1, Coignard, 1694, p. 216). V. encore A. Furetière, *Dictionnaire universel*, t. 1, La Haye et Rotterdam, Arnout et Reiniers Leers, 1690, V^o « Commun, une ».

2) L’étymologie le confirme : le terme de *commun* vient « du latin *communis*, qui appartient à plusieurs ou à tous [...]». Le mot est lui-même formé de *cum* (avec), et de *munus* qui signifie “charge” au sens de “fonction, d’office” » (G. Soulier, « Les notions de commun / communauté dans l’histoire », in *Le commun dans l’Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 63 s., spéc. p. 63).

²⁶⁴ C’est par exemple ce qui est constaté dans le *Trésor de la langue française*, V^o « Commun, une », sens B.

²⁶⁵ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2013, V^o « Commun, une ».

²⁶⁶ Il s’agit des sens 1, 2, 3, 5 et 6 de l’édition précitée.

²⁶⁷ Il s’agit du sens 4 exposé dans la même édition : « qui est largement répandu dans le public ».

²⁶⁸ 1) Ces biens communs sont ceux visés par l’article 1401 du code civil (quoique l’expression n’y soit pas employée) ; l’expression figure, par exemple, dans les articles 1413, 1421, 1425, 1427 ou 1470 du même code.

2) Un autre sens de « bien commun », utilisé en philosophie politique depuis les relectures d’Aristote par saint Thomas d’Aquin, renvoie d’ailleurs à la même idée de partagé et général : c’est ainsi, par exemple que, pour Portalis, « la science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun » (*Discours préliminaire*).

²⁶⁹ V. H. Mazeaud, « La maxime *error communis facit jus* », *RTD civ.* 1924, p. 929 s. Pour une application en jurisprudence, v. l’arrêt classique Civ. 26 janv. 1897, *La Boussinière*, *Bull. civ.* n° 12 ; *GAJC* t. 1, 12^e éd., 2007, n° 103. Pour son histoire, v. P. Ciaclî et I. Mihnea, « The “error communis facit jus” principle in the French law », *International proceedings of economics development and research* vol. 34, 2012, p. 90 s. Adde J.-P. Gridel, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.* 2002, p. 228 s., spéc. IV A.

²⁷⁰ Les choses communes sont, aux termes de l’article 714 du code civil, les « choses qui n’appartiennent à personne et dont l’usage est commun à tous ». Sur cette notion, v. not. M.-A. Chardeaux, *Les choses communes*, LGDJ, 2006 : il s’agit des choses non susceptibles d’appropriation qui s’opposent, comme telles, aux biens (n° 229) et qui relèvent, partant, d’un usage commun, partagé par tous, dont chacun peut jouir (n° 396). V. aussi J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., PUF, 2013, notion 4, n° 7 s.

70. **Droit « commun », expression de la généralité absolue.** Pour le droit commun, le terme de « commun » renverrait à la même idée de « partagé », dans le sens d'« absolument général ». C'est déjà ainsi, que, expliquant que commun renvoie à ce qui est « général, universel », le *Dictionnaire critique de la langue française* de Féraud donne comme exemple « le droit commun »²⁷¹. Les dictionnaires contemporains le confirment : ils envisagent le droit commun sous le sens de ce « qui s'applique, qui appartient ou incombe à toutes les personnes ou à toutes les choses d'un ensemble considéré »²⁷².

71. **Confirmation dans les normes.** En d'autres termes, le droit est dit *commun* lorsqu'il jouit d'une *généralité absolue d'application*. Hypothèse confirmée par les utilisations du droit commun : si la Cour de cassation censure parfois des juges du fond pour n'avoir pas fait application du droit commun, c'est parce que la règle de droit commun considérée concernait la situation objet du litige et ce, parce qu'elle concernait plus largement toutes les situations susceptibles de se présenter ; les motifs des décisions ne laissent pas de doute sur ce point²⁷³. Autres exemples en législation : aux termes de l'article L. 311-1 du code de justice administrative, « les tribunaux administratifs sont, en premier ressort, juges de droit commun du contentieux administratif », en ce sens que leur compétence est absolument générale et qu'ils connaissent de toutes les affaires non attribuées à une autre juridiction ; de même, le tribunal de grande instance est souvent qualifié de juridiction judiciaire de droit commun, en ce sens que sa compétence est générale – il connaît, sauf règle spéciale, de « toutes les affaires civiles et commerciales »²⁷⁴. De même encore, l'article 1107 du code civil définit les règles qui sont communes aux contrats comme celles qui sont « générales » ; il en va encore ainsi des articles 1834 et suivants du code civil, « applicables à toutes les sociétés s'il n'en est autrement disposé par la loi ». Ce qui fait que le droit commun est « commun » est sa *généralité absolue*.

§ II – Développements

72. **Règle de droit commun et règle générale.** Composé des règles de droit dont la généralité est absolue, le droit commun apparaît intrinsèquement attaché à l'idée de

²⁷¹ *Dictionnaire critique de la langue française*, par l'abbé Féraud, t. 1, Marseille, Mossy, 1787, V^o « Commun, une », p. 493.

²⁷² *Trésor de la langue française*, V^o « Commun, une », sens A, 3, b.

²⁷³ L'exemple précité de l'article 1382 du code civil permet de l'illustrer : si la Cour de cassation censure les décisions qui refusent d'appliquer l'article 1382 du code civil à une hypothèse dans laquelle aucun texte spécial n'existe, c'est parce que cet article, *par sa généralité absolue*, concerne toutes les hypothèses de responsabilité pour faute, et concerne donc nécessairement celle objet du litige pour peu qu'une faute puisse être caractérisée. V. par ex. Civ. 1^{re}, 11 janv. 2005, n^o 02-19.016, *Bull. civ.* I, n^o 13, préc. *Adde* Civ. 2^e, 13 nov. 1964, *Bull. civ.* II, n^o 716 : parce que « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », doit être cassé l'arrêt qui refuse de faire droit à une demande qui entre dans le champ de ce texte, quel que soit le prétexte de ce refus (ici, ajout au texte d'une condition qu'il ne comportait pas pour en refuser l'application). V. encore (bien que la cassation soit prononcée pour défaut de base légale, et non pour violation de la loi) : Civ. 2^e, 25 juin 1975, n^o 74-10.585, *Bull. civ.* II, n^o 195 – Civ. 2^e, 22 mai 1964, *Bull. civ.* II, n^o 389.

²⁷⁴ V. l'article L. 211-3 du code de l'organisation judiciaire. V. aussi, not., Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, 14^e éd., LexisNexis, 2013, n^o 468 ; J.-P. Gridel, *Le droit - Présentation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012, n^o 41, p. 66. Cette compétence de droit commun s'entend *ratione materiae et personae*.

généralité²⁷⁵. Certaines précisions peuvent être apportées. Il est parfois enseigné que, par essence, toutes les règles de droit sont générales et, sur ce fondement, une partie de la doctrine conteste l'assimilation entre règle de droit commun et règle générale : toute règle de droit serait générale et il s'agirait là d'un caractère fondamental, avec les caractères impersonnel et abstrait²⁷⁶ ; des auteurs en déduisent que le critère de la règle de droit commun ne pourrait se trouver dans sa généralité, puisque toutes les règles de droit, communes ou non, auraient un caractère général²⁷⁷. Le débat pourrait reposer sur un malentendu qu'il faut tâcher de dissiper.

73. **La règle de droit, non générale par essence.** D'abord, contrairement à ce qui est parfois affirmé, la règle de droit n'apparaît pas générale par essence²⁷⁸. Il existe des règles – et même des lois – particulières, voire individuelles : outre des hypothèses fréquentes de mesures particulières ou individuelles relevant du pouvoir réglementaire, sont classiquement citées, au titre des lois au sens formel, la loi du 21 décembre 1970 qui accordait un supplément exceptionnel de pension à la veuve du général Catroux²⁷⁹, celle du 23 décembre 1970 portant exonération des droits de mutation sur la succession du général de Gaulle²⁸⁰, celle du 3 janvier 1984 dont l'article 6 disposait que « la propriété de l'immeuble situé à Paris, 25, rue Blanche, est attribuée, sur sa demande, à l'association culturelle dite "Église évangélique allemande en France", dont le siège est à Paris »²⁸¹, ou la loi du 20 novembre 1873 qui plaçait pour sept ans le pouvoir exécutif en la personne individuelle du maréchal de Mac-Mahon – en lui attribuant le titre de président de la République²⁸². Or, nul ne songe plus à disqualifier ces lois parce qu'elles sont particulières²⁸³ :

²⁷⁵ Rapp. J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 s., spéc. p. 287 : « le statut de droit commun est conditionné par la généralité des règles ».

²⁷⁶ Cette conception est classique ; elle concerne particulièrement les règles de nature légale. Ainsi, par exemple, Rousseau affirme déjà que « l'objet des lois est toujours général » (J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, in *Œuvres complètes*, t. 3, La Pléiade, 1975, livre II, chap. 6, « De la loi », p. 379).

²⁷⁷ V. not. B. Saintourens, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse, Bordeaux, 1986, n° 24 ; « La fragmentation du droit international », rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, dir. M. Koskeniemi, ONU, 2006, n° 111 (« toute règle de droit spécial est générale »). Rapp. É. Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, LGDJ, 2011, n° 1379 (« une règle spéciale est aussi une règle générale, au sens absolu du terme »).

²⁷⁸ V. partic. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, par ex. p. 313. V. aussi C. Larroumet et A. Aynès, *Introduction à l'étude du droit*, 6^e éd., Economica, 2013, n° 22 s. Pour la loi en particulier, il est d'ailleurs acquis depuis les travaux de Carré de Malberg que la généralité n'est pas de son essence, et qu'il s'agit d'un dogme doctrinal (R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, CNRS, rééd. 1962, n° 98, p. 296) : « toute base de droit positif fait complètement défaut ». *Adde* H. Dupeyrou, « Sur la généralité de la loi », *Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, 1933, p. 137 s.

²⁷⁹ Article 88 de la loi n° 70-1199 de finances pour 1971 du 21 déc. 1970, *JO* 22 déc. 1970, p. 11763 s.

²⁸⁰ Article unique de la loi n° 70-1206 du 23 déc. 1970 portant exonération des droits de mutation sur la succession du général de Gaulle, *JO* 24 déc. 1970, p. 11891.

²⁸¹ Article 6 de la loi n° 84-3 du 3 janv. 1984 relative à la levée des séquestres placés sur des biens allemands en France, *JO* 4 janv. 1984, p. 147 s.

²⁸² Pour des développements et d'autres illustrations, v. É. Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, LGDJ, 2011, n° 428 s. *Adde* la loi n° 68-1180 du 27 déc. 1968 remplaçant le général Catroux dans la première section du cadre des officiers généraux de l'armée de terre. Ou encore, avant la V^e République, les lois décidant de funérailles ou d'obsèques nationales : par ex. la loi n° 47-2292 du 6 déc. 1947 sur l'inhumation du général Leclerc aux Invalides, ou la loi n° 51-13 du 4 janv. 1951 portant ouverture de crédit pour les obsèques de Léon Blum (ce mesures relèvent aujourd'hui de la compétence du pouvoir réglementaire).

²⁸³ V. not. É. Untermaier, *op. cit.*, n° 427 s. ; R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, CNRS, rééd. 1962, n° 98, p. 295 ; P. Amsselek, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP* 1982, p. 289, note 22. Une loi non générale reste une loi. V. aussi F. Terré, « La "crise de la

elles restent des lois, et, en toute hypothèse, restent porteuses de règles de droit. Les règles de droit ne seraient donc pas générales par essence.

74. **L’existence de différences dans la généralité des règles de droit : la règle de droit commun, dotée d’une généralité absolue.** Ensuite et dès lors, l’étape suivante tient dans l’admission que, nécessairement, les règles juridiques n’ont pas toutes le même degré de généralité. Affirmer que toutes les règles de droit sont générales masque le fait que certaines règles sont incontestablement plus générales que d’autres²⁸⁴. Leur degré de généralité, lois comprises, peut varier²⁸⁵, et ce critère de généralité peut dès lors servir à distinguer diverses catégories de règles. Or, c’est précisément la position sur l’échelle de généralité qui permet d’identifier une règle de droit commun²⁸⁶ : c’est celle dont la généralité est absolue. L’assimilation entre règles de droit commun et règles générales prises en ce sens pourra par conséquent apparaître fondée²⁸⁷.

Section II – Expression technique du critère : le domaine d’application indéfini

75. **Plan.** Le droit commun est ainsi celui qui, par sa généralité absolue, est potentiellement applicable à toutes les situations²⁸⁸. Il reste à déterminer ce que recouvre techniquement le critère. L’expression technique de la généralité absolue du droit commun se

loi” », *APD* 1980, t. 25, *La loi*, p. 17 s., spéc. p. 20, qui constate un certain recul de la généralité de la loi sans pour autant contester sa qualification à cette dernière.

²⁸⁴ É. Untermaier, *op. cit.*, deuxième partie.

²⁸⁵ Par ex., É. Untermaier, *op. cit.*, *passim*. *Adde*, en droit anglais, J. Bentham, *Of laws in general*, par H. L. A. Hart, Londres, Athlone, 1970, chap. 9, « *The generality of a law* », p. 76 s.

²⁸⁶ En ce sens, P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, 2013, n° 293 ; J.-L. Thireau, « Droit commun », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, PUF Quadrige, 2003, p. 446 (pour lequel « la notion de droit commun n’introduit qu’une distinction selon le degré de généralité ou de spécialisation de normes »). V. aussi M. Hervieu, *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats*, thèse Paris II, 2010, n° 40 (« le droit commun renvoie donc au droit général »). Rapp. A. Holleaux, « La fin des règles générales », *Bull. LAP* 1976, p. 419 s., pour qui la « fin des règles générales » est caractéristique d’un « naufrage du droit commun » (n° 4, p. 424) ; G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2013 : 1) V° « Commun », sens 5 : « Qui s’applique à toutes les espèces d’un genre, par opp. à spécial ou à particulier. Ex. dispositions communes à toutes juridictions dans le CPC. Comp. *général* » ; 2) V° « Général », sens 1 : « Par opp. à spécial ou à particulier, commun à tous les éléments d’un ensemble ». *Adde* M. Poumarède, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, n° 18. V. encore A. Jeammaud, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, thèse Lyon III, 1975, n° 378. Rapp., en droit anglais – et quoique les concepts de « droit commun » et « droit spécial » n’y puissent être exprimés aussi clairement qu’en droit français, v. *infra*, n° 205 –, du constat de J. Bentham, *Of laws in general*, par H. L. A. Hart, Londres, Athlone, 1970, chap. 9, n° 1, p. 76-77.

²⁸⁷ Dans le même sens, v. M. Poumarède, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, n° 18. V. aussi, employant un terme pour l’autre, A. Rivard, « La notion du “droit commun” » *La Revue du droit*, vol. 3, n° 6, févr. 1925, p. 257 s. (3 R. du D. 257), spéc. p. 263. Rapp. B. Saintourens, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse, Bordeaux, 1986 : après avoir exposé l’opinion selon laquelle la règle spéciale serait aussi générale que la règle commune (« le droit spécial, en tant que règle de droit est donc tout aussi “général” que le droit commun », n° 22 à 24) l’auteur assimile de fait « règle commune » et « règle générale » (notamment n°s 61, 63, 101, 111, 118).

²⁸⁸ 1) Rapp. S. Mauclair, *Recherche sur l’articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse Orléans, 2011, n° 13 : le droit commun « s’applique à tous, dans toutes les hypothèses ».

2) Pour cela, le droit commun prive d’ailleurs de sens la notion de « vide juridique » : il appréhende toutes les situations, et ne laisse aucune place à celui-ci (v. F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 s., spéc. p. 940).

trouverait dans le domaine d'application des règles juridiques : les règles de droit commun ont un *domaine d'application indéfini* – si, par exemple, l'article 1108 du code civil, de droit commun des contrats, peut être appliqué à toutes les conventions, c'est qu'il a un *domaine d'application indéfini*, qui lui permet d'appréhender tous les cas. Cette propriété technique (§ I), fonde en outre la vocation subsidiaire obligatoire des règles de droit commun (§ II).

§ I – Consistance

76. **Droit commun : domaine d'application indéfini.** Techniquement, l'adjectif *commun* renvoie à la caractéristique des règles juridiques qui constituent le droit commun : le droit commun est composé de règles juridiques *au domaine d'application indéfini*. Autrement exprimé, une règle de droit commun est une règle juridique dont le domaine d'application est indéfini. Ce domaine d'application indéfini est le support technique de la généralité absolue du droit commun.

77. **Plan.** Baudry-Lacantinerie écrivait qu'il faut considérer « l'étendue d'application des règles de droit »²⁸⁹ pour identifier le droit commun. C'est également le constat auquel se livre le professeur Matthieu Poumarède dans sa thèse²⁹⁰. Et, synthétise un autre auteur, le droit commun, « de sa nature, [...] est indéfini dans son application »²⁹¹ ; il en va même de son *essence*. Le droit commun est donc composé des règles juridiques dont le domaine d'application (A) est indéfini (B).

A. Le domaine d'application

78. **Définition du domaine d'application.** Nombreux sont les auteurs à constater que le droit commun est lié au domaine d'application des règles²⁹². Mais, si l'étude du

²⁸⁹ G. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 1, *Des personnes*, 2^e éd., par M. Houques-Fourcade, Larose, 1902, n° 29.

²⁹⁰ M. Poumarède, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, n° 131 : « la quête des régimes de droit commun et des régimes particuliers en droit de la responsabilité civile passe par la détermination du domaine d'application des règles de droit, seul critère approprié à cette distinction » (v. aussi n° 15, p. 19 ; n° 27).

²⁹¹ A. Rivard, « La notion du “droit commun” » *La Revue du droit*, vol. 3, n° 6, févr. 1925, p. 257 s. (3 R. du D. 257), spéc. p. 263.

²⁹² 1) V. not. P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, 2013, n° 293 : la distinction entre règle de droit commun et règle de droit spécial est « une question de domaine d'application ». V. aussi M. Fabre-Magnan, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., PUF, 2011, p. 48 ; M. Poumarède, *op. et loc. cit.* ; J. Traullé, *L'éviction de l'article 1382 du code civil en matière extra-contractuelle*, LGDJ, 2007, *passim* (plus nuancée), not. la préface de P. Jourdain, p. VI ; M. Hervieu, *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats*, thèse Paris II, 2010, n° 40 ; M.-F. Renoux-Zagamé, « Du droit commun doctrinal au droit commun positif : leçons des plaidoyers du Parquet », in *Traditions savantes et codifications*, LGDJ, 2007, p. 3, spéc. p. 5 : « le critère qui a vocation à faire le caractère “commun” des règles, est tiré de leur extension » (entendue comme synonyme de domaine d'application). *Adde* E. Putman, *RTD civ.* 2007, p. 438 (compte-rendu de J. Traullé, *op. cit.*), qui envisage « la distinction droit commun/droit spécial » comme « une répartition du domaine des règles de droit ».

2) *Contra*, F. Bérenger, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, t. 1, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, n° 6, qui estime que la distinction entre droit commun et droit spécial ne saurait reposer sur le critère du domaine d'application des règles, dans la mesure où existeraient « des lois spéciales ayant un domaine d'application plus large que le droit commun ». Cette dernière affirmation apparaît pourtant techniquement impossible. La position de l'auteur pourrait résulter de ce que sont ici assimilées la question

domaine d'application – ou champ d'application²⁹³ – d'une règle de droit est classique, il n'aurait que peu attiré, en tant que tel, l'attention véritable des juristes²⁹⁴. Le domaine des règles juridiques « est un élément de leur contenu »²⁹⁵ ; c'est donc dans la règle même, dans chaque règle, qu'il se trouve. Au-delà, le *Vocabulaire juridique* de l'Association Capitant définit ainsi le domaine d'application : « se dit non seulement des limites territoriales à l'intérieur desquelles la règle est applicable (un État, une circonscription, un ressort) mais aussi [...] de l'ensemble des matières ou des personnes auxquelles s'applique la règle »²⁹⁶. Le domaine d'application est donc un élément *formel* du contenu des règles de droit, qui relève de leur structure²⁹⁷ : il renvoie à la délimitation de l'étendue couverte par une règle, au champ dans lequel elle a vocation à recevoir application.

79. **Divisions du domaine d'application.** Que recouvre, concrètement, le domaine d'application d'une règle de droit²⁹⁸ ? Le domaine d'application renverrait à quatre subdivisions²⁹⁹ : domaine *ratione loci*, domaine *ratione materiae*, domaine *ratione personae* et domaine *ratione temporis*. De ces quatre subdivisions, trois apparaissent pertinentes pour le droit commun et pour identifier une règle de droit commun : le domaine *ratione loci* (territorial), le domaine *ratione materiae* (matériel) et le domaine *ratione personae* (personnel)³⁰⁰, ces deux derniers étant par ailleurs souvent imbriqués³⁰¹ (le domaine *ratione temporis* a, quant à lui, peu à voir avec la problématique du droit commun : il y est seulement question d'application de la règle de droit dans le temps³⁰²).

du domaine d'application des règles juridiques et celle de la fréquence de leur application en pratique, du nombre de situations de fait effectivement régies. Or, pour la question du domaine d'application, que des règles spéciales gèrent parfois, dans les faits, « des situations plus nombreuses » (*ibid.*) que le droit commun, semble inopérant. Ce sont là deux questions distinctes : le droit commun n'est pas forcément le droit le plus courant (v. *supra*, n° 113 s.).

²⁹³ Les deux expressions apparaissent synonymes : G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2013, V° « Application (champ d' -) » : « Syn. de domaine d'application d'une règle ».

²⁹⁴ Pour le même constat, M. Poumarède, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, n° 132. V. cep. et not., outre l'ouvrage de M. Poumarède, P. Pescatore, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Bruylant, 2^e réimpr., 2009, p. 306 s. (chapitre intitulé « Délimitation du domaine d'application du droit ») ; J. Traullé, *L'éviction de l'article 1382 du code civil en matière extra-contractuelle*, LGDJ, 2007, n° 88 s.

²⁹⁵ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 17.

²⁹⁶ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2013, V° « Application (champ d' -) » L'expression est également utilisée, « au regard du droit transitoire », pour le « domaine d'application de la règle dans le temps » (*ibid.*). Pour des développements substantiels, v. not. J. Traullé, *L'éviction de l'article 1382 du code civil en matière extra-contractuelle*, LGDJ, 2007, n° 88 s., et les réf. citées (l'auteur estimant toutefois que la notion aurait des « contours fuyants » [n° 124 s.] ; une autre approche apparaît possible si la notion est prise règle par règle et non régime par régime).

²⁹⁷ Rapp. M. Poumarède, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, n° 135.

²⁹⁸ Rapp. A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, thèse Paris II, 2011, n° 162, qui insiste sur « les difficultés que suscite la détermination pratique du domaine d'application d'une norme ».

²⁹⁹ V. spéc. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 13 s., spéc. p. 17 à 20. Si le vocabulaire utilisé peut varier selon les auteurs (comp. les travaux de Kelsen avec ceux de P. Pescatore, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Bruylant, 2^e réimpr., 2009, p. 306 s. qui, dans un chapitre consacré à la « délimitation du domaine d'application du droit », envisage successivement son application dans le temps, dans l'espace, dans l'ordre systématique et dans la sphère personnelle), la réalité recouverte apparaît identique.

³⁰⁰ Implicitement, v. B. Oppetit, « Droit commun et droit européen », in *Mélanges Y. Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 311 s., spéc. p. 312 (reprod. in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 74 s., sous le titre « Retour à un droit commun européen », spéc. p. 78) : le droit commun remédie à l'éclatement « *ratione loci*, *ratione personae* et *ratione materiae* ».

³⁰¹ V. *infra*, n° 216.

³⁰² 1) V. par ex. *Rép. civ.*, V° « Conflits de lois dans le temps », par L. Bach, Dalloz, 2006, spéc. n° 19 s. ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 17-18 ; N. Delegrave, *Le droit commun et le droit spécial*, thèse, Paris II, 2011, n° 76, p. 99) ; c'est donc d'une autre problématique que de celle du droit commun qu'il s'agit.

2) Ce n'est pas à dire, cependant, que des circonstances liées au temps ne puissent jamais être à l'origine de l'édition de règles spéciales, dérogeant au droit commun : bien au contraire, l'un des motifs parfois avancés pour l'édition de règles spéciales réside dans leur caractère *temporaire* et dans le trouble passager que peut connaître la société ; ce sont les lois dites « de circonstances ». V. not. J. Ellul, « Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception (suite) »,

Une règle qui présente un domaine d'application indéfini de ces points de vue – peut ainsi être dite « de droit commun » – nous y reviendrons³⁰³. Il reste à déterminer ce que recouvre le terme « indéfini ».

B. Indéfini

80. **Une règle de droit commun : le domaine d'application indéfini.** Ce qui caractérise le droit commun est sa *généralité absolue*³⁰⁴. Or, cette propriété se manifesterait, sur un plan de technique juridique, par le domaine d'application *indéfini* des règles de droit commun. Une règle de droit commun est une règle au domaine d'application *indéfini*³⁰⁵, ce qui est indéfini étant entendu comme ce qui ne connaît pas de limites déterminées³⁰⁶. Une règle juridique est en effet de droit commun *si et seulement si* elle dispose d'un tel domaine d'application indéfini – exigence, notamment, plus vaste que le domaine « le plus large »³⁰⁷. À défaut, elle n'est pas d'une généralité absolue, puisqu'elle ne concerne pas toutes les situations possibles ; elle n'est donc pas de droit commun. Ainsi, pour une institution donnée, une règle de droit commun est une règle dont le domaine d'application est indéfini, en ce sens qu'il ne connaît pas de limite dans le cadre de cette institution, mais concerne au contraire toutes les situations possibles³⁰⁸.

APD 1965, t. 10, p. 191 s., spéc. p. 203 : « en cas de crise, en cas de trouble, en cas de guerre, il faut créer des règles juridiques (que l'on reconnaît exceptionnelles) différentes [...] des règles du droit commun » (l'auteur juge le phénomène « inacceptable » [p. 206]) ; H. Lévy-Ullmann, *La définition du droit*, Sirey, 1917, p. 168-169. Exemple caractéristique : la notion de « loi spéciale » en droit québécois, adoptée en cas d'urgence, en fonction de circonstances de temps exceptionnelles (v. par ex. H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 381 : « Loi spéciale : Loi d'exception visant à résoudre un problème particulier impliquant généralement une certaine urgence. Ex. Une loi spéciale ordonnant le retour au travail de certains syndiqués. »). S'il ne s'agit pas d'une notion consacrée en droit français, il n'en demeure pas moins, de fait, que des lois spéciales ont pu être adoptées en considération de troubles propres à des circonstances temporelles précises, telles celles qui suspendirent les délais de prescription en temps de trouble ou de guerre : par exemple, l'article 2 de la loi du 20 août 1792 disposait que « la prescription pour les droits corporels et incorporels, appartenant à des particuliers, demeure suspendue depuis le 2 novembre 1789 jusqu'au 2 novembre 1794 » (v. R.-T. Troplong, *De la prescription*, t. 2, Hingray, 1838, n° 731) ; autre exemple, les lois des 16 juillet et 24 septembre 1940 prévirent une suspension générale des délais du 10 mai au 31 octobre 1940 (DP 1940, 4, 236 et 304). Néanmoins, la question est distincte de celle qui nous retient : il n'est pas question du *critère* d'identification du droit commun, mais des motifs de fait avancés pour justifier un écart par rapport au droit commun – il est question de la *ratio legis* des règles spéciales.

³⁰³ Sur la question de l'agencement de ces divisions du domaine d'application, v. *infra*, n° 190 s. : le domaine *ratione loci* renvoie à la question du droit commun territorial ; la combinaison des domaines *ratione materiae* et *persona* renvoie à celle du droit commun matériel.

³⁰⁴ V. *supra*, n° 63 s.

³⁰⁵ Cela explique également que les règles spéciales ne semblent pas devoir être reconnues au fait qu'elles « découlent de conceptions étrangères au droit commun » (analyse proposée par R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron. p. 91 s., spéc. n° 7, p. 93), mais par leur domaine d'application limité, défini : v. *infra*, n° 159 s.

³⁰⁶ C'est déjà la définition que donne Descartes de l'indéfini : « les choses esquelles sous quelque considération seulement je ne voy point de fin, comme [...] la multitude des nombres » (« Réponses de l'auteur aux premières objections », in *Œuvres*, t. 9, *Méditations et principes*, par C. Adam et P. Tannery, Cerf, 1904, p. 89).

³⁰⁷ M. Mignot, « Aperçu critique de l'avant-projet de loi sur la prescription », *RRJ* 2007, n° 4, p. 1639 s., spéc. n° 32, p. 1653 : l'auteur estime que « la règle la plus générale, celle dont le champ d'application est le plus large, doit être celle qui est considérée comme de droit commun ». Il semble pourtant que si la règle n'est pas d'une généralité absolue et ne concerne pas toutes les situations, elle peut bien être la plus générale qui existe, elle reste une règle spéciale : songeons, par exemple, à celle posée par l'article 2224 du code civil ; comment la qualifier de droit *commun*, alors qu'elle ne concerne que les « actions personnelles et mobilières » (v. *infra*, n° 566) ?

³⁰⁸ L'étendue d'une institution d'une part, et le domaine des règles qui régissent cette institution d'autre part, se présentent comme deux questions distinctes : pour qu'une règle soit de droit commun, il suffit qu'elle soit indéfinie dans son domaine d'application, c'est-à-dire qu'elle s'étende à tous les cas potentiellement recouverts par l'institution

81. **Illustrations.** C'est par exemple sur ce fondement que la règle posée par l'article 721, alinéa 1^{er}, du code civil, qui établit que « les successions sont dévolues selon la loi lorsque le défunt n'a pas disposé de ses biens par des libéralités », relève du droit commun des successions, ou encore que celle posée par l'article 1108 du même code, qui fixe les conditions essentielles pour la validité d'une convention, relève du droit commun du contrat : parce que leur domaine d'application est indéfini, elles concernent toutes les situations possibles – la première, tous les cas de succession *ab intestat*, la seconde, tous les contrats³⁰⁹ – et seraient donc de droit commun.

§ II – Conséquence : caractère de plein droit de la subsidiarité

82. **Le domaine d'application indéfini entraîne le caractère obligatoire de la subsidiarité.** La subsidiarité d'une règle de droit commun, c'est-à-dire son applicabilité en dernier ressort, faute de toute autre règle applicable à une situation, apparaît comme une conséquence nécessaire du domaine d'application indéfini de cette règle. Elle découle de ce que les règles de droit commun ont une généralité absolue, manifestée par un domaine d'application indéfini qui leur permet de couvrir toutes les situations possibles ; dès lors, ne pas les appliquer à une situation donnée revient à en consacrer la violation par refus d'application – cela revient à refuser d'appliquer une règle à une situation qu'elle concerne³¹⁰.

83. **Plan.** *Conséquence nécessaire* d'un élément de définition du droit commun – le domaine d'application indéfini –, la subsidiarité est une fonction irrémédiablement attachée au droit commun (A). Pour autant – c'est le corollaire –, cette affirmation ne doit pas conduire à définir le droit commun par la subsidiarité, car il ne s'agit précisément que d'une conséquence de la définition du droit commun ; ce dernier n'apparaît pas réductible au statut de notion fonctionnelle parfois proposé en doctrine (B).

– peu important que cette institution ait, elle-même, un champ limité. Par exemple, avant la réforme du mariage civil réalisée par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, les règles relatives aux devoirs des époux étaient déjà de droit commun pour cette institution car, même si elles étaient limitées à l'union d'un homme et d'une femme, le mariage lui-même était défini comme « l'union d'un homme et d'une femme » (Civ. 1^{re}, 13 mars 2007, n° 05-16.627, *Bull. civ.* I, n° 113 ; R. p. 326-327 ; D. 2007, p. 1375 s., obs. H. Fulchiron, p. 1389 s., rapp. G. Pluyette et note É. Agostini, p. 1561 s., obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *RTD civ.* 2007, p. 287 s., obs. J.-P. Marguénaud et p. 315 s., obs. J. Hauser, et 2008, p. 438 s., obs. P. Deumier ; *JCP G* 2007, I, 170, n° 1, obs. Y. Favier ; *Deffrénois* 2007, p. 781, obs. J. Massip ; *AJ fam.* 2007, p. 227, obs. F. Chénéde ; *Dr. fam.* 2007, comm. 76, note M. Azavant) : elles couvraient donc déjà toute l'étendue possible de l'institution. Ces règles restent de droit commun depuis la réforme car, si le domaine de l'institution du mariage civil s'est élargi, cet élargissement a également touché, dans la même mesure, les règles relatives aux devoirs des époux.

³⁰⁹ Pour le constat général, v. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., PUF, 2012, p. 27.

³¹⁰ Not. Civ. 1^{re}, 11 janv. 2005, n° 02-19.016, *Bull. civ.* I, n° 13 – Com. 31 janv. 2012, n° 10-24.731, *Bull. civ.* IV, n° 23.

A. La subsidiarité du droit commun est obligatoire

84. **Plan.** La subsidiarité du droit commun (1) apparaît juridiquement obligatoire, car inhérente au concept de droit commun (2).

1. Définition de la subsidiarité du droit commun

85. **Définition.** La vocation subsidiaire du droit commun est la propriété qu'a celui-ci de s'appliquer à défaut d'autre règle, dans les silences, dans les vides laissés par les autres règles³¹¹ ; elle « signifie qu'il doit s'appliquer dès lors qu'une disposition spéciale ne l'exclut pas »³¹². Par exemple, Madame Saint-Alary-Houin, commentant la jurisprudence, note que « la responsabilité de droit commun coexiste avec la responsabilité spéciale des constructeurs et a vocation à être retenue chaque fois que les conditions de la responsabilité spéciale ne peuvent s'appliquer »³¹³. Le doyen Cornu remarquait que la subsidiarité traduit l'idée selon laquelle « le doute et le silence profitent au droit commun »³¹⁴. Monsieur Malaurie l'exprime ainsi : le droit commun est « le droit résiduel, celui qui s'applique chaque fois qu'une règle spéciale n'est pas en cause »³¹⁵. Ce qui est subsidiaire est *résiduel* ; c'est ce qui demeure applicable lorsque rien d'autre ne l'est. Outil fondamental, le droit commun est ainsi applicable dans « tous les cas qui ne rentrent pas exactement dans les termes stricts d'une disposition spéciale »³¹⁶.

86. **Précision : distinction entre subsidiarité et supplétivité**³¹⁷. Une précision terminologique peut être apportée quant à la distinction de la subsidiarité et du caractère supplétif. Lorsque les deux notions se recoupent, la distinction n'est certes pas évidente : en attestent les cas dans lesquels l'application du droit commun est conditionnée par l'absence de stipulation contractuelle en sens contraire et notamment, pour les régimes matrimoniaux, la formule de l'article 1393, alinéa 2, du code civil. Les propos de Baudry-Lacantinerie n'apparaissent-ils pas à cet égard ambigus lorsqu'il écrit, pour expliquer la subsidiarité, que le droit commun « retrouve [...] son empire, dès que la volonté d'y déroger n'a pas été, de quelque façon que ce soit, clairement manifestée »³¹⁸ ? La confusion entre caractère subsidiaire et caractère supplétif serait, en outre, alimentée par certains textes. L'article 1^{er}, alinéa 3, de l'ordonnance

³¹¹ Un auteur définit la subsidiarité comme « une technique de coordination d'éléments concurrents, subordonnant à la défaillance de l'élément qualifié de premier le déblocage de l'élément appelé subsidiaire » (A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, thèse Paris II, 2011, n° 564).

³¹² A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, thèse Paris II, 2011, n° 144.

³¹³ C. Saint-Alary-Houin, obs. sur Civ. 3^e, 27 avr. 2000 et Civ. 3^e, 29 mars 2000, *Dr. et patr.* n° 87, nov. 2000, p. 87 s.

³¹⁴ G. Cornu, *Droit civil - Introduction, les personnes, les biens*, 11^e éd., Montchrestien, 2003, n° 415.

³¹⁵ Ph. Malaurie, « Les dix premières années de notre siècle et le droit civil », *JCP G* 2010, 427, n° 2.

³¹⁶ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, 2^e éd., LGDJ, 1954, n° 1330, p. 738 (prescription).

³¹⁷ Si l'on accepte le néologisme (au soutien de cette position : n'est-ce pas le commun de tous les mots que d'avoir été un jour nouveaux ?) ; l'on peut y lire, de manière plus classique, « caractère supplétif ».

³¹⁸ G. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 1, *Des personnes*, 2^e éd., par M. Houques-Fourcade, Larose, 1902, n° 30. La formulation, du fait du recours à l'expression « volonté d'y déroger », pourrait induire en erreur, en passant de la subsidiarité au caractère supplétif. *Addé*, pour d'autres exemples en doctrine, N. Delegove, *Le droit commun et le droit spécial*, thèse, Paris II, 2011, n° 57 s. Rapp. J.-P. Gridel, *Le droit - Présentation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012, n° 41, p. 66. Et, en droit québécois, v. not. J.-M. Brisson, « Le Code civil, droit commun ? », in *Le nouveau code civil - Interprétation et application, Journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Thémis, 1993, p. 293 s., not. p. 296 ; M. Juneau, *La notion de droit commun en droit civil québécois*, Université Laval, Québec, 2009, *passim*.

n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte, dispose par exemple qu'« en cas de silence ou d'insuffisance du statut civil de droit local, il est fait application, à titre supplétif, du droit civil commun » ; ne conviendrait-il pas de lire « subsidiaire » ? La doctrine a en effet montré que le caractère supplétif est une propriété des règles qui s'appliquent faute de volonté exprimée, contrairement à la subsidiarité, dont le champ est plus vaste, et qui est « une technique de coordination d'éléments concurrents, subordonnant à la défaillance de l'élément qualifié de premier le déblocage de l'élément appelé subsidiaire »³¹⁹. Le caractère supplétif s'entend ainsi par rapport à la défaillance de volontés individuelles³²⁰, tandis que le caractère subsidiaire, plus large, s'entend aussi notamment par rapport aux dispositions spéciales³²¹. Le premier serait inclus dans le second ; de fait, si la règle supplétive est subsidiaire³²², la règle subsidiaire n'est pas nécessairement une règle supplétive³²³ – ainsi que l'attestent les règles de droit commun qui, nécessairement subsidiaires, sont impératives³²⁴.

87. **Importance de la subsidiarité.** Cette propriété apparaît fondamentale en théorie comme en pratique³²⁵. Sous la monarchie de Juillet, Vazeille écrivait que « les lois spéciales ne présentent pas un régime si complet et si absolu sur tous les points, qu'il se suffise à lui-même, et ne permette jamais de recourir au droit commun »³²⁶. Sous le Premier Empire, Locré expliquait que les « lois d'exception [...] ne peuvent seules former un système complet sur presque aucune des matières qu'elles règlent »³²⁷. Et de fait si, depuis, les régimes politiques se sont succédé et si les lois se sont amoncelées, le constat demeure : outre qu'elle est obligatoire, la subsidiarité du droit commun est indispensable puisque les règles spéciales, *par définition*, n'appréhendent pas toutes les situations³²⁸. Tout au plus les différents degrés de règles spéciales peuvent-ils, par une sorte d'effet cliquet, repousser d'autant la subsidiarité des règles de droit commun³²⁹. Mais par

³¹⁹ A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, thèse Paris II, 2011, n° 564.

³²⁰ C. Pérès, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, n° 436. Cette défaillance de volontés individuelles pourra notamment se manifester par l'absence de stipulations conventionnelles.

³²¹ A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, thèse Paris II, 2011, n° 87.

³²² C. Pérès, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, n° 400.

³²³ Adde A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, thèse Paris II, 2011, n° 564.

³²⁴ Pour le droit commun des contrats par exemple, l'article 1108 du code civil.

³²⁵ Là se trouverait d'ailleurs parfois la seule utilité, résiduelle, de règles de droit commun étouffées par les règles spéciales : « le droit commun n'est plus qu'un droit résiduel appelé à n'intervenir que dans les interstices laissés, si l'on ose dire, à l'air libre et échappant à l'emprise d'une réglementation de plus en plus touffue » (F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., 2011, n° 5, p. 6).

³²⁶ F.-A. Vazeille, *Traité des prescriptions*, Videcoq, 1832, n° 268.

³²⁷ G.-J. Locré, *Esprit du Code de commerce*, Garnery, 1811, avant-propos, p. XIII (cité par V. Lasserre-Kiesow, « L'esprit du code de commerce », in *Le Code de commerce, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 19 s., spéc. p. 25).

³²⁸ Dans le même sens, pour la responsabilité civile, v. M. Poumarède, « Les régimes particuliers de responsabilité civile, ces oubliés de l'avant-projet Catala », *D.* 2006, p. 2420 s., spéc. p. 2424, qui relève que « par hypothèse, les régimes particuliers sont lacunaires ».

³²⁹ En d'autres termes, l'inapplicabilité d'une règle « très spéciale » peut entraîner l'applicabilité subsidiaire d'une règle « spéciale » – et non du droit commun. Par exemple, pour un contrat de déménagement, la Cour de cassation a pu décider que, dans la mesure où ce contrat est distinct du contrat de transport, le délai de prescription prévu par l'article L. 133-6 du code de commerce n'a pas vocation à jouer ; elle a fait application, à la place, du délai prévu à l'article L. 110-4 du même code, et non pas du délai dit de droit commun : Com. 26 juin 2001, n° 98-22.908, *NPB* (les délais posés par les articles L. 110-4 du code de commerce et 2224 du code civil étant aujourd'hui tous deux de cinq ans, cette question précise est privée de ses enjeux pratiques pour les cas soumis au droit institué par la réforme du 17 juin 2008). La subsidiarité du droit commun est bloquée par ces différents paliers de règles spéciales ; en pratique, elle est, dans ces hypothèses, une subsidiarité au deuxième degré.

l'effet de la subsidiarité, le droit commun conserve un empire certain³³⁰. C'est ainsi, écrit le professeur Denis Mazeaud, que « le droit spécial [...] ne [se] suffit pas toujours à lui-même ; il comporte des imprécisions, des lacunes, des failles, des imperfections qui l'empêchent de régir intégralement ou efficacement les situations qui entrent dans son champ d'application, d'où le recours nécessaire au droit commun »³³¹. Il est ainsi rarissime que des « dispositions de droit commun se trouvent entièrement écartées » par des règles spéciales³³² : aucun corps de règles spéciales ne fonctionne en vase clos³³³. La subsidiarité des règles de droit commun est, partant, « ce qui fait leur faiblesse – elles cèdent devant les injonctions contraires du droit spécial –, mais aussi ce qui fait leur force – elles couvrent tout interstice laissé vacant par le droit spécial »³³⁴.

2. Caractère obligatoire de la subsidiarité du droit commun

88. Constat et démonstration du caractère obligatoire de la subsidiarité.

L'enseignement peut tenir dans cette proposition simple : parce que les règles de droit commun ont un domaine d'application indéfini, celles-ci ont *nécessairement* vocation subsidiaire obligatoire.

³³⁰ V., pour les contrats, C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 290 : « aucune des branches spéciales rencontrées ne peut vivre sans le secours des dispositions communes. Même les plus attachées à leur indépendance, celles dont le particularisme est le plus appuyé, y ont recours pour corriger les failles de la réglementation spéciale ». Rapp. Ph. Rémy, « La jurisprudence des contrats spéciaux - Quarante ans de chroniques à la *Revue trimestrielle de droit civil* », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Poitiers, PUF, 1986, p. 103 s., spéc. p. 111 : « il semble que la régulation judiciaire des contrats spéciaux [...] doit plus aux articles 1134 alinéa 3, 1135 et 1156 du Code civil qu'aux règles propres à chaque grand contrat nommé ». Pour la responsabilité civile, M. Poumarède, « Les régimes particuliers de responsabilité civile, ces oubliés de l'avant-projet Catala », *D.* 2006, p. 2420 s., spéc. p. 2424, qui rappelle que « le juge a souvent recours aux règles de droit commun pour compléter les régimes particuliers ». *Adde*, pour la prescription en droit immobilier, M.-L. Cicile-Delfosse, « L'incidence de la réforme en droit immobilier », in *La réforme de la prescription en matière civile*, dir. Ph. Casson et Ph. Pierre, Dalloz, 2010, p. 79 s., spéc. p. 86 ; pour les sûretés réelles en propriété intellectuelle, N. Martial, « Le droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles à l'aune de la réforme du droit des sûretés », in *Propriété intellectuelle et droit commun*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, p. 307 s., spéc. p. 311.

³³¹ D. Mazeaud, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Dalloz, 2005, p. 73 s., spéc. n° 13, p. 81.

³³² R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron. p. 91 s., spéc. n° 19, p. 97. Les exemples tendant à démontrer la complétude d'un régime spécial sont parfois sujets à caution. Notamment, un auteur estime que les règles spéciales relatives au bail emphytéotique sont si complètes qu'elles le soustraient presque totalement à l'empire des règles de droit commun du bail, sauf, du fait d'un (inutile) renvoi opéré par l'article L. 451-8, al. 3, du code rural et de la pêche maritime, en ce qui concerne la responsabilité du preneur du fait d'un incendie (*Rép. dr. immobilier* Dalloz, V° « Bail emphytéotique », par J.-L. Tixier, 2006, n° 11). On peut cependant se demander si cette présentation rend bien compte de la réalité : en particulier, le bail emphytéotique n'est-il pas soumis à des règles de consentement, de cause, de capacité, qui sont des règles de droit commun du bail en même temps qu'elles sont, plus généralement, des règles de droit commun du contrat ?

³³³ En ce sens, la notion d'autonomie des droits spéciaux peut être mise en doute si elle doit conduire à prôner l'inapplicabilité du droit commun à titre subsidiaire (v. F. Grua, « Les divisions du droit », *RTD civ.* 1993, p. 59 s., spéc. n° 21), car cette inapplicabilité ne se rencontre, pour ainsi dire, jamais. V. aussi, plus généralement, F. Grua, art. préc., spéc. n° 17 s., et « La fée et l'horloge », *RTD civ.* 2001, p. 319 s., spéc. n° 8 : l'auteur donne l'exemple du droit cambiaire, « "autonome" s'il en est », et qui, pourtant, « emprunte au droit commun des obligations, notamment les exigences du consentement et des incapacités ». *Adde*, pour la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 936. V. encore « La fragmentation du droit international », rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, dir. M. Koskeniemi, ONU, 2006, n°s 192 et 193 : « aucun régime ne se suffit à lui-même » ; « l'expression "régime autonome" ne convient pas ».

³³⁴ C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 14, p. 23.

La grande majorité des auteurs s'accorde sur ce point³³⁵, et les applications qu'en fait la jurisprudence, ou les rappels ponctuels par le législateur, vont également en ce sens³³⁶. La subsidiarité est une propriété technique inhérente au droit commun ; « la vocation résiduelle est consubstantielle au droit commun, [...] de l'essence de ce dernier »³³⁷. Si le constat est répandu, le fondement technique du caractère obligatoire de la subsidiarité est en revanche plus rarement exposé. C'est ce point que l'on peut ici développer. Deux temps permettent de démontrer le caractère obligatoire de la subsidiarité. Il faut d'abord constater qu'appliquer une règle de droit

³³⁵ 1) V. not. C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 1 (et *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 6, p. 9) ; M. Poumarède, « Les régimes particuliers de responsabilité civile, ces oubliés de l'avant-projet Catala », *D.* 2006, p. 2420 s., spéc. p. 2424 (et le paragraphe consacré à « la subsidiarité des régimes de droit commun »), et *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, n° 440 ; G. Lardeux, « “*Specialia generalibus derogant*” ou la simplicité apparente des fausses évidences », obs. sur Civ. 3^e, 28 mai 2008, *RDC* 2008, p. 1251 s. ; F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 s., spéc. p. 947. Un célèbre et ancien exemple figure dans la première phrase de la somme de Bourjon sur le *droit commun de la France* : « Le Droit commun du Royaume est l'exacte explication de la Coutume ; il supplée à tout ce qui lui manque » (F. Bourjon, *Le droit commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principes*, « Dissertation », t. 1, 1770, Grangé et Cellot, t. 1, p. 1 – nous ajoutons les italiques). *Adde*, hors du droit français, J. D. Ray, « *Reflexiones sobre la interpretación de normas de derecho común en relación con sectores específicos del ordenamiento jurídico* », *La Ley* (Buenos Aires) 1987-E, p. 596 s., spéc. n° VII ; M. Pasquau Liaño, *Código civil y ordenamiento jurídico*, Grenade, Comares, 1994, p. 54 s. Rapp. J.-M. Brisson, « Le Code civil, droit commun ? », in *Le nouveau code civil - Interprétation et application, Journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Thémis, 1993, p. 293 s., spéc. p. 296.

2) Cependant, quelques auteurs doutent parfois ponctuellement du caractère obligatoire de la subsidiarité du droit commun. V. par ex., opinant que le droit commun de la prescription extinctive ne s'appliquerait pas subsidiairement aux actions en nullité de la période suspecte, A. Martin-Serf, obs. sur Com. 30 mars 2010, *RTD com.* 2010, p. 614 (et, de l'avis contraire, J.-L. Vallens, obs. sur Com. 30 mars 2010, *RTD com.* 2010, p. 433). *Adde*, se demandant si, « en cas d'incomplétude du régime du nantissement de créances », les règles applicables au gage de meubles corporels – dont le renvoi contenu à l'article 2355, alinéa 5, du code civil, fait le droit commun du nantissement – ont vocation à s'appliquer, M. Bourassin, in « Panorama de la législation et de la jurisprudence en droit civil des affaires », *D.* 2006, p. 1380 s. Pour la formulation de la question, N. Delegove, *Le droit commun et le droit spécial*, thèse Paris II, 2011, n° 322, p. 346-347 : « Le silence du droit spécial permet-il de recourir de manière subsidiaire au droit commun ? Exprimé autrement, faut-il comprendre le silence du droit spécial comme une lacune, ouvrant la voie du droit commun, ou bien comme une règle de (non) droit implicite, en vertu de laquelle, en dehors du domaine d'application du droit spécial, les situations ne pourraient faire l'objet d'une appréhension juridique ? »

³³⁶ Pour des développements, v. *infra* et les développements consacrés au droit commun territorial et au droit commun matériel. Quelques exemples peuvent déjà être mentionnés.

1) Pour la loi, v. par ex. l'article 1^{er}, alinéa 3, de l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte : « en cas de silence ou d'insuffisance du statut civil de droit local, il est fait application, à titre supplétif [*vis*], du droit civil commun ». Hors du droit français, v. par ex. l'article 1781 du *código de comercio* colombien : « *cuando una determinada materia no está específicamente prevista en este libro, se acudirá [...] a los principios generales de derecho común* ». V. encore l'article 348, 3^o, du *código civil* portugais.

2) Pour la jurisprudence judiciaire, parmi d'abondantes références : Com. 15 juin 1971, n° 70-10.803, *Bull. civ.* IV, n° 172 (« l'action en déchéance n'étant pas une des actions en responsabilité pour lesquelles des textes spéciaux ont prévu un court délai de prescription mais une mesure d'intérêt public instituée par un texte qui n'a fixé aucun délai particulier à cet égard, cette action se trouve soumise au délai de droit commun de la prescription extinctive ») – *adde* not. Civ. 3^e, 10 janv. 2013, n° 12-40.084, *Bull. civ.* III, n° 1. Pour la jurisprudence administrative, v. par ex. CE 17 nov. 1999, n°s 181.886 et 182.622, *Lebon T.* : des situations « sont [...], en l'absence de dispositions spéciales, soumises au régime [...] de droit commun » – *adde* CE 15 janv. 1999, *O'Neill*, n° 196.248, *Lebon* p. 2 s.

³³⁷ 1) H. Lécuyer, *La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille*, thèse Paris II, 1993, n° 425.

2) Cette subsidiarité du droit commun peut parfois simplement exister en puissance et signifier, en l'absence de toute règle spéciale, que le droit commun s'applique directement. Par exemple, l'article 2263 du code civil prévoit que les actes de violence ne peuvent fonder une possession capable d'opérer la prescription acquisitive ; aucune règle spéciale ne vient concurrencer cette règle de droit commun, quel que soit le bien concerné ; par l'effet de sa vocation subsidiaire, la règle contenue à l'article 2263 précité s'applique donc directement à toutes les hypothèses possibles. C'est, en quelque sorte, encore de la subsidiarité. Rapp. F. Grua, « Le Code civil, code résiduel ? », *RTD civ.* 2005, 253 s. : « ce n'est pas parce qu'une règle exprime un droit commun qu'elle est résiduelle. Exemple : le régime primaire impératif dans les régimes matrimoniaux ».

dans toute l'étendue que permet et qu'impose son domaine d'application est juridiquement obligatoire et que s'en dispenser revient à violer cette règle par refus d'application. On doit ensuite déduire que, parce qu'elle est une règle de droit, une règle de droit commun doit, faute d'autre règle applicable, obligatoirement être appliquée à toute situation qu'elle concerne – et, par son domaine d'application indéfini, elle les concerne toutes –, faute de quoi sa violation par refus d'application est consommée.

89. Nécessité de respecter le domaine d'application des règles de droit.

Appliquer une règle juridique dans toute la mesure permise et exigée par son domaine d'application apparaît juridiquement obligatoire ; s'en dispenser revient à « ne pas appliquer la règle à une situation qu'elle devait régir »³³⁸ et, partant, à la violer par refus d'application. Le refus d'application d'une règle de droit constitue d'ailleurs un cas d'ouverture à cassation qui dépend de celui, plus général, de la violation de la règle de droit³³⁹, et nombreux sont les arrêts de la Haute juridiction de l'ordre judiciaire à prononcer la cassation d'une décision à laquelle il est reproché d'avoir « violé, par refus d'application », la règle de droit invoquée par les moyens au soutien du pourvoi³⁴⁰. En somme, ce que prévoit une règle de droit, il faut l'appliquer ; le contraire revient à la violer par refus d'application³⁴¹. Par exemple, ne pas appliquer l'article L. 341-6 du code de la consommation, qui prévoit une obligation d'information annuelle, à un cautionnement consenti par une personne physique au profit d'un créancier professionnel, alors que ce texte inclut cette hypothèse dans son domaine d'application, revient à violer le texte par refus d'application³⁴². De même, pour le transport routier international, l'article 32, 1^o, de la convention de Genève du 19 mai 1956 dite « CMR » – qui dispose que « les actions auxquelles peuvent donner lieu les transports soumis à la CMR sont prescrites dans le délai d'un an » –, n'opérant aucune distinction, la jurisprudence a déduit qu'il fallait l'appliquer à toutes les demandes qui entrent dans

³³⁸ J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, 4^e éd., Dalloz, 2009-2010, n° 72.11.

³³⁹ J. et L. Boré, *op. cit.*, chap. 72, « La violation de la règle de droit », spéc. n° 72.11, « Refus d'application ». À noter que cette règle n'est pas nécessairement de source légale (v., à cet égard, la formulation des articles 604 et 1020 du code de procédure civile), ce dont il résulte que l'expression précitée doit être préférée à celle, plus classique, mais incomplète, de « violation de la loi ».

³⁴⁰ V. par ex., parmi des références abondantes, Civ. 1^{re}, 28 nov. 2012, n° 10-28.372, *Bull. civ.* I, n° 251 – Com. 5 juin 2012, n° 11-18.210, *Bull. civ.* IV, n° 112 – Civ. 2^e, 4 mars 1999, n° 98-50.005, *Bull. civ.* II, n° 43 – Soc. 7 oct. 1998, n°s 97-43.336 et 97-43.463, *Bull. civ.* V, n° 410 – Com. 15 nov. 1988, n° 87-11.566, *Bull. civ.* IV, n° 311. La formule utilisée n'est pas figée ; pour une expression équivalente, v. Civ. 1^{re}, 28 nov. 2012, n° 09-12.528, *Bull. civ.* I, n° 246.

³⁴¹ 1) Cela ne signifie pas pour autant que cette règle de droit ne puisse admettre que des stipulations contractuelles y dérogent (v. par ex. l'article 2254 du code civil à propos de certaines dispositions relatives à la prescription extinctive), ou ne puisse pas comporter d'exceptions (v. par ex., toujours pour la prescription extinctive et pour tout le titre XX du livre III, la formulation – certes approximative, v. *infra*, n° 789 – de l'article 2223 du même code) ; mais c'est encore appliquer la règle dans toute son étendue que de reconnaître la validité des stipulations contractuelles qu'elle admet (c'est, en effet, parce qu'elle le prévoit explicitement ou qu'elle l'autorise implicitement que ces dernières doivent être admises), de même que c'est faire application des règles spéciales que de reconnaître l'existence des exceptions qu'elles prévoient à une règle générale.

2) Le constat vaut pour toute règle de droit. Pour les règles de droit commun, v. juste *infra* ; pour les règles spéciales, c'est encore cette consigne qui explique qu'en présence d'une règle plus générale, elles doivent être appliquées dans la mesure de ce que prévoit leur domaine d'application, mais dans cette seule mesure – c'est, en d'autres termes, cette nécessité qui est à l'origine de l'obligation d'interpréter *strictement* les règles spéciales (v. *infra*, n° 165 s.).

³⁴² C'est l'hypothèse qui a donné lieu à l'arrêt, précité, Civ. 1^{re}, 28 nov. 2012, n° 10-28.372, *Bull. civ.* I, n° 251.

le champ de la convention³⁴³. Les exemples pourraient être multipliés³⁴⁴ : retrancher du domaine d'application d'une règle est prohibé.

90. **Nécessité de respecter le domaine d'application des règles de droit commun : la subsidiarité obligatoire du droit commun.** Le caractère obligatoire de la subsidiarité du droit commun semble devoir être déduit des conclusions précédentes. Puisque l'application d'une règle de droit à une hypothèse qu'elle vise est obligatoire, alors les règles de droit commun, qui sont une catégorie de règles de droit, doivent, exactement de la même manière que toute règle de droit en général³⁴⁵, être appliquées dans toute l'étendue que permet et qu'impose leur domaine d'application. Par nécessité technique, le juge est donc tenu d'appliquer le droit commun en l'absence de règle spéciale. Refuser, dans cette situation, d'appliquer une règle de droit commun, revient à consacrer une violation de cette règle par refus d'application³⁴⁶. Il s'agit d'une nécessité technique générale³⁴⁷.

91. **Illustration.** Par exemple, qu'un contrat de vente soit régi par un certain nombre de dispositions spéciales n'empêche pas qu'il soit soumis, dans les vides de cette réglementation qui lui est spécifique, aux règles de droit commun du contrat³⁴⁸, lesquelles ont une

³⁴³ V. not. Com., 8 juin 1983, n° 81-15.260, *Bull. civ.* IV, n° 169 (demande en paiement du prix du transport dirigée par le transporteur contre le commissionnaire de transport) – Com. 8 janv. 1985, n° 83-16.658, *Bull. civ.* I, n° 16 (demande reconventionnelle en compensation opposée à la demande en paiement formée par le transporteur) – Com., 11 déc. 1990, n° 89-15.392, *Bull. civ.* IV, n° 323 (recours en garantie contre un transporteur ne figurant pas sur la lettre de voiture internationale) – Com. 24 mars 2004, n° 02-16.573, *Bull. civ.* IV, n° 63 (action directe en paiement des prestations du transporteur à l'encontre du destinataire).

³⁴⁴ 1) V., encore, pour le cautionnement et plus spécifiquement les articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation, Com. 10 janv. 2012, n° 10-26.630, *Bull. civ.* IV, n° 2 ; *Rev. sociétés* 2012, p. 286 s., note I. Riassetto ; *RTD com.* 2012, p. 177, obs. D. Legeais.

2) Ainsi, encore, la question était posée à la Cour de cassation de savoir si le président de la République en exercice peut, sur le fondement de l'article 2 du code de procédure pénale, se constituer partie civile devant une juridiction pénale ; la Haute juridiction a jugé la constitution de partie civile recevable (Ass. plén. 15 juin 2012, n° 10-85.678, *Bull. AP*, n° 1) ; l'article 2 précité n'excluant pas le président de la République de son domaine d'application *ratione personae*, et aucune règle relative au statut du chef de l'État ne s'y opposant, la solution contraire serait assurément revenue à *restreindre* la portée de ce texte.

³⁴⁵ Elles ont, en tant que partie d'un tout, les propriétés essentielles du tout dont elles font partie.

³⁴⁶ V. par ex. Civ. 1^{re}, 11 janv. 2005, n° 02-19.016, *Bull. civ.* I, n° 13 (responsabilité civile).

³⁴⁷ 1) Il n'en est pas moins loisible à l'auteur d'une règle de droit commun de décider expressément que celle-ci ne s'appliquera pas subsidiairement à telle situation spécifique. L'hypothèse n'apparaît pas comme une contradiction de la vocation subsidiaire obligatoire du droit commun, mais comme un cas d'édiction d'une règle spéciale d'exclusion du droit commun, une règle qui se borne à exclure la règle de droit commun dans un cas précis, qui serait applicable subsidiairement en son absence. C'est le cas à l'article 2232 du code civil : le premier alinéa pose une règle de droit commun de la prescription extinctive tenant à l'institution d'un « délai butoir » ; l'alinéa suivant pose une règle spéciale de non application du délai butoir dans certains cas particuliers. Même ici, la vocation subsidiaire du droit commun resterait juridiquement obligatoire.

2) Cette conséquence se révèle d'ailleurs fondamentale lorsqu'il s'agit de distinguer, sur le plan du régime, ce qui est du droit commun et ce qui ne l'est pas. V. par ex. *infra*, n° 646 : dans l'hypothèse où il n'existe pas de droit commun et qu'une situation donnée n'est régie par aucune règle explicite, le juge est libre d'étendre, ou non, la solution la plus générale par analogie ; il n'est, en revanche, jamais libre d'appliquer le droit commun d'une institution lorsqu'il existe.

³⁴⁸ Par ex., aux règles sur le dol vice du consentement de l'article 1116 du code civil : v. not. Civ. 1^{re}, 22 avr. 1997, n° 95-12.152, *Bull. civ.* I, n° 129 ; *D.* 1998, jur. p. 272 s., note R. Martin et 1999, somm. p. 15 s., obs. O. Tournafond ; *JCP G* 1997, II, 22944, note G. Bolard – Civ. 1^{re}, 6 nov. 2002, n° 00-10.192, *Bull. civ.* I, n° 260 ; *CCC* 2003, n° 38, obs. L. Leveneur. Sur la question, et le traitement différent que la jurisprudence réserve à l'erreur, v. *infra*, n° 178.

vocation subsidiaire obligatoire à s'appliquer à tout contrat ; le refuser revient à une violation de ces règles par refus d'application³⁴⁹.

92. **Conséquence : caractère de plein droit de la subsidiarité du droit commun et inutilité des textes de rappel.** Une conséquence doit être tirée de ce caractère juridiquement obligatoire de la subsidiarité du droit commun : nécessité technique, cette subsidiarité a lieu de plein droit³⁵⁰. Elle est automatique. Dès lors, nul n'est besoin d'un texte qui la rappellerait pour qu'elle soit effective : la subsidiarité d'une règle de droit commun ne nécessite aucun renvoi. De tels renvois apparaissent alors techniquement inutiles – nous y reviendrons³⁵¹.

B. La subsidiarité ne permet pas de définir le droit commun

93. **Le droit commun, notion fonctionnelle ?** La fonction subsidiaire du droit commun est si importante que, pour un certain nombre d'auteurs, elle permettrait de définir la notion : aux termes d'une conception fréquemment reçue³⁵², serait ainsi de droit commun la règle qui s'applique de manière subsidiaire, ou encore résiduelle. C'est ainsi une théorie fonctionnelle, qui prend appui sur la fonction du droit commun – la subsidiarité – pour en proposer une définition. Le doyen Vedel écrivait que les notions fonctionnelles sont celles qui procèdent

³⁴⁹ Les illustrations pourraient être multipliées.

1) Notamment, de la même manière, le raisonnement selon lequel un pâtissier, un ébéniste, un cordonnier, un sommelier ou un décorateur de théâtre ne seraient pas responsables pour faute délictuelle sous le prétexte qu'aucun texte spécial n'établirait cette responsabilité, apparaît discutable : ils n'en sont pas moins soumis à la responsabilité pour faute édictée par l'article 1382 du code civil ; ne pas l'admettre revient à violer les dispositions de ce dernier article par refus d'application.

2) V. aussi, pour une formule générale, Com. 31 janv. 2012, n° 10-24.731, *Bull. civ.* IV, n° 23 (prescription).

3) *Adde*, en droit québécois : « dans le cas où une loi particulière ne prévoit aucune courte prescription, on s'en remet au régime de droit commun » (Baudouin et Renaud, *Code civil du Québec annoté*, t. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 7^e éd., 2004, p. 3746, commentaire de Cour d'appel du Québec, 4 janv. 1989, *Brouillard c. Perron*).

³⁵⁰ Pour des applications v. *infra*, n° 465 s. (droit commun territorial) et n° 812 s. (droit commun matériel).

³⁵¹ Pour des applications, v. *infra*, n° 399 s. (droit commun territorial) et n° 695 s. (droit commun matériel). En effet, certains textes spéciaux renvoient au droit commun. Pour les contrats, l'article L. 1221-1 du code du travail dispose que « le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun », et l'article L. 1222-1 du même code prévoit que « le contrat de travail est exécuté de bonne foi » ; v. encore, pour les risques, l'article 1624 du code civil, qui dispose que « la question de savoir sur lequel, du vendeur ou de l'acquéreur, doit tomber la perte ou la détérioration de la chose vendue avant la livraison, est jugée d'après les règles prescrites au titre "Des contrats ou des obligations conventionnelles en général" ». Ces rappels apparaissent inutiles. Rapp. J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 s., spéc. p. 305.

³⁵² 1) Un certain nombre de contributions estime que le droit commun se définirait par sa vocation subsidiaire. En droit français, outre les références citées *infra*, v. partic. A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, thèse Paris II, 2011, n° 104 : « le droit commun est défini par sa vocation subsidiaire » (v. ég. n° 105 et n° 142). Rapp. N. Molfessis, « Le code civil et le pullulement des codes », in *1804-2004, Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 309 s., spéc. n° 27, p. 333, qui estime que « ce qui fait la définition même du droit commun » est son application aux hypothèses non prévues par des règles spéciales. *Adde* S. Mauclair, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse Orléans, 2011, n° 10.

2) Cette opinion se retrouve dans d'autres droits. Par ex., en droit argentin : J. J. Llambías, *Tratado de derecho civil*, t. 1, 23^e éd., par P. J. Raffo Benegas, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, n° 40, p. 43. En droit québécois : J. E. C. Brierley, « La notion de droit commun dans un système de droit mixte : le cas de la province de Québec », in *La formation du droit national dans les pays de droit mixte*, Aix-en-Provence, PUAM, 1989, p. 103 s., spéc. n° 2, p. 104 : « la notion de droit commun n'est autre chose que l'expression d'une certaine idée : un corps donné de normes s'applique sauf dérogation expresse » (et n° 24).

« d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité »³⁵³ ; c'est leur fonction – ce à quoi elles servent – qui permet de les définir³⁵⁴. Le droit commun n'apparaît pourtant pas comme une notion fonctionnelle : si la subsidiarité du droit commun est obligatoire, elle ne permet pas pour autant de définir le droit commun. D'une part en effet, subsidiarité et droit commun ne se recoupent pas exactement (1) et, d'autre part, la subsidiarité est une *conséquence* de la définition du droit commun, non un élément direct de celle-ci (2)³⁵⁵.

1. Une « définition » insuffisamment discriminante

94. **La subsidiarité n'est pas le propre du droit commun.** La définition fonctionnelle semble d'abord insuffisamment discriminante. Eisenmann le rappelle : « définir, c'est – l'étymologie l'indique – délimiter, c'est-à-dire séparer ; c'est situer et opposer pour “individualiser” »³⁵⁶. Or, si la subsidiarité est inhérente au droit commun, le droit commun n'est néanmoins pas la seule application possible de la subsidiarité³⁵⁷. Parce qu'elle ne permet pas de séparer le droit commun de ces autres notions³⁵⁸, elle ne permet pas de *définir* le droit commun³⁵⁹.

95. **Subsidiarité et enrichissement sans cause.** L'enrichissement sans cause fournit un premier exemple³⁶⁰. Le droit d'invoquer l'enrichissement sans cause est « subsidiaire »

³⁵³ G. Vedel, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950, I, 851, n° 4. Sur la distinction entre notions fonctionnelles et notions conceptuelles (« concepts »), v. aussi, du même auteur, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *JCP* 1948, I, 682, spéc. n° 11.

³⁵⁴ Certaines choses, en effet, peuvent être définies par leur fonction. Par exemple : « Prenez un mot qui désigne une chose, “parapluie”, par exemple. Lorsque je dis le mot “parapluie”, vous voyez l'objet dans votre esprit. Vous voyez une sorte de manche, muni de rayons de métal rabattables formant une armature pour un tissu imperméable, et qui, lorsqu'il est ouvert, vous protège de la pluie. Ce dernier détail est important [...]. Voici maintenant ma question. Que se passe-t-il lorsqu'une chose ne remplit plus sa fonction ? Est-elle toujours la même chose ou est-elle devenue une autre ? Si vous arrachez le tissu du parapluie, reste-t-il un parapluie ? Vous déployez les baleines, les mettez au-dessus de votre tête, vous allez sous la pluie et vous voilà trempé. Est-il possible de continuer à appeler cet objet un parapluie ? En général, on le fait. À l'extrême, on dira que le parapluie est cassé. Selon moi, c'est une grave erreur [...]. Du fait qu'il ne peut plus remplir sa fonction, le parapluie n'en est plus un. Il peut bien y ressembler, il se peut que dans le passé il en ait été un, mais maintenant il s'est transformé en autre chose. » (P. Auster, « Cité de verre », in *Trilogie new-yorkaise*, trad. P. Furlan, Actes Sud, « Babel », 1991, p. 113-114).

³⁵⁵ Constaté que la subsidiarité du droit commun est juridiquement obligatoire et a lieu de plein droit ne doit donc pas nécessairement amener à conclure que la subsidiarité permet de définir le droit commun : pour qu'un caractère puisse parfaitement définir une notion, encore convient-il, d'une part, que ce caractère soit *exclusif*, c'est-à-dire qu'il permette de définir la notion étudiée à l'exclusion de toute autre et, d'autre part, que ce caractère soit *direct*, c'est-à-dire qu'il s'agisse bien d'un critère premier de la définition, et non d'une conséquence de cette définition.

³⁵⁶ C. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique » (1966), rééd. in *Écrits de théorie du droit, et de droit constitutionnel et d'idées politiques*, éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 289 s., spéc. p. 294.

³⁵⁷ De manière générale, v. A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, thèse Paris II, 2011, *passim*.

³⁵⁸ Prises parmi d'autres. Un exemple supplémentaire pourrait notamment être trouvé dans les mesures de protection judiciaires des majeurs, puisque l'article 428, alinéa 1^{er}, du code civil, pose un principe de subsidiarité de ces mesures de protection par rapport aux règles de la « représentation » et des régimes matrimoniaux. Or, cette subsidiarité des mesures de protection n'en fait pas des règles de droit commun par rapport aux règles de la « représentation » ou des régimes matrimoniaux ; l'affirmation serait dépourvue de sens. *Adde*, sur la consécration conventionnelle de la subsidiarité résultant des protocoles 15 et 16 à la CEDH, F. Sudre, « La subsidiarité, “nouvelle frontière” de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP* 2013, 1086.

³⁵⁹ « Il faut [...] qu'à la définition donnée ne puisse correspondre qu'un seul concept » (J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, 2012, n° 173).

³⁶⁰ V. not. A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, thèse Paris II, 2011, n° 106 s.

par rapport aux autres fondements possibles : la Cour de cassation l'a décidé au début du XX^e siècle³⁶¹ et le réaffirme fréquemment depuis³⁶². Les auteurs estiment généralement que cette subsidiarité de l'action *de in rem verso* signifie, dans le cas d'un enrichissement direct – c'est-à-dire dans l'hypothèse où l'enrichissement se réalise entre deux personnes, sans l'intervention d'une tierce personne –, que l'action « est exclue lorsque l'appauvri dispose à l'égard de l'enrichi d'un autre moyen d'obtenir satisfaction » ou lorsque le moyen à disposition de l'appauvri lui a été « ferm[é] par l'effet d'une règle de droit » (notamment prescription, déchéance, forclusion)³⁶³, et, dans le cas d'un enrichissement indirect – c'est-à-dire « dans l'hypothèse où l'enrichissement a transité par un patrimoine tiers » –, que « l'appauvri ne peut agir contre l'enrichi sur le fondement de l'action *de in rem verso* qu'après avoir cherché à obtenir paiement de son débiteur immédiat »³⁶⁴.

96. **Subsidiarité et sûretés.** Ainsi, encore, certaines sûretés connaissent des applications de la subsidiarité : sont ici visées les hypothèses dans lesquelles il existe un bénéfice de discussion, aux termes duquel certains biens doivent être « discutés » en premier, et où ce n'est qu'en cas d'échec de cette première étape qu'il est possible de mettre en œuvre des poursuites portant sur d'autres biens ; la subsidiarité évoque donc, en droit des sûretés, « une idée de hiérarchie déterminante de l'ordre des poursuites »³⁶⁵. La subsidiarité connaît d'abord des applications en présence de deux engagements : il s'agit alors de la subsidiarité de la sûreté par rapport à l'engagement principal, et « l'engagement subsidiaire est celui qui ne peut être mis en jeu qu'en second, après le principal »³⁶⁶. C'est dans ce cadre que la doctrine a débattu de la question de l'étendue du caractère subsidiaire du cautionnement³⁶⁷. La subsidiarité en droit des

³⁶¹ V. par ex. Civ. 2 mars 1915, *DP* 1920, 1, p. 102 s. ; *GAJC* t. 2, 12^e éd., Dalloz, 2008, n° 240 : « l'action *de in rem verso* ne doit être admise que dans les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant, sans cause légitime, enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, et [...] elle ne peut être intentée en vue d'échapper aux règles par lesquelles la loi a expressément défini les effets d'un contrat déterminé ».

³⁶² V. not. Req. 11 sept. 1940, *J.* 1941, 1, p. 121 s. – Civ. 1^{re}, 5 mars 2008, n° 07-13.902, *NPB* – 25 juin 2008, n° 06-19.556, *Bull. civ.* I, n° 185 ; *Defrénois* 2008, p. 1980 s., obs. R. Libchaber, et p. 2421 s., obs. J. Massip ; *RDC* 2008, p. 1138 s., obs. Y.-M. Laithier. L'avant-projet de réforme du 23 octobre 2013 contient d'ailleurs un article 152 consacré à l'« enrichissement injustifié » et intitulé « principe de subsidiarité ».

³⁶³ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 1073-1, 1^o (pour les deux dernières citations). V. not. Civ. 1^{re}, 24 oct. 1973, n° 71-14.159, *Bull. civ.* I, n° 280 : « l'action *de in rem verso* ne peut être admise qu'à défaut de toute autre action ouverte au demandeur ».

³⁶⁴ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 1073-1, 2^o (pour les deux dernières citations). V. not. les arrêts cités par les auteurs : Req. 11 sept. 1940, *J.* 1941, 1, p. 121 s. – Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 1984, n° 82-15.496, *Bull. civ.* I, n° 45.

³⁶⁵ A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, 1^{re} éd., LGDJ, 2010, n° 50. Dans le même sens, v. D. Grimaud, *Le caractère accessoire du cautionnement*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, n° 4. V. aussi M. Cabrillac et al., *Droit des sûretés*, 9^e éd., Litec, 2010, n° 77 : « la notion de subsidiarité emporte une idée de rang dans les poursuites : le principal en premier, le subsidiaire en second ».

³⁶⁶ M. Cabrillac et al., *Droit des sûretés*, 9^e éd., Litec, 2010, n° 77.

³⁶⁷ V. partic. F. Rouvière, « Le caractère subsidiaire du cautionnement », *RTD com.* 2011, p. 689 s. La question est discutée dans la majorité des ouvrages. Les auteurs semblent s'accorder sur un point : le cautionnement simple serait toujours subsidiaire. Par ex., M. Cabrillac et al., *Droit des sûretés*, 9^e éd., Litec, 2010, n° 77, estiment que « le cautionnement n'est pas subsidiaire », dans la mesure où « le créancier peut toujours poursuivre la caution en premier ou en même temps que le débiteur principal », et enseignent que « ce n'est que dans le cautionnement simple que la caution dispose [...] d'une exception de procédure, dite *bénéfice de discussion*, pour obtenir du créancier, à certaines conditions, qu'il discute d'abord les biens du débiteur principal ». Adde A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, 1^{re} éd., LGDJ, 2010, n° 50. Comp. A. Gouézel, *La subsidiarité en droit privé*, thèse Paris II, 2011, n° 343, p. 279 : l'auteur soutient que le cautionnement a toujours ce caractère, dans la mesure où il résulte de l'article 2288 du code civil que la caution est tenue de payer le créancier « si le débiteur n'y satisfait pas lui-même », seul étant

sûretés connaît ensuite des applications liées non pas à l'existence de deux engagements différents, mais qui posent une distinction entre deux groupes de biens contenus dans le même patrimoine : il s'agit ici de la subsidiarité d'une catégorie de biens par rapport à une autre. Par exemple, les privilèges qui portent sur la totalité de l'actif du débiteur ont pu être qualifiés de subsidiaires du point de vue de l'actif immobilier, dans la mesure où l'article 2376 du code civil n'ouvre la possibilité d'être payé sur le prix d'un immeuble qu'« à défaut de mobilier »³⁶⁸.

97. **Subsidiarité et prétentions des plaideurs.** Au demeurant, ainsi que le fit remarquer le professeur Putman, l'adverbe « subsidiairement », prisé des plaideurs, « fleurit » dans les conclusions d'avocats³⁶⁹. Quoique la possibilité ne soit prévue par aucun texte, les plaideurs peuvent en effet présenter, à côté des demandes ou des défenses principales, des demandes ou des défenses subsidiaires³⁷⁰ : c'est ainsi que la demande subsidiaire est celle qui est « formulée pour le cas où la demande principale ne serait pas accueillie »³⁷¹. La technique de la présentation subsidiaire des prétentions est utilisée quotidiennement³⁷², et elle implique que le juge ne peut examiner la demande ou la défense qualifiée de subsidiaire qu'après avoir rejeté la demande ou la défense présentée à titre principal. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation l'a confirmé dans un arrêt rendu le 29 mai 2009, en décidant que si la subsidiarité dans la présentation des prétentions est à la discrétion des plaideurs, elle s'impose en revanche au juge³⁷³.

98. **Subsidiarité et loi du for.** De même encore, dans les solutions du conflit de lois international retenues en droit français, la *lex fori*, ou loi du for – qui fait référence au système juridique étatique du juge saisi d'une demande –, bénéficie d'une vocation subsidiaire générale³⁷⁴. Cette subsidiarité de la loi du for signifie qu'elle est appliquée par le juge en cas de défaillance, au sens large, du mécanisme conflictuel³⁷⁵. Ainsi, en droit international privé français, la loi du

susceptible de varier le degré de cette subsidiarité, entendu comme « l'étendue des démarches que le créancier est tenu de mettre en œuvre à l'encontre du débiteur premier avant de pouvoir agir contre le débiteur subsidiaire ».

³⁶⁸ M. Cabrillac et al., *Droit des sûretés*, 9^e éd., Litec, 2010, n° 651 : la « subsidiarité » résulte ici de ce que « le titulaire du privilège général [ne peut exercer] sa préférence sur le prix d'un immeuble qu'en cas d'insuffisance de l'actif mobilier » ; les auteurs précisent que « cette règle ne l'astreint cependant pas à “discuter” l'actif mobilier », mais que « c'est au contraire aux créanciers qui ont sur le prix de l'immeuble un droit de rang inférieur qu'il incombe de démontrer l'existence d'un actif mobilier suffisant pour payer le créancier à privilège général ». Adde C. Juillet, « Les standards juridiques en droit des sûretés », *RDA* n° 9, févr. 2014, spéc. n° 7.

³⁶⁹ E. Putman, « Remarques sur la demande subsidiaire », *JCP G* 1991, I, 3493, spéc. n° 1.

³⁷⁰ V. not. L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., Litec, 2009, n° 456 ; E. Putman, « Remarques sur la demande subsidiaire », *JCP G* 1991, I, 3493.

³⁷¹ E. Putman, « Remarques sur la demande subsidiaire », *JCP G* 1991, I, 3493, spéc. n° 2.

³⁷² Pour des moyens de cassation subsidiaires, v. par ex. Civ. 1^{re}, 5 juill. 2012, n° 11-18.132, *Bull. civ.* I, n° 157 (second moyen de cassation subsidiaire) – Com. 15 mars 2011, n° 09-17.055, *Bull. civ.* IV, n° 38 (deuxième moyen de cassation subsidiaire, troisième moyen de cassation très subsidiaire).

³⁷³ Ass. plén. 29 mai 2009, n° 07-20.913, *Bull. AP*, n° 6 (à propos de défenses).

³⁷⁴ V. par ex. D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, t. 1 (Partie générale), 1^{re} éd., PUF, 2007, n° 377, p. 377 ; B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, 7^e éd., Economica, 2013, n° 320 ; A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, thèse Paris II, 2011, n° 188. Pour une étude d'ensemble : M. Santa-Croce, *La vocation subsidiaire de la loi du juge saisi dans le règlement des conflits de lois*, thèse Paris, 1975.

³⁷⁵ V. not. D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, t. 1 (Partie générale), 1^{re} éd., PUF, 2007, n° 377, p. 377, qui écrivent que la vocation subsidiaire de la *lex fori* signifie que « celle-ci n'aura vocation à s'appliquer qu'en cas de défaillance du mécanisme conflictuel », et citent les exemples suivants : « règle de conflit fondée sur la nationalité, inapplicabilité à un apatride ; impossibilité d'appliquer la loi désignée parce que sa teneur ne peut être établie, ou parce que son contenu heurte les conceptions fondamentales de l'ordre juridique français ». V. aussi B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, 7^e éd., Economica, 2013, n° 320 : la subsidiarité de la loi du for joue « en cas

tribunal saisi s'appliquera subsidiairement, soit en cas de défaillance proprement dite du mécanisme conflictuel, inapte à désigner le droit applicable – par exemple, parce que la règle de conflit désigne la loi du lieu du délit et que ce dernier a eu lieu en haute mer, ou parce qu'elle désigne la loi nationale d'une personne et que celle-ci est apatride –, soit en cas d'impossibilité d'appliquer le droit désigné par la règle de conflit – par exemple, parce que son contenu ne peut être établi, ou parce qu'il est contraire à l'ordre public international français.

99. **La subsidiarité ne permet pas de définir exclusivement le droit commun.**

Les notions ci-dessus évoquées n'ont que peu à voir avec le droit commun ; toutes sont par ailleurs différentes les unes des autres ; elles ne semblent précisément avoir pour point commun que de fournir des applications de la subsidiarité³⁷⁶. Si la subsidiarité connaît une application avec le droit commun, elle en connaît ainsi bien d'autres, qui ne le concernent pas. Par conséquent, le droit commun ne peut être défini par sa vocation subsidiaire, car ce n'est pas là une propriété exclusive qui permet de le distinguer de ces autres notions³⁷⁷.

2. Une « définition » insuffisamment directe

100. **Constater sans comprendre.** La définition fonctionnelle apparaît ensuite inadéquate car, en plus de n'être pas un élément exclusif, la subsidiarité n'est pas un élément direct de la définition du droit commun. Constater que le droit commun a vocation subsidiaire relève de la simple description et ne permet pas d'expliquer pourquoi le droit commun a obligatoirement vocation subsidiaire³⁷⁸. Cette observation rejoindrait le constat selon lequel, généralement, « on n'apprend rien sur le mécanisme quand on s'interroge seulement sur les fonctions »³⁷⁹. S'arrêter là donnerait ainsi l'impression que la vocation subsidiaire du droit commun a lieu, en quelque sorte, par magie³⁸⁰. Or, ainsi que cela a été signalé, celle-ci est impliquée par le domaine d'application indéfini des règles de droit commun.

101. **La subsidiarité, conséquence de la définition du droit commun plutôt que critère de celle-ci.** La définition du droit commun par la subsidiarité pourrait dès lors

d'impossibilité dûment constatée d'appliquer le droit étranger normalement applicable ». V. encore A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, thèse Paris II, 2011, n° 188.

³⁷⁶ Affirmer, par exemple, que la demande subsidiaire serait la demande de droit commun, que la sûreté serait l'engagement de droit commun, que l'enrichissement sans cause serait l'obligation de droit commun, apparaît dépourvu de sens. Dans le même sens, pour l'enrichissement sans cause, v. A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, thèse Paris II, 2011, n° 134 : « l'enrichissement sans cause est un quasi-contrat, soumis à des conditions précises [...]. Par suite, il ne saurait être dans une relation de général à spécial avec une action contractuelle ou délictuelle [...]. Ces dispositions ont des domaines nettement distincts, ce qui exclut tout rapport de spécialité ».

³⁷⁷ Le critère proposé pour la définition – la subsidiarité – n'est pas une propriété exclusive de l'élément à définir – le droit commun.

³⁷⁸ Le raisonnement qui consisterait à affirmer que la subsidiarité du droit commun est obligatoire car elle est sanctionnée – en tant que violation de la règle de droit commun par refus d'application – apparaîtrait incomplet : ce doit être parce qu'elle est obligatoire qu'elle est sanctionnée, et non parce qu'elle est sanctionnée qu'elle est obligatoire ; la sanction est la manifestation du caractère obligatoire, non sa justification.

³⁷⁹ P. Bourdieu, *Sur l'État*, Seuil, 2011, p. 19.

³⁸⁰ La « magie » n'aurait en effet pas disparu comme source explicative de certaines règles, même issues de systèmes modernes : v. déjà G. Gurvitch, *La magie et le droit* (1938), Dalloz, 2004, et spéc. la préface de F. Terré, not. p. xv.

procéder d'une inversion de la cause et de la conséquence³⁸¹ : ce ne serait pas parce qu'une règle a vocation subsidiaire qu'elle est de droit commun mais, au contraire, parce qu'une règle est de droit commun qu'elle a vocation subsidiaire. En d'autres termes, la subsidiarité n'est pas un critère de la définition du droit commun, mais une conséquence de cette définition – et, plus précisément, une conséquence nécessaire du domaine d'application indéfini des règles de droit commun. Telle est la raison majeure pour laquelle le droit commun ne semble pas pouvoir être considéré comme une notion fonctionnelle³⁸² : « l'utilisation » du droit commun « dépend de [son] contenu ; le contenu ne dépend pas de l'utilisation »³⁸³. Dans la terminologie du doyen Vedel, le droit commun se donne donc à voir, au contraire, comme une « notion conceptuelle »³⁸⁴, comme un *concept* – et, précisément, comme celui qui désigne les règles juridiques au domaine d'application indéfini³⁸⁵.

102. **Conclusion de chapitre.** Les règles de droit commun sont caractérisées par un domaine d'application indéfini, qui les distingue des autres règles de droit : c'est ainsi que s'exprime techniquement la généralité absolue du droit commun – laquelle fait que le droit commun est *commun*. Ce critère implique en outre qu'il est obligatoire d'appliquer le droit commun subsidiairement : par son domaine d'application indéfini, il concerne nécessairement une situation à régir ; s'en dispenser revient à violer la règle par refus d'application.

³⁸¹ Cette confusion entre la cause et l'effet est, de manière générale, l'une des « quatre grandes erreurs » dans les raisonnements recensés par Nietzsche (*Crépuscule des idoles*, trad. J.-C. Hémerly, Folio essais, 2012, p. 38).

³⁸² Or, seule une notion à laquelle sa fonction confère sa véritable unité peut être considérée comme fonctionnelle : v. G. Vedel, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *JCP* 1948, I, 682, spéc. n° 11 ; et « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950, I, 851, spéc. n° 4.

³⁸³ G. Vedel, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950, I, 851, n° 4.

³⁸⁴ *Ibid.*

³⁸⁵ L'approche des Romains de l'époque classique (qui, les premiers, utilisèrent la notion de manière systématique) semblait comparable. Pour ceux-ci, le droit commun aurait renvoyé à la réglementation juridique d'application générale : A. Guzmán Brito, « *Sobre la historia de las nociones de derecho común y derecho propio* », préf. à B. Bravo Lira, *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1989, p. XI s., spéc. I, p. XI (trad. libre : « *la regulación jurídica de general aplicación* »).

Chapitre II – Distinctions : droit commun et notions dépourvues de généralité suffisante

103. **Plan.** Le droit commun revêt une généralité absolue qui le rend applicable à tout cas de figure³⁸⁶ : il ne peut donc être assimilé à des notions dépourvues de généralité suffisante. Les assimilations avec le code civil (Section I), le droit civil (Section II), de même qu'avec ce qui est parfois qualifié de « droit courant » (Section III) et avec les règles de source internationale (Section IV) semblent devoir être rejetées sur ce fondement³⁸⁷.

Section I – Droit commun et code civil

104. **Identité entre droit commun et code civil ?** L'assimilation du droit commun au code civil procède d'une idée répandue. L'exposé de cette conception précédera sa critique.

105. **Présentation.** L'idée prospère en doctrine³⁸⁸. Ainsi, par exemple, le professeur Brun expose que, pour le droit commun de la responsabilité civile, les auteurs ont « pris l'habitude de désigner sous ce vocable les règles contenues dans les articles 1382 à 1386 du Code civil »³⁸⁹. C'est encore ainsi que Madame Goldie-Genicon dit « [céder] à l'invite de

³⁸⁶ V. juste *supra* et par ex. les motifs de Civ. 1^{re}, 11 janv. 2005, n° 02-19.016, *Bull. civ.* I, n° 13 (troisième moyen).

³⁸⁷ 1) Les positions qui font l'objet d'un « courant » suivi seront développées. À titre d'exemple des conceptions non développées : quelques auteurs purent identifier droit pénal et droit commun (v. not., dans une certaine mesure, R. Méza, « La place du droit commun dans ses rapports avec le droit pénal », in *Les nouvelles échelles du droit commun*, dir. M. Boumghar et V. Durand, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 35 s.) ; la position encourt les mêmes réserves que celle qui soutient, par exemple, que le droit civil est le droit commun (v. *infra*, n° 107 s.). *Adde* É. Baron, « Existe-t-il un droit pénal commun ? », *Dr. pénal* sept. 2013, dossier 2.

2) L'assimilation entre droit commun et principe (pour le constat de sa fréquence : N. Delegove, *Le droit commun et le droit spécial*, thèse Paris II, 2011, n° 55), quant à elle, n'apparaît pas entièrement infondée. Si elle est approximative (les deux notions ne se recourent pas exactement), elle reste, de fait, parfois exacte : il arrive que le droit commun soit organisé sous forme de principe (par ex., les principes directeurs du procès civil ; pour des développements, v. *infra*, n° 522 s.) ; c'est ainsi que la jurisprudence a pu se référer à tels ou tels « principes de droit commun » (v. par ex. Civ. 1^{re}, 3 nov. 1999, n° 99-12.151, *NPB – Soc.* 20 avr. 1944, *Gaz. Pal.* 1944, 1, p. 254-255, qui mentionne le « principe de droit commun, applicable à toutes les instances judiciaires, que le tribunal ne peut fonder sa décision sur aucun document qui n'ait été connu en cause et que celles-ci n'aient eu la possibilité de discuter » [règle désormais consacrée par l'article 16 du code de procédure civile comme relevant du principe directeur de la contradiction]). Quoi qu'il en soit, le droit commun ne prenant pas toujours la forme, la structure, d'un principe, l'assimilation doit être rejetée. V. aussi P. Morvan, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 1999, not. n° 350. Droit spécial et exception ne peuvent davantage être confondus : une règle spéciale n'est pas toujours exceptionnelle, puisqu'elle peut se contenter de reproduire la règle de droit commun, ou de l'appliquer (v. *infra*, n° 163).

3) *Adde*, pour l'assimilation, sous l'ancien droit, du droit commun et de la coutume de Paris, *infra*, n° 289 s.

³⁸⁸ V. not., parmi d'abondantes références, J. Carbonnier, « Le Code civil », in *Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 30 (le code civil garde « le prestige d'être le droit commun ») ; G. Cornu, « L'unité du Code civil », *Droits* 2005, n° 42, p. 147 s., spéc. p. 151 ; G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, n° 200, p. 401. Dans une certaine mesure, P. Catala, « Il est temps de rendre au Code civil son rôle de droit commun des contrats », *JCP G* 2005, I, 170. Sur ce courant, v. N. Delegove, *Le droit commun et le droit spécial*, thèse, Paris II, 2011, n° 69, p. 88 s. ; F. Grua, « Le Code civil, code résiduel ? », *RTD civ.* 2005, p. 253 s. *Adde*, en droit espagnol, M. Pasquau Liaño, *Código civil y ordenamiento jurídico*, Grenade, Comares, 1994, p. 54 s. (« *El Derecho civil es Derecho común* »).

³⁸⁹ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 2^e éd., Litec, 2009, n° 169, qui indique ne se rallier à la présentation que « par commodité ». V. aussi, du même auteur, « Les mots du droit de la responsabilité : esquisse d'abécédaire », in *Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2007, p. 117 s., spéc. p. 121, *V*° « Droit commun (de la responsabilité) », qui fait référence à ceux qui « incluraient » dans le droit commun de la responsabilité « l'ensemble des règles du Code civil

l'article 1107 du code civil – qui qualifie de générales l'ensemble des dispositions du titre III du livre III », et « considér[er] comme relevant du droit commun des contrats les dispositions issues du titre III du livre III du code civil complétées par la jurisprudence »³⁹⁰. Les illustrations d'une telle position sont fréquentes, quelle que soit l'institution concernée³⁹¹. L'assimilation apparaît également, dans certains systèmes, en législation : notamment, la disposition préliminaire du code civil du Québec établit, en son alinéa 2, que ce code « est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun »³⁹² ; sur son fondement, les auteurs enseignent qu'« en droit civil québécois, le Code civil contient les règles de droit commun »³⁹³. Certains ont pourtant pu estimer que le rapprochement entre code civil et droit commun est trop souvent agité comme « un dogme, c'est-à-dire une vérité incontestée par le seul fait qu'on l'affirme et qu'on la répète, sans juger nécessaire d'en démontrer le bien-fondé »³⁹⁴. Sur le fondement du critère de généralité absolue qui caractérise le droit commun, l'assimilation semble d'ailleurs pouvoir être discutée.

106. **Critique.** L'assimilation, parmi les plus reçues, ne semble pas tout à fait adaptée. Allant plus loin encore, certains, dont le professeur Denis Mazeaud, purent la qualifier d'« extrêmement simpliste »³⁹⁵. Et de fait, si le code civil peut tout au plus avoir vocation à regrouper les règles de droit commun pour un certain nombre d'institutions³⁹⁶, il n'en demeure pas moins que le droit commun ne correspond pas toujours – loin s'en faut – aux dispositions du code civil. D'une part, certaines règles exprimées dans le code civil ne sont pas de droit commun :

pour les opposer aux lois spéciales plus récentes ». Cette présentation est particulièrement fréquente ; pour ce constat, J.-S. Borghetti, « Des principaux délits spéciaux », in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, dir. F. Terré, Dalloz, 2011, p. 163 s., spéc. p. 168.

³⁹⁰ C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre droit commun et droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 6, p. 12.

³⁹¹ V. par ex. J.-P. Gridel, *Le droit - Présentation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012, n° 41, p. 66, qui estime que le droit commun de la vente est constitué des articles 1582 à 1701 du code civil, que le droit commun des obligations contractuelles résulte des articles 1101 à 1369 du même code, ou encore que le droit commun des obligations délictuelles a son siège dans les articles 1382 à 1386 du même code. *Adde*, pour le droit commun des biens, C. Simler, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Litec, 2010, n° 5.

³⁹² Sur cette disposition, v. not. A.-F. Bisson, « La disposition préliminaire du Code civil du Québec », *Revue de droit McGill*, t. 44, 1999, p. 539 s. (44 R. D. McGill 539) ; H. P. Glenn, « La Disposition préliminaire du Code civil du Québec, le droit commun et les principes généraux du droit », *Les cahiers de droit*, t. 46, 2005, p. 339 s. (46 C. de D. 339). V. aussi, plus implicitement, l'article 14 du *código civil* du Costa Rica.

³⁹³ H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, V° « Droit commun », p. 205. V. aussi H. P. Glenn, « La Disposition préliminaire du Code civil du Québec, le droit commun et les principes généraux du droit », *Les cahiers de droit*, t. 46, 2005, p. 339 s., spéc. p. 349 ; A.-F. Bisson, « La disposition préliminaire du Code civil du Québec », *Revue de droit McGill*, t. 44, 1999, p. 539 s. (44 R. D. McGill 539), spéc. p. 539. Nuance : cet article ne poserait pas exactement une assimilation entre droit commun et code civil car, si le code « établit » le droit commun, il s'en distinguerait (M. Juneau, *La notion de droit commun en droit civil québécois*, Université Laval, Québec, 2009, *passim*). La remarque peut annoncer les critiques faites à cette assimilation.

³⁹⁴ J.-M. Brisson, « Le Code civil, droit commun ? », in *Le nouveau code civil - Interprétation et application*, Journées Maximilien-Caron 1992, Montréal, Thémis, 1993, p. 293 s., spéc. p. 295.

³⁹⁵ D. Mazeaud, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Dalloz, 2005, p. 73 s., spéc. n° 4, p. 76. V. aussi n° 2, p. 74 : « on pourrait penser que l'insertion d'une règle dans le Code civil ou dans un des Codes spéciaux qui lui ont succédé constitue un critère fiable, mais il faut vite déchanter ». Rapp. J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 s., spéc. p. 285. *Adde* V. Durand, « Droit commun et Code civil », in *Les nouvelles échelles du droit commun*, dir. M. Boumgar et V. Durand, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 15 s.

³⁹⁶ L. Leveneur, « Le Code civil, cadre normatif concurrencé », in *Le Code civil, une leçon de légistique ?*, dir. B. Saintourens, Economica, 2006, p. 123 s., spéc. p. 147 s.

par exemple³⁹⁷, les articles 1382 et suivants du code civil « mêlent [...] des dispositions générales et des dispositions spéciales »³⁹⁸. En d'autres termes, le code civil ne contient pas uniquement des règles d'une généralité absolue. Grua l'avait bien noté : « le Code ne contient pas que du droit commun »³⁹⁹. D'autre part, certaines règles qui relèvent du droit commun sont exprimées ailleurs que dans le code civil : par exemple, le droit commun de la publicité foncière a son siège dans le décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 ; celui des associations, dans la loi du 1^{er} juillet 1901 ; celui des actes de commerce, aux articles L. 110-1 et suivants du code de commerce. En d'autres termes, les règles d'une généralité absolue n'ont pas leur siège exclusif dans le code civil. L'assimilation entre code civil et droit commun ne convient donc pas. Le droit commun n'est pas le code civil et, au-delà, il n'apparaît pas même réductible à un code⁴⁰⁰. Il en transcende les frontières et ne s'y identifie pas. Le droit civil, entendu plus largement que le seul droit contenu dans le code civil⁴⁰¹, ne saurait davantage se confondre avec le droit commun.

Section II – Droit commun et droit civil

107. **Identité entre droit commun et droit civil ?** La question est parmi les plus fréquentes : le droit civil est-il le droit commun⁴⁰² ? Si la réponse positive est répandue, l'assimilation semble pourtant discutable : le droit commun ne semble pas réductible au droit civil (A). Il en résulte notamment que le droit civil ne peut être considéré comme le « droit commun du droit public », même s'il peut parfois contenir des règles de droit commun applicables en droit public (B).

³⁹⁷ Les exemples pourraient être multipliés.

1) Pour le gage de meuble corporel, cf. les articles 2351 à 2353 du code civil, contenus dans une section intitulée « du gage portant sur un véhicule automobile » : le code civil n'est pas uniquement le siège de règles de droit commun ; par définition, ces articles n'expriment pas le droit commun du gage, puisqu'ils ne concernent que le gage de véhicule automobile. Or, ils demeurent contenus dans le code civil. Droit commun et code civil ne coïncident pas.

2) En outre, les règles relatives à la responsabilité du fiduciaire sont contenues dans le code civil (v. par ex. l'article 2026) ; elles sont, pourtant, des règles spéciales de responsabilité.

3) De même, toutes les règles du code civil relatives aux sociétés ne relèvent pas de leur droit commun : parmi les dispositions du code civil, celles qui ont véritablement trait au droit commun (articles 1832 et suivants) semblent devoir être distinguées de celles qui concernent les seules sociétés civiles (articles 1845 et suivants). Dans le même sens, P. Didier et Ph. Didier, *Droit commercial*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, Economica, 2011, n° 13.

³⁹⁸ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 2^e éd., Litec, 2009, n° 169. Comp., estimant de manière générale que le droit commun de la responsabilité extracontractuelle se trouve aux articles 1382 et suivants du code civil, M. Bacache-Gibeli, *La responsabilité civile extracontractuelle*, 2^e éd., Economica, 2012, n° 122.

³⁹⁹ F. Grua, « Le Code civil, code résiduel ? », *RTD civ.* 2005, p. 253 s. Dans le même sens, A. Rivard, « La notion du "droit commun" » *La Revue du droit*, vol. 3, n° 6, févr. 1925, p. 257 s. (3 R. du D. 257), spéc. p. 260 : « Le Code civil n'est [...] pas, dans toutes ses dispositions, du droit commun ».

⁴⁰⁰ Rapp. N. Molfessis, « Le code civil et le pullulement des codes », in *1804-2004, Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 309 s., spéc. n° 31, p. 335.

⁴⁰¹ C'est-à-dire en ajoutant le « droit civil hors le Code civil » au droit civil dans le code civil (v. D. Fenouillet, « Le droit civil hors le Code civil », *LPA* 21 sept. 2005, n° 188, p. 16).

⁴⁰² Tel était par exemple le libellé d'un sujet proposé au titre de la troisième leçon du concours d'agrégation de droit privé et sciences criminelles sous la présidence du professeur Y. Lequette (2004-2005).

A. Exposé de l'absence d'identité entre droit commun et droit civil

108. **Présentation.** L'assimilation entre droit civil et droit commun est particulièrement fréquente en doctrine⁴⁰³ – au point que certains considèrent qu'elle pourrait être reçue « sans discussion »⁴⁰⁴. C'est ainsi que les auteurs des *Leçons de droit civil* enseignaient que « le droit civil contient les règles de droit commun »⁴⁰⁵ ; ceux d'un *Lexique des termes juridiques* vont plus loin encore, estimant que « le droit civil constitue le droit commun »⁴⁰⁶. Même la Cour de cassation⁴⁰⁷ et le Conseil d'État⁴⁰⁸ auraient parfois cédé à l'assimilation. Deux variantes de cette conception existent par ailleurs : l'une, plus large, parfois retenue par la doctrine publiciste, assimile le droit commun au droit privé en son entier⁴⁰⁹ ; l'autre, plus étroite, davantage le fait de la doctrine privatiste, tend à réduire le droit commun au seul droit des obligations⁴¹⁰.

⁴⁰³ 1) En droit français, Ph. Malaurie le résume : « Le “droit civil”, tout le monde sait ce que c'est : c'est [...], presque tout le monde le dit [...], le droit commun, le droit résiduel, celui qui s'applique chaque fois qu'une règle spéciale n'est pas en cause » (« Les dix premières années de notre siècle et le droit civil », *JCP G* 2010, p. 427 s., spéc. n° 1 ; au n° 7, l'auteur s'en détache). V. aussi, pour le même constat en droit public, F.-P. Bénait, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, n° 84. De nombreux écrits reprennent, avec des variantes et nuances, l'assimilation : v. not. C. Larroumet et A. Aynès, *Introduction à l'étude du droit*, Economica, 6^e éd., 2013, n° 88 ; Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, 4^e éd., Defrénois, 2012, n° 64 ; M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, 2001, n° 176 : « le droit civil est ce droit commun » ; R. David, « Droit commun et common law », in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milan, Guiffrè, 1969, vol. 1, p. 345 s., spéc. p. 357. Rapp. H. Kenfack, « Clause d'adhésion obligatoire à une association de commerçants : le triomphe du droit commun et de l'esprit du droit des affaires », note sous Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, *D.* 2012, p. 2490 s. V. aussi les références citées par C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, p. 4, note 22, et par N. Delegove, *Le droit commun et le droit spécial*, thèse, Paris II, 2011, n° 44 s.

2) Pour les droits étrangers, par ex., en droit argentin, J. C. Rivera, *Instituciones de derecho civil - Parte general*, t. 1, 5^e éd., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, p. 34-35 : le droit civil « est le droit commun qui tend à réguler toutes les relations juridiques que l'homme [...] peut établir avec d'autres sujets de droit sans considération de ses qualités personnelles ou professionnelles », il est « le ciment commun de tout le droit privé » (trad. libre) ; J. J. Llambías, *Tratado de derecho civil*, t. 1, 23^e éd., par P. J. Raffo Benegas, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, n° 40, p. 43 ; G. A. Borda, *Manual de derecho civil - Parte general*, 23^e éd., par G. J. Borda, Buenos Aires, La Ley, 2012, n° 16, p. 16-17.

⁴⁰⁴ P. Le Cannu, « Existe-t-il une société de droit commun ? », in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 247 s., spéc. n° 8.

⁴⁰⁵ H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, 12^e éd. par F. Chabas, 2000, Montchrestien, n° 24.

⁴⁰⁶ S. Guinchard et T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Dalloz, 2013, V° « Droit commun ». V. aussi M. de Juglart, « Droit commun et droit maritime », *DMF* 1986, p. 259 s., spéc. n° 1, qui vise « le droit civil ou droit commun ». Pour une variante, F. Peltier, *Marchés financiers et droit commun*, Banque éd., 1997, n° 3, qui semble entendre le concept comme le droit civil et le droit commercial.

⁴⁰⁷ Soc. 13 nov. 1959, *JCP* 1960, II, 11450, note G. H. Camerlynck : à propos d'un reçu pour solde de tout compte entre employeur et salarié prenant la forme d'une transaction, la Cour de cassation décide, après avoir visé l'article 2044 du Code civil, que « les dispositions de la loi du 8 octobre 1946 [...] sont dérogoires au droit commun ». Pour le commentateur (note préc.), « lorsque la Cour de cassation déclare les dispositions en question “dérogoires au droit commun”, elle entend par là, à n'en pas douter, dérogoires au droit civil ».

⁴⁰⁸ V. l'avis rendu par le Conseil d'État le 13 déc. 1811 : « les Tribunaux de commerce devront juger [...] d'après le droit commun, c'est-à-dire d'après le droit civil » (cité par L. Mazeaud, *Cours de droit commercial*, Les cours de droit, 1966-1967, Licence 3^e année, p. 48).

⁴⁰⁹ V. not. J.-C. Vénézia, « Le droit administratif français est-il encore un droit dérogoire au droit commun ? », in *Mélanges E. Spiliotopoulos*, Athènes, Sakkoulas et Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 453 s., spéc. p. 453.

⁴¹⁰ V. not. Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 11^e éd., Litec, 2010, n° 32 : « le droit des obligations [...] constitue le droit commun, c'est-à-dire les règles auxquelles on doit se référer lorsque la loi n'en a pas édicté de spécifiques à telle ou telle situation ». Adde B. Fages, *Droit des obligations*, 3^e éd., LGDJ, 2011, n° 11. Rapp., en droit québécois, N. Kassirer, « *A civilian dictionary for the common law of the droit commun* », in *Jurilinguistique*, dir. J.-C. Gémard et N. Kassirer, Thémis, Montréal, 2005, p. 43 s. qui estime que « le droit des obligations constitue le droit commun du droit commun » (p. 43 ; v. aussi p. 47 s.) parce qu'il est une matière importante qui fournit des concepts centraux.

109. **Critique.** Aucune de ces assimilations n'apparaît pourtant tout à fait convaincante : le droit commun ne se confond ni avec le droit civil, ni avec le droit privé, ni avec le droit des obligations. Cette série de conceptions pourra apparaître, selon le point de vue, excessive ou insuffisante⁴¹¹. Monsieur Gassin l'expliquait : « elle est excessive parce qu'il est bien évident que toutes les règles de droit civil ne sont pas des règles de droit commun » ; « elle est insuffisante aussi parce qu'il paraît exister un droit commun en dehors des règles du droit civil »⁴¹² – et le constat peut être transposé au droit privé ou au droit des obligations. Si règles de droit commun et règles de droit civil, de droit privé, ou de droit des obligations se recourent parfois⁴¹³, il n'en est en effet pas toujours ainsi. Il existe d'abord du droit commun hors du droit civil, du droit des obligations ou même du droit privé : par exemple, le droit commun de la compétence des juridictions administratives en premier ressort est exprimé à l'article L. 311-1 du code de justice administrative⁴¹⁴ et n'est évidemment rattaché ni au droit des obligations, ni même au droit civil ou au droit privé. Il existe ensuite du droit à la fois privé, civil, et des obligations, qui n'est pas du droit commun (du « droit civil spécial »⁴¹⁵) : le droit civil, le droit privé, ou même le droit des obligations, peuvent contenir des règles très spéciales ; en particulier, peut-on affirmer que l'article 1386 du code civil, qui vise le cas restreint de la responsabilité civile du fait d'un immeuble en ruine, relève encore du droit commun⁴¹⁶ ? Il en est de même pour un certain nombre de règles du droit privé ou même du droit des obligations. Ces approximations suffisent à constater que les notions ne sont pas identiques : le droit commun ne peut pas être assimilé au droit civil, pas plus qu'il ne peut l'être au droit privé ou au droit des obligations. Par sa généralité absolue, le droit commun transcende les frontières des disciplines académiques⁴¹⁷.

⁴¹¹ Un auteur la qualifie même d'« entièrement erronée » (F.-P. Benoît, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, n° 84) ; pour l'auteur cette conception est l'« exemple type de ces idées fausses qui doivent une particulière vigueur au fait d'avoir été admises sans réflexion ni discussion » (*op. et loc. cit.*). Et il est vrai que l'idée procède de l'intuition selon laquelle le droit civil aurait vocation à contenir les règles les plus générales d'un certain nombre d'institutions fondamentales. En arrière-plan figurerait une certaine idée du droit civil : la volonté de l'imposer ou de le maintenir comme une discipline reine.

⁴¹² R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron. p. 91 s., spéc. n° 4, p. 92 (pour les deux dernières citations). *Adde* la longue démonstration de F.-P. Benoît, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, n° 85 s.

⁴¹³ Par exemple : l'article 1134 du code civil relève du droit commun des contrats ; il est également considéré comme faisant partie du droit privé, du droit civil et du droit des obligations.

⁴¹⁴ Cet article dispose en effet que « les tribunaux administratifs sont, en premier ressort, juges de droit commun du contentieux administratif, sous réserve des compétences que l'objet du litige ou l'intérêt d'une bonne administration de la justice conduisent à attribuer à une autre juridiction administrative ».

⁴¹⁵ G. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 1, *Des personnes*, 2^e éd., par M. Houques-Fourcade, Larose, 1902, n° 30.

⁴¹⁶ Il s'agit d'ailleurs également de droit des obligations et de droit privé : l'assimilation avec le droit commun ne convient pas davantage. De nombreux exemples sont à l'avenant : v. la réglementation des contrats *spéciaux* dans le code civil ou, pour rester dans le champ de la responsabilité civile, les articles 1386-1 et suivants du même code, qui réglementent la responsabilité civile du fait des produits défectueux. Il est délicat de considérer ces dispositions, prises en bloc, comme de *droit commun*.

⁴¹⁷ Au-delà, le débat soulève la difficile question de savoir ce qu'est exactement le droit civil et ce qui le caractérise ; sur ce point, les réponses ne sont pas évidentes (cf. N. Kanayama, « Qu'est-ce que le "civil" ? », in *Mélanges Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 273 s.) : « l'individu envisagé dans ses rapports les plus fondamentaux » (J.-L. Aubert et É. Savaux, *Introduction au droit*, 13^e éd., Sirey, 2010, n° 49), « famille, contrat, propriété » (J. Carbonnier, *Flexible droit - Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 255) ?

B. Déduction quant aux rapports entre droit civil et droit public

110. **Une question imparfaitement posée : le droit civil n'est pas le droit commun du droit public.** La question est souvent posée de savoir si le droit civil – ou, plus généralement, le droit privé – peut être considéré comme le droit commun du droit public⁴¹⁸. Certains tendent à y apporter une réponse positive⁴¹⁹. L'opinion ne peut pourtant être suivie que difficilement : le droit civil ne semble pas pouvoir être assimilé au droit commun du droit public, puisque le droit civil ne semble pas pouvoir être assimilé au droit commun. Et de fait, de nombreuses règles considérées comme relevant du « droit civil » ne sont pas rédigées pour s'appliquer aux personnes publiques ; c'était déjà le constat qu'opéraient les motifs de la décision *Dugave et Bransiet*, « jumelle » méconnue de la décision *Blanco* – car rendue le même jour, mais non passée à la même postérité –, à propos des cas spéciaux de responsabilité du fait d'autrui énumérés par les alinéas 3 et suivants de l'article 1384 du code civil⁴²⁰. Ainsi formulée, la question semble donc appeler une réponse négative⁴²¹ : le droit civil n'est pas le droit commun du droit public.

111. **Une question à adapter : le droit civil contient parfois des règles de droit commun applicables en droit public.** Néanmoins, ne peut-on pas se demander, au-delà, si certaines des règles considérées comme relevant du droit civil ne pourraient pas constituer, *sur des questions ponctuelles*, des règles de droit commun, à ce titre applicables également en droit public faute de règles spéciales ? Le caractère de « droit civil » de ces règles n'exercerait alors aucune influence, seule comptant la circonstance qu'elles sont de droit commun. En d'autres termes, peut-être la recherche ne devrait-elle pas tant partir de l'identification des règles qui relèvent du « droit civil » et de celles qui relèvent du « droit administratif », que de l'identification des règles, au-delà de ces frontières académiques, véritablement susceptibles d'être de droit commun⁴²². À cet égard, la décision *Blanco* est révélatrice, qui posait l'exigence de « règles spéciales » de

⁴¹⁸ V, par ex., B. Seiller, *Droit administratif*, t. 1, 5^e éd., Flammarion, 2013, V^o « Exorbitance », p. 298-299 ; É. Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, LGDJ, 2011, n^o 836 s. (v. déjà n^o 829, où l'auteur évoque « la question de savoir si le droit administratif constitue un ensemble de règles spéciales au regard du droit civil »). Rappr. G. Cornu, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, Reims, Matot-Braine, 1951, p. 283.

⁴¹⁹ C'est ce que rappelle É. Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, LGDJ, 2011, n^o 836 (v. les références citées). *Adde*, en droit québécois, v. D. Lemieux, « Le rôle du code civil du Québec en droit administratif », *Canadian Journal of Administrative Law and Practice* juin 2005, vol. 18, p. 119 s. (18 *CJALP* 119) : l'auteur y affirme notamment que « le droit civil est devenu le droit commun de l'Administration ».

⁴²⁰ TC 8 févr. 1873, *Dugave et Bransiet*, *Lebon* 1^{er} suppl. p. 70 s. Sur cette décision, v. P. Lecocq, « Aux sources du droit administratif moderne, le jumeau de l'arrêt Blanco », in *Mélanges E. Langavant*, L'Harmattan, 1999, p. 269 s. Rappr. B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, éd. Panthéon-Assas, 2003, n^o 915, p. 789, qui considère que cette décision « condamne formellement l'idée d'un droit civil-droit commun ».

⁴²¹ Rappr. F.-P. Bénéot, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, n^o 84, qui estime que ce débat « est généralement posé en France dans des termes très défectueux » et a « fait plus l'objet d'affirmations que de réflexion ».

⁴²² 1) Rappr. G. Cornu, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, Reims, Matot-Braine, 1951, p. 28, qui estime, pour l'institution de la responsabilité civile, que « l'opposition essentielle n'est donc pas entre le droit public et le droit privé », mais que « la véritable division existe entre le “droit commun” et le “droit propre” ». 2) Pour la même série de raisons, l'opinion inverse, selon laquelle « le droit administratif et le droit privé [...] ne sont pas dans un rapport d'ordinaire à exorbitant » (J.-B. Auby, « À propos de la notion d'exorbitance du droit administratif », in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, dir. F. Melleray, Université de Poitiers, 2004, p. 9 s., spéc. p. 24 ; v. aussi F.-P. Bénéot, préc., n^o 90, p. 67) apparaît discutable – de même qu'une troisième voie affirmant que droit administratif et droit privé sont « deux droits communs » (*ibid.*, spéc. p. 22).

responsabilité pour l'administration⁴²³ : n'était-ce pas que le Tribunal des conflits considérait le droit civil de la responsabilité, dont le siège se trouve aux articles 1382 et suivants du code civil, comme posant les règles de droit commun en la matière⁴²⁴ ? Il est permis de le penser⁴²⁵. Il ne semble en effet exister aucune incompatibilité de principe entre les personnes publiques et certaines règles considérées comme relevant en priorité du droit civil, et en particulier du droit des obligations ou du droit des personnes – en constituent des exemples dans l'absolu les articles 1376⁴²⁶ et 300⁴²⁷ du code civil du Québec, qui soumettent sur les points traités les personnes publiques aux dispositions du code civil⁴²⁸. Certaines règles relevant du droit civil pourraient donc être considérées comme relevant du droit commun du droit public, non *pas en*

⁴²³ TC 8 févr. 1873, *Blanco, Lebon* 1^{er} suppl. p. 61 s., concl. David ; *D.* 1873, 3, p. 20 s., concl. David ; *S.* 1873, 2, p. 153 s. : « considérant que la responsabilité qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil pour les rapports de particulier à particulier ; que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés ». Il s'inspire largement de l'esprit des décisions *Rotschild* et *Gloxin*, rendues par le Conseil d'État le 6 décembre 1855 (*S.* 1856, 2, 508 : les rapports entre l'État et les particuliers « ne peuvent être réglés selon les principes et dispositions du seul droit civil et comme ils le sont de particulier à particulier ») ; pour la question du droit commun, la lettre de la décision *Blanco* est néanmoins plus claire.

⁴²⁴ Dans le même sens, É. Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, LGDJ, 2011, n° 829. Rapp., pour le même constat à propos du contrat, des conclusions de Romieu et de la note de Hauriou sous l'arrêt *Deplanque* : dans cette affaire, la question était posée au Conseil d'État de savoir s'il était possible de condamner la partie défaillante dans l'exécution d'un contrat de concession, alors même que le cahier des charges ne prévoyait aucune sanction, selon les termes des règles instituant la responsabilité contractuelle de droit commun. Romieu y répond affirmativement, étant d'avis qu'« il appartient au juge [...] d'édicter une sanction dans les termes du droit commun, c'est-à-dire selon les circonstances, de prononcer la résiliation du contrat ou de condamner la partie défaillante au paiement de dommages-intérêts » (J. Romieu, concl. sur CE 31 mai 1907, *Deplanque, Lebon* p. 513 s.) ; Hauriou l'approuve, estimant que « l'opération de concession est mûre pour cette épreuve, qui consiste en somme à rentrer dans le droit commun » (M. Hauriou, note sur CE 31 mai 1907, *Deplanque, S.* 1907, 3, p. 113 s., spéc. p. 115) ; le Conseil d'État avait rendu une décision conforme aux conclusions.

⁴²⁵ C'est la raison pour laquelle l'interprétation majoritairement reçue de cette décision peut appeler des réserves : généralement, la décision *Blanco* n'est pas vue comme posant une complémentarité dialectique entre les règles générales du code civil et les règles spéciales à la responsabilité de la puissance publique (ce qu'elle fait pourtant textuellement), mais comme instituant un divorce entre les deux corps de règles, marquant leur séparation stricte en même tant qu'elle affirmerait l'« autonomie » du droit administratif (rapp. M. Long et *al.*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 17^e éd., Dalloz, 2009, n° 1, § 3). Ces conclusions semblent s'accorder difficilement avec les motifs. L'interprétation n'apparaît pas exégétique. Reposant non pas sur un commentaire de la décision *Blanco*, mais sur l'éclairage des évolutions ultérieures de la jurisprudence administrative – qui, elles, sont nettement en faveur de la thèse de l'indépendance du droit administratif et du droit civil (rapp. É. Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, LGDJ, 2011, n° 840 : « le juge administratif a justement choisi de faire du droit administratif, non pas un corps de règles spéciales, en dépit de l'utilisation malheureuse de cette expression par le Tribunal des conflits dans l'arrêt *Blanco*, mais un ensemble normatif indépendant du droit civil » ; v. aussi B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, éd. Panthéon-Assas, 2003), elles pourraient revêtir une part d'anachronisme. Les rapports actuels entre droit administratif et droit civil pourraient ainsi être nés d'un malentendu.

⁴²⁶ Cet article dispose que « Les règles du présent livre [Des obligations] s'appliquent à l'État, ainsi qu'à ses organismes et à toute autre personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables ». Pour une application, Cour suprême du Canada, 10 juill. 1997, *Doré c. Verdum*, 2 RCS 862.

⁴²⁷ Si l'alinéa 1^{er} de cet article prévoit que « les personnes morales de droit public sont d'abord régies par les lois particulières qui les constituent et par celles qui leur sont applicables ; les personnes morales de droit privé sont d'abord régies par les lois applicables à leur espèce », son alinéa 2 dispose quant à lui que « les unes et les autres sont aussi régies par le présent code lorsqu'il y a lieu de compléter les dispositions de ces lois, notamment quant à leur statut de personne morale, leurs biens ou leurs rapports avec les autres personnes ».

⁴²⁸ Pour le raisonnement, *adde*, en droit français, Ass. plén. 15 juin 2012, n° 10-85.678, *Bull.* AP, n° 1 : la question était posée de savoir si le président de la République en exercice peut, sur le fondement de l'article 2 du code de procédure pénale, se constituer partie civile devant une juridiction pénale ; la Cour de cassation a jugé la constitution de partie civile recevable, dans la mesure où l'article 2 précité n'exclut pas le président de la République de son domaine d'application *ratione personæ* et où aucune règle relative au statut du chef de l'État ne s'y oppose. Si l'exemple concerne le droit pénal, il semble transposable, du point de vue du raisonnement, au droit civil.

*tant que règles de droit civil, mais en tant que règles de droit commun*⁴²⁹. Une telle conclusion n'est pourtant pas toujours celle retenue en droit administratif français⁴³⁰, ce qui pourra apparaître regrettable⁴³¹.

112. **Synthèse.** Deux affirmations résument les présents propos⁴³². D'une part, ce n'est assurément pas parce qu'une règle relève simplement du « droit civil » qu'elle peut être considérée comme de droit commun et s'appliquer également dans les rapports relevant du droit public. D'autre part, ce n'est pas parce qu'une règle est considérée comme relevant du « droit civil » que son application doit automatiquement être exclue en droit public : si elle est de droit commun, elle semble devoir s'y appliquer, le contraire revenant à une violation de la règle par refus d'application ; il est permis de regretter que la jurisprudence n'aille pas toujours en ce sens.

Section III – Droit commun et « droit courant »

113. **Présentation.** Une autre assimilation relativement fréquente est celle entre le droit commun et ce qui peut être appelé le « droit courant »⁴³³ : le droit commun serait composé des règles applicables au plus grand nombre de situations entendues de manière quantitative ; il serait le droit le plus couramment appliqué⁴³⁴. La conception apparaît *a priori* convaincante, dans la mesure où « le droit commun évoque irrésistiblement ce qui est fréquent, répandu, courant, habituel, abondant »⁴³⁵. Elle est parfois suivie, par les juristes contemporains⁴³⁶ comme par les anciens, et c'est ainsi qu'au XVIII^e siècle, Ferrière put estimer que le droit commun est « le droit

⁴²⁹ Peu importe que la situation en cause relève du « droit administratif » ou du « droit civil », qui apparaissent ici comme des divisions académiques sans conséquence.

⁴³⁰ La majorité des solutions tend au refus d'appliquer les règles de droit civil aux personnes publiques, quand bien même elles seraient de droit commun ou, du moins, au refus de les appliquer telles quelles (par ex. CE Ass., 8 juill. 2005, *Société Alusuisse-Lonza-France*, n° 247.976, *Lebon* p. 311, concl. M. Guyomar, qui se réfère aux « principes dont s'inspire l'article 2262 [ancien] du code civil »). Dans cette conception dominante, tout « emprunt », par le droit administratif, d'une règle considérée comme relevant de près ou de loin du droit « civil », serait « le résultat d'une décision du juge » (B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, éd. Panthéon-Assas, 2003, n° 897, p. 776).

⁴³¹ L'attitude du juge administratif serait en effet davantage *politiquement militante* (le but semblant, avant tout, de préserver l'« indépendance » du juge et du droit administratifs, quitte à recourir à des raisonnements qui peuvent apparaître contestables sur un strict plan de technique juridique) que *techniquement appuyée* (autrement, il s'évertuerait à appliquer les règles non en fonction de sa volonté et de leur appartenance supposée [ou non] au « droit civil », mais en fonction de ce qu'elles commandent). Comp. B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, éd. Panthéon-Assas, 2003, par ex. n° 929 et n° 930 s. (qui voit dans la réception directe d'articles du code civil par le juge administratif « une anomalie à résoudre »).

⁴³² Ces développements apparaissent transposables à la question proche, souvent posée également, de savoir si le droit civil est le droit commun du droit commercial (v. par ex. I. Trémeau, *Les structures du droit des sociétés dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation*, thèse Paris II, 2010, première partie, « L'éloignement du droit commun »). En tant que de raison, les mêmes éléments de réponse semblent pouvoir y être apportés.

⁴³³ Pour la paternité de l'expression, v. D. Mazeaud, not. « L'introduction de la résolution unilatérale pour inexécution - Rapport français », *RDC* 2010, p. 1076 s., spéc. n° 1.

⁴³⁴ V. par ex., pour une mention, F. Bérenger, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, t. 1, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, n° 6. Sur ce courant, rapp. V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, thèse Paris I, 2009, n° 699 : l'expression de droit commun ainsi utilisée prend « en considération le nombre de personnes qui appliquent effectivement tel corps de règles. En ce sens, le droit commun est le droit qui s'applique habituellement ».

⁴³⁵ M. Poumarède, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, n° 18.

⁴³⁶ Cf. N. Delegove, *Le droit commun et le droit spécial*, thèse, Paris II, 2011, n° 53, p. 68 : « le droit commun a une vertu quantitative ». Rapp. R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron. p. 91 s., spéc. n° 1, p. 91, pour lequel « la distinction entre lois spéciales et lois générales revêt [...] un aspect purement quantitatif ».

ordinaire»⁴³⁷. À la suivre, il serait tentant de considérer qu'une règle, parce qu'elle est d'application fréquente, relève du droit commun de l'institution qu'elle concerne : par exemple, n'est-on pas incité à considérer que les règles relatives au cautionnement conclu entre un créancier professionnel et une personne physique relèvent, pour reprendre l'expression du professeur Legeais, d'un « nouveau droit commun du cautionnement »⁴³⁸, ou que l'article L. 137-2 du code de la consommation édictant un délai de prescription de deux ans pour l'action d'un professionnel contre un consommateur relève du droit commun de la prescription⁴³⁹, parce qu'ils sont d'application quotidienne ?

114. **Critique.** Une telle conception semble néanmoins pouvoir être discutée : ainsi que le relevait le professeur Saintourens dans sa thèse, le droit commun n'est pas forcément le droit le plus fréquemment appliqué et, quand bien même il pourrait lui arriver de l'être, les deux notions paraissent devoir être distinguées⁴⁴⁰. En effet, la fréquence d'application (qui caractérise le droit « courant ») n'est pas nécessairement synonyme de généralité de la règle (qui caractérise le droit commun) : il est tout à fait concevable qu'une règle spéciale s'applique de manière plus fréquente que la règle de droit commun, mais cela ne fait pas de la première une règle de droit commun pour autant. Le « nombre réel de situations » auxquelles une règle s'applique ne permet pas de déterminer si cette règle relève, ou non, du droit commun⁴⁴¹, car elle est indépendante de la généralité du domaine d'application de cette règle. Par exemple, si l'article L. 137-2 du code de la consommation s'applique fréquemment – peut-être plus que des règles plus générales –, il ne dispose pas de la généralité suffisante pour être considéré comme le siège d'une règle de droit commun de la prescription extinctive⁴⁴². À suivre cette conception, en outre, il faudrait compter le

⁴³⁷ C.-J. de Ferrière, *Nouvelle introduction à la pratique*, t. 2, Brunet, 1735, V^o « Droit commun », p. 92-93.

⁴³⁸ V. D. Legeais, « Le Code de la consommation siège d'un nouveau droit commun du cautionnement », *JCP E* 2003, comm. 1433, p. 1610 s. ; D. Houtcieff, « Le droit des sûretés hors le Code civil », *LPA* 22 juin 2005, p. 8 s., spéc. n^o 6. Rapp. D. Mazeaud, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Dalloz, 2005, p. 73 s., spéc. n^o 2, p. 74, qui semble considérer que ces règles relèvent du droit commun des contrats (et, par conséquent, ce plus grand ensemble englobant les plus petits, du droit commun du cautionnement) ; et n^o 24, p. 92. De même, un auteur put voir dans les dispositions du cautionnement qui visent les personnes physiques « un droit commun », dans la mesure où elles ne visent pas seulement le consommateur (C. Atias, « Propos sur l'article L. 341-4 du code de la consommation », *D.* 2003, chron. p. 2620, spéc. n^o 2).

⁴³⁹ Rapp. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n^o 1476, soutenant que « mérite néanmoins aussi la qualification de prescription générale celle inscrite par la loi du 17 juin 2008 dans l'article L. 137-2 du Code de la consommation », au même titre que celle contenue à l'article 2224 du code civil, et dans la mesure où sont visés les « professionnels ».

⁴⁴⁰ B. Saintourens, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse Bordeaux I, 1986, n^o 20. V. aussi C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n^o 6 ; V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, thèse Paris I, 2009, n^o 700. V. aussi S. Guinchard et T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Dalloz, 2013, V^o « Droit commun » : « il ne faut pas assimiler régime juridique de droit commun et régime juridique applicable dans le plus grand nombre des cas, car il peut arriver que des règles particulières s'appliquent à la quasi-totalité des situations ». Rapp. L. Leveneur, « Le Code civil, cadre normatif concurrencé », in *Le Code civil, une leçon de légistique ?*, dir. B. Saintourens, Economica, 2006, p. 123 s., spéc. p. 141-142.

⁴⁴¹ M. Poumarède, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, n^o 18.

⁴⁴² D'autres exemples pourraient être donnés.

1) Pour cette raison, le code de la consommation ne semble pouvoir être considéré comme « le siège d'un nouveau droit commun du cautionnement » (D. Legeais, « Le Code de la consommation siège d'un nouveau droit commun du cautionnement », *JCP E* 2003, comm. 1433, p. 1610 s.). Rapp., de manière plus générale et du même auteur, « La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz, 2006, p. 367 s., spéc. n^o 15 : « C'est donc le Code de la consommation qui tend à devenir le siège du nouveau droit commun applicable aux particuliers. Notre système juridique tolère ainsi la présence de corps de règles ayant des vocations concurrentes à constituer un droit commun : celles figurant dans le Code civil et celles figurant dans le Code de la consommation ».

nombre d'applications dont fait l'objet chaque règle ; outre qu'il s'agirait d'une tâche fort fastidieuse, le droit commun serait susceptible de changer chaque jour, en fonction du nombre d'applications faites par les décisions de justice. Or, au contraire, la nature de droit commun d'une règle apparaît indépendante du nombre de ses utilisations quotidiennes, seule comptant la généralité absolue de son domaine d'application. Le droit commun n'est pas nécessairement « le commun du droit »⁴⁴³.

Section IV – Droit commun et droit international

115. **Assimilation entre droit commun et droit international : règles juridiques de source internationale.** C'est l'assimilation qui bénéficierait de l'expansion la plus forte. Le rapprochement entre droit commun et droit international – ici entendu comme *droit de source internationale* – est ancien. En ce sens, déjà, la notion romaine de *jus gentium* put être assimilée au droit commun – le *jus gentium* est *commun* entre les nations, les *gens* –⁴⁴⁴, et l'expression a pu en venir à désigner, dès la systématisation opérée au début du XVII^e siècle par Grotius⁴⁴⁵, les règles de droit international public. Quant à Boucher d'Argis, il annonce, dans son article à l'*Encyclopédie*, que le droit commun serait notamment « celui qui sert à plusieurs nations »⁴⁴⁶. Si l'assimilation est ancienne, c'est pourtant la période contemporaine qui verrait son apogée : elle connaît un important « regain d'intérêt avec les tentatives d'harmonisation » internationale⁴⁴⁷. C'est ainsi, par exemple, que le professeur Delmas-Marty a pu affirmer que « la véritable vocation d'un droit "commun" est d'être partagé par des nations et des peuples différents, international donc au sens

2) *Adde* qu'il se déduit de l'article L. 211-3 du code de l'organisation judiciaire que le tribunal de grande instance est la juridiction de droit commun en matière civile : elle ne l'est pas, cependant, parce qu'elle est fréquemment saisie (entre 2006 et 2010, plus de 900 000 affaires par an, contre environ 200 000 pour les conseils de prud'hommes à la même période : *Annuaire statistique de la justice 2011-2012*, p. 31 et 41), mais parce que l'étendue de sa compétence en matière civile est indéfinie.

⁴⁴³ D. Houtcieff, obs. sur Civ. 3^e, 3 nov. 2011, *Gaz. Pal.* 12 janv. 2012, p. 17 s.

⁴⁴⁴ Plusieurs textes de droit romain font référence au droit des *gens*, commun à toutes les nations. Cf. P. Petot, « Le droit commun selon les coutumiers », *RHDFE* 1960, p. 412 s., spéc. p. 414 : Institutes de Justinien, 1, 2, 1 ; Dig., 1, 1, 1, 4 (Ulpien) ; Dig., 1, 1, 9 (Gaius). V. aussi C. Demolombe, *Cours de Code civil*, Durand, t. 1, 1845, n° 11, p. 11. L'assimilation entre *jus gentium* et droit commun à Rome (*jus commune*), à tout le moins sa généralisation, pourrait être l'œuvre de Gaius (A. Guzmán Brito, « *Sobre la historia de las nociones de derecho común y derecho propio* », préf. à B. Bravo Lira, *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1989, p. XI s., spéc. I, p. XII) : v. Institutes de Gaius, 1, 1 (« *Omnes populi...* » ; reproduit au Digeste, 1, 1, 9, préc.). Pour leur majorité, les glossateurs la reprennent (A. Guzmán Brito, « *Sobre la historia de las nociones de derecho común y derecho propio* », préf. à B. Bravo Lira, *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1989, p. XI s., spéc. II, p. XIII s.). V. aussi A. Sériaux, *Le droit - Une introduction*, Ellipses, 1997, n° 132, « le droit commun ». Chez ces auteurs, la conception apparaît très « jusnaturalisante » dans le contenu du *jus gentium* (dans le même sens, A. Guzmán Brito, art. préc., spéc. II, p. XV) ; sur les rapports entre droit naturel et droit commun, v. *supra*, n° 53 s.

⁴⁴⁵ H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix* (1625), trad. P. Pradier-Fodéré, PUF, « Quadrige », 2012, *passim*.

⁴⁴⁶ *Encyclopédie*, dir. Diderot et d'Alembert, V^o « Droit commun », par Boucher d'Argis : « Droit Commun, est celui qui sert à plusieurs nations, ou à une nation entière, ou au moins à toute une province [...]. Le *droit* des gens, est le *droit* commun de toutes les nations policées ». V. aussi, reprenant les propos précédents : Ph.-A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 4, 4^e éd., Garnery, 1812, V^o « Droit », p. 390 : « *Droit commun*. C'est celui qui sert à plusieurs nations, ou à une nation entière, ou du moins à toute une Province ».

⁴⁴⁷ J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 s., spéc. p. 287. V. aussi *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, V^o « Droit commun », par J.-L. Thireau, PUF, 2003, p. 445 : l'expression « bénéficie [...] d'un regain d'intérêt dans la mesure où certains veulent y voir un instrument d'harmonisation, sinon d'unification ».

propre du terme »⁴⁴⁸, ou encore que « le droit commun se fera [...] au coup par coup, [...] à partir du droit international »⁴⁴⁹. C'est également dans ce contexte que les institutions de l'Union, s'emparant du vocabulaire, ont édicté une proposition de règlement du 11 octobre 2011 « relatif à un droit commun européen de la vente »⁴⁵⁰, dans le sens d'un droit de la vente géographiquement plus étendu que les droits nationaux, un droit *partagé* par les États membres⁴⁵¹. L'idée consiste à affirmer que le droit international est « droit commun », et à l'opposer en cela aux droits nationaux, considérés comme « spéciaux » ou « particuliers ». L'expression de « droit commun » – qu'il soit dit « supranational », « international »⁴⁵², « de l'humanité »⁴⁵³, « à différents États »⁴⁵⁴, « à de nombreuses nations »⁴⁵⁵ – en vient ici à désigner les *règles juridiques de source internationale*⁴⁵⁶.

116. **Nécessité d'éprouver la pertinence de l'assimilation.** Si cette utilisation du droit commun pour désigner le droit international se développe, elle reste souvent intuitive : jamais véritablement mise à l'épreuve, elle serait de ces idées « accueillies par une faveur générale où tout esprit critique se trouve comme anesthésié »⁴⁵⁷. Quelle est la pertinence de ce « nouvel usage », que le doyen Carbonnier voyait « encore incertain »⁴⁵⁸, du droit commun ? C'est ce qu'il convient de rechercher.

⁴⁴⁸ M. Delmas-Marty, « Réinventer le droit commun », *D.* 1995, chron. p. 1 s., spéc. p. 2.

⁴⁴⁹ M. Delmas-Marty, « Avant-propos », in *Variations autour d'un droit commun - Travaux préparatoires*, SLC, 2001, p. 7 s., spéc. p. 8.

⁴⁵⁰ Proposition de règlement du Parlement et du Conseil relatif à un droit commun de la vente du 11 octobre 2011, COM (2011) 635 final. Sur ce texte, v. not. B. Fauvarque-Cosson, « Vers un droit commun européen de la vente », *D.* 2012, p. 34 s. ; V. Heuzé, « Le technocrate et l'imbécile - Essai d'explication du droit commun européen de la vente », *JCP G* 2012, 750, p. 1225 s. ; G. Paisant, « La proposition d'un droit commun de la vente ou l'espéranto contractuel de la Commission européenne », *JCP G* 2012, 560. V. aussi « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », colloque 2012 du Master 2 Droit privé général de l'Université Panthéon-Assas, *RDC* 2012, p. 1393 s. *Adde* le rapport d'information déposé par la commission des affaires européennes sur le droit commun européen de la vente, Assemblée nationale, 7 déc. 2011.

⁴⁵¹ V. l'exposé des motifs de la proposition, not. l'exposé de son objectif général (p. 4). Rapp., de manière générale, M.-L. Niboyet, « De la spécificité de la protection internationale des droits de l'Homme en matière économique », *RTD com.* 1999, p. 351 s.

⁴⁵² É. Lambert, « Le droit commun de la Société des Nations », *Acta academiae universalis jurisprudentiae comparativae*, t. 1, 1927, p. 1 s., qui en développe l'utilisation (not. p. 9 et 28). V. aussi le titre X, « Droit comparé et droit commun international », des *Mélanges F. Génys*, t. 3, Sirey, 1934, p. 467 s.

⁴⁵³ M. Delmas-Marty, *Vers un droit commun de l'humanité*, 2^e éd., Textuel, 2005 ; C. W. Jenks, *The common law of mankind*, Londres, Stevens & sons, 1958.

⁴⁵⁴ M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, « La librairie du XX^e siècle », 1994, p. 7. V. aussi S. Lecuyer, *Appréciation critique du droit international privé conventionnel*, LGDJ, 2008, n° 7, note 29, qui évoque la « création d'un nouveau droit commun entre les États ».

⁴⁵⁵ Don J. Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Garnier, 1876, V° « Derecho común », p. 551 (trad. libre).

⁴⁵⁶ 1) V. partic., caractéristique de cette tendance, C. W. Jenks, *The common law of mankind*, Londres, Stevens & sons, 1958 : par-delà son titre, l'ouvrage est, comme l'auteur le signale dès l'abord, un traité de « droit international contemporain » (p. 1, trad. libre). V. aussi, outre les références citées *supra* et *infra*, M.-Delmas-Marty et M.-L. Izorche, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit : réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC* 2000, p. 753 s. V. encore É. Lambert, « Sources du droit comparé ou supranational - Législation uniforme et jurisprudence comparative », in *Mélanges F. Génys*, t. 3, Sirey, 1934, p. 478 s., spéc. p. 483 : « corps de droits communs ou supra-nationaux ».

2) Il ne s'agit donc pas ici de la tendance à attribuer la qualification de « droit commun » à certaines règles internes, *unilatérales*, dont l'*objet* est international (par exemple, les règles françaises relatives aux conflits de lois ou aux conflits de juridictions – v. par ex. Civ. 1^{re}, 25 sept. 2013, n° 11-19.758, *Bull. civ.* I, n° 178).

⁴⁵⁷ Expression empruntée à H. Dupeyroux, « Sur la généralité de la loi », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, 1933, p. 137 s., spéc. n° 1 p. 137, qui l'utilise à propos de la généralité de la loi.

⁴⁵⁸ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, PUF, « Quadrige », 2004, n° 107 : l'auteur note que « l'entrée de l'Europe en France a suscité un nouvel usage du droit commun, au sens (encore incertain) de droit européen ». V. aussi J.-L. Halpérin,

117. **Plan.** À la présentation de l'assimilation entre droit commun et droit international (§ I) succédera le constat selon lequel il semble difficile d'y souscrire : l'assimilation se révèle approximative, car elle ne tient pas compte de ce que le droit international est souvent peu « commun » aux États ; elle constituerait également une tendance régressive, car elle contribue à compromettre l'effectivité de la notion de droit international et de son régime (§ II).

§ I – Présentation de l'assimilation

118. **L'émergence de fragments de « droit commun international ».** Si la question ne semble pas véritablement familière à la doctrine spécialisée dans ces matières⁴⁵⁹, certains auteurs voient dans le droit international et dans le droit européen considérés par rapport aux droits internes, des sources d'un droit commun : le droit international serait à l'origine de « fragments de droit commun »⁴⁶⁰. Aurait ainsi débuté, à travers l'expansion des règles de source internationale, « une lente marche vers la création d'un droit commun »⁴⁶¹.

119. **Plan.** Selon l'échelle, continentale ou planétaire, deux volets de ce « droit commun international »⁴⁶² peuvent être recensés⁴⁶³. Le premier volet renvoie à la question du « droit commun européen » (A) ; le second, à celle du « droit commun mondial » (B)⁴⁶⁴.

A. Le « droit commun européen »

120. **L'hypothèse d'un « droit commun européen ».** C'est l'assimilation entre droit européen et droit commun. Une part non négligeable de la doctrine, qu'elle en constate

Profils des mondialisations du droit, Dalloz, 2009, p. 233 s. : « Normes internationales et transnationales, de nouveaux droits communs ? »

⁴⁵⁹ Qu'il soit général ou européen, le droit international ne fait pas l'objet d'analyse sous le prisme de la notion de droit commun dans les ouvrages spécialisés. Pour le droit international public, v. par ex. J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 10^e éd., Montchrestien, 2012 ; P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, 11^e éd., Dalloz, 2012. Pour le droit de l'Union européenne, v. par ex. J.-L. Clergerie, A. Gruber et P. Rambaud, *L'Union européenne*, 9^e éd., Dalloz, 2012 ; L. Dubouis et C. Blumann, *Droit matériel de l'Union européenne*, 6^e éd., Montchrestien, 2012. V. même J. Verhoeven, « Considérations sur ce qui est commun : cours général de droit international public (2002) », *RCADI* t. 334, Martinus Nijhoff, 2008, p. 9 s., où l'expression « droit commun » n'apparaît pas une seule fois.

⁴⁶⁰ M. Delmas-Marty, « Avant-propos », in *Variations autour d'un droit commun - Travaux préparatoires*, SLC, p. 7 s., spéc. p. 8. Fragments, car il s'agirait d'« un droit commun qui surgit de façon désordonnée, dans certains secteurs et par à-coups », et qui, pour l'heure, « fait songer à l'assemblage d'un puzzle dont il manquerait de nombreuses pièces » (*ibid.*, p. 9). Rapp. J.-L. Halpérin, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF, 1999, p. 173 : l'uniformisation « n'affecte qu'une toute petite partie du droit ». Adde H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, n^o 46 s.

⁴⁶¹ M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, 1998, p. 200.

⁴⁶² L'expression elle-même n'est pas nouvelle. V. par ex. É. Lambert, « Le droit commun de la Société des Nations », *Acta academiae universalis jurisprudentiae comparativa*, t. 1, 1927, p. 1 s., qui en développe l'utilisation (v. not. p. 9 et 28).

⁴⁶³ René David faisait mention d'« un droit commun nouveau, à l'échelle régionale ou mondiale » (« Droit commun et *common law* »), in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milan, Giuffrè, 1969, vol. 1, p. 345 s., spéc. p. 360).

⁴⁶⁴ En 1927, Édouard Lambert assurait ne point douter « que le moment ne vienne » où les expressions de « droit commun européen, droit commun de la Société des Nations exprimeront des idées aussi courantes et aussi claires que celles qu'évoque, dans la pensée de l'historien français, le titre du livre de Bourjon [*Le droit commun de la France*] » (« Le droit commun de la Société des Nations », *Acta academiae universalis jurisprudentiae comparativa*, t. 1, 1927, p. 1 s., spéc. p. 32, note 1).

l'existence ou qu'elle l'appelle de ses vœux⁴⁶⁵, estime que l'Europe progresserait vers un « droit commun européen »⁴⁶⁶. L'expression, souvent utilisée mais rarement définie⁴⁶⁷, fut ravivée par Oppetit⁴⁶⁸. Elle renverrait à un « droit commun régional »⁴⁶⁹, qui comporterait deux branches : le « droit commun européen » renverrait aux règles juridiques issues, d'une part, du droit de l'Union et, d'autre part, du droit de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950⁴⁷⁰. Autant de facteurs qui permettent à certains d'affirmer qu'« aujourd'hui, il existe un droit commun européen »⁴⁷¹.

⁴⁶⁵ V. par ex. M. Bellomo, *L'Europa del diritto comune*, 5^e éd., Rome, Galileo Galilei, 1991, qui appelle, en conclusion de son ouvrage, à la construction d'un nouveau droit commun européen (p. 249).

⁴⁶⁶ Parmi de nombreuses références, v. B. Pérez de las Heras, *Hacia un derecho común en la Unión europea*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 8, qui explique que l'objectif de son étude est de « constater le phénomène de l'émergence et du développement d'un Droit commun en Europe, spécialement dans le cadre de l'Union européenne » (trad. libre) ; B. Oppetit, « Retour à un droit commun européen », in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 73 s. V. aussi S. Lecuyer, *Appréciation critique du droit international privé conventionnel*, LGDJ, 2008, n° 53, note 249 et les références citées. V. encore M. de Salvia, « L'élaboration d'un "ius commune" des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne : l'œuvre accomplie par la Commission et la Cour européennes des Droits de l'Homme », in *Mélanges G. Wiarda*, 2^e éd., Cologne-Berlin-Bonn-Munich, Carl Heymanns Verlag KG, 1990, p. 555 s. Rapp. J.-P. Gridel, « Déclin des spécificités françaises et éventuel retour d'un droit commun européen », *D.* 1999, chron. p. 139 s. ; C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 2 ; A. de Vita, « Au croisement des itinéraires des droits européens. Analyse comparative en matière de responsabilité civile : tentatives et tentations », in *Unifier le droit : le rêve impossible ?*, dir. L. Vogel, éd. Panthéon-Assas, 2001, p. 73 s., spéc. p. 74 ; P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, 2013, n° 157 ; J. Gaudemet, « Du *ius commune* au droit communautaire », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 1011 s. ; V. Magnier, *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, LGDJ, 1999.

⁴⁶⁷ Si beaucoup d'études doctrinales utilisent l'expression, rares semblent en effet celles qui en proposent une définition. V. cep. J. A. Jolowicz, « *New perspectives of a common law of Europe : some practical aspects and the case for applied comparative law* », in *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 237 s., spéc. p. 238 (« a common law of Europe means [...] a law which is common to the whole of Europe »). V. aussi, plus vague, D. J. Evrigenis, « Le rôle de la Convention européenne des droits de l'Homme », in *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 341 s. (qui, après avoir annoncé « une définition aussi précise que possible de la notion même de droit commun européen » [p. 341], explique avant tout ce qu'il n'est pas [pp. 342-343], puis que « le droit commun européen devrait être le produit d'une harmonisation aussi large et poussée que possible des principes et normes juridiques qui régissent la vie des peuples européens » [p. 343]).

⁴⁶⁸ B. Oppetit, « Retour à un droit commun européen », in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 73 s. L'auteur prenait néanmoins ses distances avec l'assimilation (*ibid.*). V. aussi M.-F. Renoux-Zagamé, « Le droit commun européen entre histoire et raison », *Droits* 1991, n° 14, p. 27 s., spéc. p. 27.

⁴⁶⁹ J.-L. Halpérin, *Profil des mondialisations du droit*, Dalloz, 2009, p. 240. Les questions pourraient être les mêmes pour d'autres ensembles internationaux régionaux : par exemple, le droit de l'OHADA (sur lequel v. not. J.-M. Jaquet, Ph. Delebecque et S. Corneloup, *Droit du commerce international*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 79, p. 49) ; aux dires de la doctrine, « c'est le niveau européen qui constitue le modèle le plus abouti » (S. Lecuyer, *Appréciation critique du droit international privé conventionnel*, LGDJ, 2008, n° 45) ; l'étude s'y limitera.

⁴⁷⁰ Plus célèbre des conventions présentées sous l'égide du Conseil de l'Europe. Ce deuxième volet du « droit commun européen » pourrait aussi inclure toutes les autres conventions internationales rédigées sous l'égide de ce dernier et nées de son action (par exemple, la convention – non ratifiée par la France – de Lugano du 21 avril 1993 relative à la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement). C'est néanmoins le plus souvent sur la seule CEDH de 1950, probablement en raison de son succès sans commune mesure, que s'appuient les auteurs qui traitent du « droit commun européen ».

⁴⁷¹ 1) M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, 1998, p. 200. V. aussi G. van den Bergh, « *Ius commune, a history with a future ?* », in *Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, Kluwer, 1992, p. 593 s., spéc. p. 593 : « il ne peut être nié que le droit commun de l'Europe, qui a régné pendant une si longue période, n'est pas simplement une chose du passé » (trad. libre).

2) Il est manifeste que ce « droit commun européen » se veut présenté sur le modèle des droits communs territoriaux nationaux, et en particulier du droit commun de la France (v. partic. S. Maclair, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse Orléans, 2011, n° 9). Sur le droit commun territorial, v. *infra*, n° 192 s., et première partie.

121. **Le « droit commun européen » issu du droit de l'Union ?** Les règles issues du droit de l'Union seraient constitutives d'un premier volet de ce « droit commun européen »⁴⁷². Ce droit serait « par sa nature un droit commun aux différents États composant la communauté européenne »⁴⁷³, un droit « commun à tous les membres de l'Union »⁴⁷⁴, ce qui autoriserait, pour le désigner, à utiliser le concept de droit commun. La première des sources de ce « droit commun européen » serait le droit originaire – les traités fondateurs. Cette source originaire serait complétée, d'abord, par les règlements : le règlement serait source d'un « droit commun européen », en la forme comme au fond, dans la mesure où, en vertu de l'article 288, alinéa 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁴⁷⁵, il concerne tous les États membres, qui doivent l'appliquer directement, sans nécessité de transposition⁴⁷⁶ – l'intitulé de la proposition de règlement de 2011, « relatif à un droit commun européen de la vente », va d'ailleurs en ce sens⁴⁷⁷. La source originaire serait complétée, ensuite, par les directives : la directive, quoiqu'elle ne représente qu'un degré intermédiaire d'uniformité en raison du régime fixé par l'article 288, alinéa 3, du même traité⁴⁷⁸, n'en est pas moins obligatoire pour tous les États membres, donc « commune » à ceux-ci⁴⁷⁹. Les sources du « droit commun européen » issu du droit de l'Union seraient en outre complétées par les interprétations unificatrices de la Cour de justice de l'Union européenne⁴⁸⁰, qui assureraient l'« uniformité du droit commun au stade de son application »⁴⁸¹.

⁴⁷² V. par ex. B. Pérez de las Heras, *Hacia un derecho común en la Unión europea*, Madrid, Dykinson, 2003, *passim* ; C. Constantinidès-Mégret, *Le droit de la communauté économique européenne et l'ordre juridique des États membres*, LGDJ, 1967, p. 113 ; J. A. Jolowicz, « *New perspectives of a common law of Europe : some practical aspects and the case for applied comparative law* », in *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 237 s. V. aussi B. Oppetit, « Retour à un droit commun européen », in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 73 s., spéc. p. 78 : « plusieurs auteurs estiment que les actuels organes régulateurs et juridictionnels des communautés contribuent, d'ores et déjà, à constituer les éléments d'un véritable droit commun ».

⁴⁷³ P. de Vareilles-Sommières, « Un droit international privé européen ? », in *Le droit privé européen*, dir. P. de Vareilles-Sommières, Economica, « Études juridiques », 1998, p. 136 s., spéc. p. 136-137.

⁴⁷⁴ J.-L. Halpérin, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF, 1999, p. 174. Adde P.-C. Müller-Graff, « Common private law in the European Community », in *Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, Maastricht, Kluwer, 1992, p. 239 s.

⁴⁷⁵ Qui dispose que « Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre » (ancien article 249, alinéa 2, du traité CE).

⁴⁷⁶ Dans le même sens, B. Pérez de las Heras, *Hacia un derecho común en la Unión europea*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 19 s., spéc. p. 20 : « le règlement se présente comme la technique juridique apte à générer une législation commune uniforme dans tous les États membres » (trad. libre).

⁴⁷⁷ Proposition de règlement du Parlement et du Conseil relatif à un droit commun de la vente du 11 octobre 2011, COM (2011) 635 final. Pour des références doctrinales, v. juste *supra*.

⁴⁷⁸ Cet article dispose que « La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens » (ancien article 249, alinéa 3, du traité CE). Il en résulte que, dans la pureté des principes (comp. not. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 51, qui constatait déjà, dans les faits, le développement des directives « qui détaillent tellement les moyens à suivre qu'elles sont semblables à des règlements que chaque État membre n'a plus qu'à recopier » ; adde Y. Lequette, « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar », *D.* 2002, p. 2202 s., spéc. n° 7), la directive ne lie les États que quant au résultat à atteindre ; elle laisse ceux-ci libres des moyens et leur fait obligation de transposer, ce dont il faut déduire qu'il n'existerait, après la transposition, non pas une règle « commune », mais formellement autant de règles « spéciales » que d'États membres.

⁴⁷⁹ Rappr. B. Pérez de las Heras, *Hacia un derecho común en la Unión europea*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 21, qui estime que la directive est une technique juridique de moindre effet unificateur que le règlement « mais qui, cependant, conduit aussi à la configuration d'une législation commune » (trad. libre). Rappr. B. Oppetit, « Retour à un droit commun européen », in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 73 s., spéc. p. 79, qui évoque (pour les sociétés) « l'implantation dans les droits nationaux de règles assurant la réalisation d'objectifs communs ».

⁴⁸⁰ Pour la base juridique, v. not. l'article 19 du traité sur l'Union européenne. Pour la doctrine et les liens avec le droit commun, v. not. J. A. Jolowicz, « *New perspectives of a common law of Europe : some practical aspects and the case for applied comparative law* », in *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 237 s., spéc.

122. **Le « droit commun européen » issu de la convention européenne des droits de l'Homme ?** Le droit de la convention européenne des droits de l'Homme serait constitutif du deuxième volet de ce « droit commun européen »⁴⁸². En elle-même, d'abord, la convention européenne du 4 novembre 1950 serait source de droit commun entre les États parties : la convention serait « un des instruments de création d'un droit commun européen »⁴⁸³ car, si « l'identité des règles qui régissent les droits de l'homme dans les ordres nationaux européens n'est pas son but » – ce dernier étant avant tout de garantir une protection des droits fondamentaux –⁴⁸⁴, tel a pourtant été l'un de ses effets, puisqu'elle contient un certain nombre de règles juridiques appliquées par et à tous les États qui l'ont ratifiée⁴⁸⁵. Cette première source serait complétée par les interprétations unificatrices – par ailleurs souvent passablement inquiétantes⁴⁸⁶

p. 264-265 : « *the European Court of Justice [...] surely has a role in the development of a common law* ». Rappr. B. Fauvarque-Cosson, « Vers un droit commun européen de la vente », *D.* 2012, p. 34 s. : le mécanisme tendant à assurer une même interprétation dans tous les pays de l'Union « est crucial pour un instrument qui a vocation à établir un “droit commun” ». *Addé* B. Oppetit, « Retour à un droit commun européen », in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 73 s., spéc. p. 79 : « certains n'hésitent pas à considérer que l'on serait même parvenu à un stade plus avancé d'intégration européenne grâce à l'action de la Cour de justice des communautés européennes ».

⁴⁸¹ J. Basedow, « Vie universelle, droit national ? À propos de la mondialisation du droit », in *Mélanges X. Blanc-Jouvan*, SLC, 2005, p. 223 s., spéc. p. 237. Mission unificatrice de la Cour de justice d'ailleurs si importante que le doyen Carbonnier y voyait son « rôle primordial » (*Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 50 – alors que la mission première d'une cour de justice semble avant tout de trancher un litige).

⁴⁸² V. not. D. J. Evrigenis, « Le rôle de la Convention européenne des droits de l'Homme », in *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 341 s., not. p. 344. Rappr. F. Ost, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : amorce d'un nouveau *jus commune* ? », in *Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, Kluwer, 1992, p. 683 s. ; B. Oppetit, « Retour à un droit commun européen », in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 73 s., spéc. p. 79.

⁴⁸³ D. J. Evrigenis, « Le rôle de la Convention européenne des droits de l'Homme », in *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 341 s., spéc. p. 344.

⁴⁸⁴ D. J. Evrigenis, « Le rôle de la Convention européenne des droits de l'Homme », in *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 341 s., spéc. p. 350.

⁴⁸⁵ Pour de plus amples développements, v. D. J. Evrigenis, « Le rôle de la Convention européenne des droits de l'Homme », in *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 341 s., qui propose « l'examen des *procédés d'action harmonisatrice* de la Convention » (p. 346).

⁴⁸⁶ Le flou de la majorité des règles de la convention, combiné au pouvoir de la Cour de Strasbourg, convertit en effet le système en « attrape-tout », qui permet [...] d'investir pratiquement tout domaine du droit interne » (F. Sudre, « La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux », in *Libertés et droits fondamentaux*, 14^e éd., Dalloz, 2008, p. 33 s., spéc. n° 108, p. 49 – à propos de l'article 6 §1). Rappr. D. J. Evrigenis, « Le rôle de la Convention européenne des droits de l'Homme », in *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 341 s., spéc. p. 354, qui relève que compte tenu de leur ampleur, « les droits et libertés garantis par la Convention se répercutent sur l'ensemble de l'ordre juridique national » (même les matières fortement ancrées dans les traditions, dont les matières familiales). Plus la norme est souple – caractéristique dans laquelle la convention européenne excelle –, plus le juge est en mesure de faire ce qu'il entend dans son interprétation : c'est le risque maintes fois dénoncé d'« une interprétation faiblement déterminée par les textes, mais surdéterminée par la personnalité de tel ou tel juge » (M. Delmas-Marty, « Réinventer le droit commun », *D.* 1995, chron. p. 1 s., spéc. p. 4) – pour ne pas dire *par ses idéologies et ses caprices* (Ph. Conte, « L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur », *JCP G* 1988, I, 3343). Il en résulte, de fait (de fait car l'autorité morale des arrêts s'étend au-delà de ce que prévoit l'article 46 de la convention, et conduit les États à modifier les règles sanctionnées ; rappr. R. Boffa, « La densification normative des arrêts de la CEDH », in *La densification normative*, dir. C. Thibierge, Mare et Martin, 2013, p. 445 s.), un pouvoir presque discrétionnaire de vie ou de mort de la Cour sur les institutions des États parties, sur lesquelles pèse constamment une épée de Damoclès (v. par ex. l'usucapion, que la grande chambre de la Cour a déclaré conforme à l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention, mais à deux voix de majorité seulement [CEDH, gr. ch., 30 août 2007, n° 44302/02, *Pye Ltd c. Royaume-Uni* ; *JCP G* 2008, I, 127, n° 1, obs. H. Périnet-Marquet] ; autrement exprimé, à deux voix près, c'en était fini de cette institution qui remonte au moins à la loi des XII tables). Rappr. Y. Lequette, « Des juges littéralement irresponsables... », in *Mélanges J. Héron*, LGDJ, 2009, p. 309 s. ; A. Decocq, « Le désordre juridique français », in *Mélanges Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 147 s., spéc. p. 154 ; J.-P. Gridel, « Déclin des spécificités françaises et éventuel retour d'un droit commun européen », *D.* 1999, chron. p. 139 s.

– de la Cour européenne des droits de l’Homme⁴⁸⁷, juridiction supranationale à même d’assurer l’unité d’interprétation de la convention, dans la mesure où les interprétations qu’elle donne des articles de la convention s’incorporent pour ainsi dire à cette dernière⁴⁸⁸.

123. **Un processus en évolution.** C’est ainsi que les deux droits européens auraient permis l’« implantation d’un droit commun »⁴⁸⁹ entre les États membres ou parties. Le processus serait, en outre, en pleine évolution. D’abord « l’extension progressive du domaine européenisé »⁴⁹⁰ annoncerait un développement continu de ce « droit commun européen » ; ensuite, l’adhésion de l’Union européenne à la convention européenne des droits de l’Homme, imposée par l’article 6 §2 du traité sur l’Union européenne tel qu’il résulte de la révision de Lisbonne, pourrait générer un nouvel équilibre : après le développement parallèle de ces deux sources du « droit commun européen », le temps pourrait être venu des interactions entre elles⁴⁹¹. Il conviendra alors de repenser les rapports entre ce qui, jusqu’à présent, était considéré comme « deux ensembles européens qu’aucune hiérarchie ne subordonne l’un à l’autre »⁴⁹². Signe que le processus de construction de ce « droit commun européen » évoqué par beaucoup ne serait pas achevé.

B. Le « droit commun mondial »

124. **L’hypothèse d’un « droit commun mondial ».** C’est ici l’assimilation entre droit de source internationale à vocation mondiale et droit commun. Certains relèvent que

⁴⁸⁷ V. not. D. J. Evrigenis, « Le rôle de la Convention européenne des droits de l’Homme », in *Nouvelles perspectives d’un droit commun de l’Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 341 s., spéc. p. 345 et 355. Adde F. Ost, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme : amorce d’un nouveau *jus commune* ? », in *Le droit commun de l’Europe et l’avenir de l’enseignement juridique*, Kluwer, 1992, p. 683 s. ; S. Guinchard, *V^o « Convention européenne des droits de l’homme et procédure civile »*, in *Rép. pr. civ.* Dalloz, 2010, n° 37 ; B. Oppetit, « Retour à un droit commun européen », in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 73 s., spéc. p. 79 : « certains n’hésitent pas à considérer que l’on serait même parvenu à un stade plus avancé d’intégration européenne grâce à l’action [...] de la Cour européenne des droits de l’homme ».

⁴⁸⁸ V. J.-P. Marguénaud, obs. sur Ass. plén. 15 avr. 2011, *RTD civ.* 2011, p. 725 s., spéc. p. 730 : « les arrêts du 15 avril 2011 s’inscrivent [...] dans le prolongement de l’article 55 de la Constitution [...]. Ils obligent à considérer que la Convention [...] qui est revêtue de cette autorité ce n’est plus la Convention vierge de toute interprétation mais la Convention enrichie (ou alourdie, selon l’appréciation de chacun) de l’interprétation authentique qui est délivrée par la Cour de Strasbourg ».

⁴⁸⁹ J.-L. Halpérin, *Profils des mondialisations du droit*, Dalloz, 2009, p. 238. V. aussi G. Canivet, « Introduction générale », in *Variations autour d’un droit commun*, dir. M. Delmas-Marty, H. Muir Watt et H. Ruiz Fabri, SLC, 2002, p. 13 s., spéc. p. 19 : « est-il encore contestable que le droit européen commun est en partie réalisé ? » Adde T. Koopmans, « Towards a new “*ius commune*” », in *Le droit commun de l’Europe et l’avenir de l’enseignement juridique*, Kluwer, 1992, p. 43 s., spéc. p. 49 : « I submit that a new *ius commune* for Europe is taking shape before our eyes. We see it, but we are not completely aware of it. [...] We see it in terms of Community law, or of human rights protection, [...] and each branch has its own specialists. We could, however, also see the same evolution in a completely different perspective [...]. In that sense, we may be witnessing the birth of a new *ius commune* ».

⁴⁹⁰ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 51.

⁴⁹¹ Interactions qui pourraient se solder par la reconnaissance d’une subordination du droit de l’Union au droit de la convention européenne. V. not. J.-P. Jacqué, « L’adhésion de l’Union européenne à la convention européenne des droits de l’Homme », *RTD eur.* 2011, p. 7, et les contributions réunies dans le dossier qui suit. Sur l’état du processus et le projet de traité d’adhésion, v. D. Spielmann, « L’adhésion de l’Union européenne à la convention européenne des droits de l’Homme », Réunion conjointe de la CJUE et de la CEDH, Helsinki, 6 sept. 2013. Adde J. Rossetto, « Quelques observations sur les conditions de l’adhésion de l’Union européenne à la CEDH », in *Mélanges J.-C. Masclet*, Publications de la Sorbonne, 2013, p. 927 s.

⁴⁹² M. Delmas-Marty, « Réinventer le droit commun », *D.* 1995, chron. p. 1 s., spéc. p. 2.

« l'émergence d'un droit commun est un phénomène mondial inéluctable »⁴⁹³, une « tendance naturelle »⁴⁹⁴. S'il pourrait, en effet, « sembler naïf d'imaginer un droit commun de la planète »⁴⁹⁵ en tant que tel, il n'en existerait pas moins, pour une partie de la doctrine, les balbutiements d'un « droit commun mondial », constitué des règles applicables, non pas à tous les États, mais au moins à un certain nombre d'entre eux ; les sources pourraient en être conventionnelles et coutumières.

125. **Le « droit commun mondial » issu des conventions internationales ?** Le droit international conventionnel – « matériel » comme « conflictuel » –, estiment quelques auteurs, serait la première des sources d'un « droit commun mondial ». Qualifiées d'« arme unificatrice »⁴⁹⁶, et parfois présentées comme « l'idéal du procédé d'uniformisation des règles à l'échelle universelle »⁴⁹⁷, les conventions internationales seraient la source par excellence de ce « droit commun international »⁴⁹⁸ : ce dernier reposerait « sur des conventions internationales qui substituent à des règles nationales différentes un ensemble unique de règles désormais communes »⁴⁹⁹. Pour se limiter aux plus uniformisantes d'entre elles, les conventions dites « de droit matériel » – celles qui touchent au fond des solutions et non pas simplement à la solution des conflits de lois⁵⁰⁰ –, elles sont source de droit uniforme notamment relatif à la vente internationale, aux transports internationaux, ou encore aux effets de commerce – selon une expression inspirée par Mancini⁵⁰¹, aux « matières d'affaires », aux « principaux contrats spéciaux

⁴⁹³ G. Canivet, « Introduction générale », in *Variations autour d'un droit commun*, dir. M. Delmas-Marty, H. Muir Watt et H. Ruiz Fabri, SLC, 2002, p. 13 s., spéc. p. 14. Rapp. M. Delmas-Marty, *Vers un droit commun de l'humanité*, 2^e éd., Textuel, 2005 et *Pour un droit commun*, Seuil, 1994 ; C. W. Jenks, *The common law of mankind*, Londres, Stevens & sons, 1958.

⁴⁹⁴ G. Canivet, « Introduction générale », in *Variations autour d'un droit commun*, dir. M. Delmas-Marty, H. Muir Watt et H. Ruiz Fabri, SLC, 2002, p. 13 s., spéc. p. 15.

⁴⁹⁵ M. Delmas-Marty, « Réinventer le droit commun », *D.* 1995, chron. p. 1 s., spéc. p. 3. Rapp. J.-L. Bergel, « La relativité du droit ? », *RRJ* 1986, n° 3, p. 13 s., spéc. p. 21, qui estime qu'il serait « tout à fait illusoire de songer à une unification générale du droit dans le monde » ; R. David et C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 11^e éd., Dalloz, 2002, n° 8 (« Il ne s'agit pas, en réalisant l'unification internationale du droit, de substituer aux différents droits nationaux un droit supranational uniforme décrété par un législateur à l'échelon mondial. Cela n'est certainement pas possible ») ; J.-L. Thireau, « Le comparatisme et la naissance du droit français », *RHFDJSJ* 1990, p. 170 (qui relève que le relativisme est incompatible « avec la notion de *jus commune* universel ») ; H. P. Glenn, « Droit mondial, droit mondialisé ou droit du monde ? », in *Mélanges X. Blanc-Jouvan*, SLC, 2005, p. 259 s., spéc. p. 261-262 (« personne n'envisage un droit complet, dans tous les domaines, qui couvrirait la surface entière du monde »). V. déjà J. Domat, *Le droit public*, Bailly, rééd. 1777, préface, p. I.

⁴⁹⁶ Y. Loussouarn et J.-D. Bredin, *Droit du commerce international*, Sirey, 1969, n° 26, p. 34.

⁴⁹⁷ M. Cosnard, « La création normative des États - Point de vue publiciste », in *La mondialisation du droit*, dir. É. Loquin et C. Kessedjian, Litec, 2000, p. 149 s., spéc. p. 151 (qui prend ses réserves à l'égard de la présentation).

⁴⁹⁸ Les auteurs y voient souvent l'instrument d'« un droit unifié, [...] d'un nouveau *jus commune* » (S. Lecuyer, *Appréciation critique du droit international privé conventionnel*, LGDJ, 2008, n° 493). Par ex. : Y. Loussouarn et J.-D. Bredin, *Droit du commerce international*, Sirey, 1969, n° 5, p. 10 (traitant des règles matérielles et de l'unification, les auteurs relèvent que le droit du commerce international « tend à la constitution d'un véritable *jus commune*, d'un droit matériel propre à régir les relations internationales », et que « l'unification est d'abord le fait des traités internationaux élaborant des règles matérielles communes ») ; P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 10^e éd., Montchrestien, 2010, n° 93 (qui évoquent des règles « non seulement identiques dans leur contenu mais formellement *communes* » aux États parties). V. aussi (développées juste *infra*), et peut-être surtout, les propositions faites, sous l'égide de R. David, par la délégation française à la CNUDCI, tendant à l'édiction d'un « droit commun » du commerce international.

⁴⁹⁹ M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, 1998, p. 117.

⁵⁰⁰ B. Oppetit, « Le développement des règles matérielles », *TCFDIP* 1985, CNRS, 1988, p. 121 s., spéc. p. 123 ; É. Loquin, « Les règles matérielles internationales », *RCADI* t. 322, Martinus Nijhoff, 2007, p. 9 s., spéc. n° 11, p. 24.

⁵⁰¹ Ces matières sont opposées aux « matières de tradition ». Si la paternité de la distinction est attribuée à Mancini (« De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un

internationaux»⁵⁰². Il est affirmé que ces règles conventionnelles uniformes constituent l'«ébauche encore imparfaite d'un futur droit mondial du commerce»⁵⁰³. Une partie de la doctrine va plus loin et considère qu'elles seraient source d'un «droit commun mondial» ; il a pu, par exemple, être affirmé que la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises «a créé un droit commun»⁵⁰⁴ entre les États parties.

126. **Le « projet de convention-cadre relative au droit commun du commerce international ».** Peut ici être mentionnée une proposition intitulée « projet de convention-cadre relative au droit commun du commerce international », faite au cours de la deuxième session de la CNUDCI en 1970, par la délégation française menée par René David : cette proposition tendait à l'édition de tout un corpus de règles conventionnelles, originaires comme dérivées, constituant un «droit commun» entre États pour le commerce international⁵⁰⁵. Aux termes de celle-ci notamment, «la réglementation ainsi établie constituera dorénavant, dans tous les pays le droit applicable aux rapports de droit internationaux, sauf dans la mesure où un adhérent à la convention-cadre [...] aurait fait savoir qu'il n'accepte pas telle ou telle disposition promue au rang de "droit commun"»⁵⁰⁶. Au-delà du droit originaire, toute règle dérivée de cette convention-cadre «constituerait [...] le droit applicable aux rapports de droit internationaux, sauf dans la mesure où un État aurait fait savoir à l'organisation internationale qu'il n'accepterait pas telles ou telles dispositions proposées par la CNUDCI», et «le pays qui rejeterait ou modifierait une disposition de droit commun devrait faire savoir par quelle règle, dans son droit national, cette disposition est remplacée»⁵⁰⁷ – c'était l'hypothèse de «dérogations [...] apportées par les divers

certain nombre de règles générales du Droit International Privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », *Clunet* 1874, p. 221 s.), celle des deux expressions pourrait revenir à A. F. Schnitzer, *De la diversité et de l'unification du droit*, Bâle, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1946, p. 43 s. V. aussi R. Demogue, *L'unification internationale du droit privé*, 1927, p. 124 s. ; S. Lecuyer, *Appréciation critique du droit international privé conventionnel*, LGDJ, 2008, n° 358 s. (n° 358 : «L'unification des règles de droit matériel ne peut intervenir en tous domaines. L'unification des règles de droit matériel occupe une place substantielle au sein des matières d'affaires. C'est à la fois un constat et une aspiration ». Cependant, «les conventions portant [...] unification des règles de droit matériel sont peu envisageables au sein [des matières de tradition], quel que soit le niveau spatial envisagé»). À noter que des matières telles que le droit de l'environnement se prêtent mal à la classification dans l'une des deux catégories (S. Lecuyer, *ibid.*, n° 248, p. 253).

⁵⁰² 1) V. not. D. Mainguy, « Les principaux contrats spéciaux internationaux », in J. Béguin et M. Menjucq (dir.), *Droit du commerce international*, 2^e éd., LexisNexis, 2011, n° 718 s. (v. aussi, du même auteur, « Le droit commun des contrats internationaux », n° 641 s.).

2) Il existe également un certain nombre de conventions internationales dans d'autres domaines. Pour celles relatives au droit humanitaire, v. déjà M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 271 s.

⁵⁰³ É. Loquin, « Les règles matérielles internationales », *RCADI*, t. 322, 2006, p. 21 s., spéc. n° 5, p. 22.

⁵⁰⁴ R. Schulze, « La renaissance de l'idée de *jus commune* », in *Variations autour d'un droit commun*, dir. M. Delmas-Marty, H. Muir Watt et H. Ruiz Fabri, SLC, 2002, p. 181 s., spéc. p. 182 (l'auteur évoque spécialement le droit commun ainsi créé « pour la plupart des États d'Europe dans un domaine central du droit privé, celui de la vente »).

⁵⁰⁵ Pour la présentation et le texte de ce projet, v. R. David, « La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international », *AFDI* 1970 p. 453 s., spéc. p. 468 s. ; *Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain*, Economica, 1982, p. 332 s. ; « Le droit continental, la *common law*, et les perspectives d'un *jus commune* européen, in *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 113 s., spéc. p. 132-133. Et pour une analyse plus critique, v. G. Herrmann, « Promotion d'une meilleure connaissance et d'une acceptation plus étendue des textes de droit uniforme », in *Le droit commercial uniforme au XXI^e siècle*, actes du congrès de la CNUDCI (1992), ONU, New York, 1995, p. 298, et S. Lecuyer, *Appréciation critique du droit international privé conventionnel*, LGDJ, 2008, n° 446, p. 466.

⁵⁰⁶ Article 10 de la proposition, reprod. in R. David, *Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain*, Economica, 1982, p. 332 s., spéc. p. 334.

⁵⁰⁷ Article 9 de la proposition, reprod. in *ibid.*, spéc. p. 334.

États aux textes du droit commun »⁵⁰⁸. Ainsi, les auteurs de la proposition voulaient ce « droit commun [...] effectivement applicable, mais sans que nulle obligation en résulte pour les États, qui peuvent à tout moment et sur tous les points en différencier leur droit national »⁵⁰⁹. Quoiqu'abandonnée, cette proposition conserve son intérêt comme exemple caractéristique de l'assimilation entre droit international et droit commun.

127. **Le « droit commun mondial » issu de la coutume internationale ?** Le droit international coutumier serait la deuxième source de ce « droit commun mondial » évoqué par une partie de la doctrine. Dans son volet privé notamment, ce phénomène ancien et qui suscite un regain d'intérêt depuis quelques décennies⁵¹⁰, renvoie à un ensemble de règles coutumières internationales⁵¹¹ forgées par la pratique et qui transcenderaient les frontières étatiques⁵¹². La terminologie n'est pas figée : d'aucuns, Josserand en tête, désignèrent cet ensemble sous le nom de « droit corporatif international »⁵¹³ ; d'autres – en particulier Berthold Goldman –, sous celui de « *lex mercatoria* »⁵¹⁴, du moins pour le volet commercial de la coutume internationale. Au-delà de la terminologie utilisée, certains ont pu voir dans ce phénomène, source d'« un nouveau droit international uniforme »⁵¹⁵, la source d'un « droit commun mondial »⁵¹⁶. C'est notamment dans cet esprit que des juges purent évoquer un « *ius commune* international en droit maritime »⁵¹⁷. Pour le volet public⁵¹⁸, René David put y voir une

⁵⁰⁸ Article 13 de la proposition, reprod. in *ibid.*, spéc. p. 336.

⁵⁰⁹ Article 12 de la proposition, reprod. in *ibid.*, spéc. p. 335.

⁵¹⁰ Pour des développements, S. Menétrey et J.-B. Racine, « La densification normative de la *lex mercatoria* », in *La densification normative*, dir. C. Thibierge, Mare et Martin, 2013, p. 415 s. ; D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse Paris II, 1992, n° 262 s. Adde P. Deumier, *Le droit spontané*, Economica, 2002, *passim*.

⁵¹¹ R. Demogue, *L'unification internationale du droit privé*, Rousseau, 1927, p. 39 ; Y. Loussouarn et J.-D. Bredin, *Droit du commerce international*, Sirey, 1969, n° 36. V. aussi D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse Paris II, 1992, n° 292 s. et les références citées (l'auteur est plus réservé) ; P. Deumier, *Le droit spontané*, Economica, 2002 et V° « Coutume et usages », in *Rép. civ.* Dalloz, avr. 2003, n°s 19 et 36.

⁵¹² Y. Loussouarn et J.-D. Bredin, *Droit du commerce international*, Sirey, 1969, n° 5, p. 11 : « sans intervention étatique, l'unification est ensuite poursuivie par les commerçants eux-mêmes : indépendamment de toute législation, ils se sont donnés un ensemble de règles régissant de nombreuses opérations du commerce international dans le domaine des ventes, des transports, des transactions bancaires, etc. ».

⁵¹³ L. Josserand, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *DH* 1937, chron. p. 1 s., spéc. p. 3-4.

⁵¹⁴ Not. B. Goldman, « Frontières du droit et "*lex mercatoria*" », *APD* 1964, t. 9, p. 177 s. ; W. Tetley, « *The general maritime law - The lex maritima (with a brief reference to the ius commune in arbitration law and the conflict of laws)* », *Syracuse journal of international law* 1994, vol. 20, p. 105 s. (20 SYRJLC 105), spéc. p. 108 : « *the lex mercatoria is a ius commune* ». V. D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse Paris II, 1992, spéc. n° 244 s.

⁵¹⁵ R. David, « Les méthodes de l'unification », in *Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain*, Economica, 1982, p. 304 s., spéc. p. 314.

⁵¹⁶ V. partic. B. Oppetit, « Le développement des règles matérielles », *TCFDIP* 1985, CNRS, 1988, p. 121 s., spéc. p. 124 (le droit coutumier international est parfois à la source d'« un véritable droit commun des nations ») ; J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque et S. Corneloup, *Droit du commerce international*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 43, p. 28-29 ; W. Tetley, « *The general maritime law - The lex maritima (with a brief reference to the ius commune in arbitration law and the conflict of laws)* », *Syracuse journal of international law* 1994, vol. 20, p. 105 s. (20 SYRJLC 105), spéc. p. 108. En effet, certains n'hésitent pas à qualifier expressément de « droit commun » ces règles de droit coutumier international : v. J. Barberis, « Réflexions sur la coutume internationale », *AFDI* t. 36, 1990, p. 9 s., spéc. p. 19, et les références citées. Rappr. M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 7 (le droit commun peut être « consacré d'en bas », c'est-à-dire provenir de la coutume).

⁵¹⁷ Cour suprême du Canada, 1989, *Q. N. S. Paper co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, 2 RCS 683, n° 66. Adde W. Tetley, « *The general maritime law - The lex maritima (with a brief reference to the ius commune in arbitration law and the conflict of laws)* », *Syracuse journal of international law* 1994, vol. 20, p. 105 s. (20 SYRJLC 105).

⁵¹⁸ Ce volet public renvoie à la coutume internationale entre les États : v. par ex. CPJI, 7 sept. 1927, *Rec. Série A*, n° 10, p. 18 (affaire du *Lotus*). V. aussi J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 10^e éd., Montchrestien, 2012, p. 54 s. ; P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, 11^e éd., Dalloz, 2012, n° 317 s.

manifestation proche dans l'article 38 des statuts de la Cour internationale de justice : si ce texte fait littéralement référence aux « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », l'auteur y voyait visés « les principes généraux du droit communs »⁵¹⁹. La deuxième source de « droit commun mondial » serait ainsi tirée du droit coutumier international. L'assimilation entre droit commun et droit international apparaît pourtant discutable.

§ II – Inadéquation de l'assimilation

128. **Plan.** L'assimilation entre droit commun et droit international ne peut être suivie ; elle encourt un certain nombre de critiques (A). Tout au plus droit de source internationale et droit commun connaissent-ils des hypothèses de recoupements de pur fait (B).

A. Critique de l'assimilation entre droit commun et droit international

129. **Une assimilation apparemment séduisante.** L'assimilation du droit international au droit commun renverrait donc à l'idée selon laquelle les règles juridiques de source internationale seraient constitutives d'un droit commun entre États. La présentation peut apparaître séduisante de prime abord. De fait, comment nier que ces règles sont bien littéralement *communes* aux différents États qui les acceptent⁵²⁰ ? Parce qu'elles « ignorent les frontières, tout en s'appuyant sur les ordres étatiques »⁵²¹, les règles de source internationale constituent bien un droit *partagé* par différents ordres juridiques étatiques⁵²².

130. **Une assimilation inadaptée.** Pourtant, la comparaison entre droit de source internationale et droit commun semble devoir s'arrêter à ce constat de pur fait : les règles de source internationale sont partagées, *communes* aux États qui les acceptent – ce que le rapprochement que font les auteurs avec le droit commun, au moins, permet de signaler –, mais ces règles ne peuvent pas pour autant être assimilées à du droit commun. L'assimilation entre droit international et droit commun n'est utilisée que dans l'optique, politique et purement rhétorique, de signifier le rapprochement de divers systèmes juridiques étatiques par des règles qu'ils *partagent*⁵²³ ; la qualification de « droit commun » n'ajoute rien à celle de « droit

⁵¹⁹ R. David, *Le droit du commerce international*, Economica, 1987, n° 28, p. 32.

⁵²⁰ Comment nier, par exemple, que les règles issues d'une convention internationale sont partagées par les États parties à cette convention, c'est-à-dire, leur sont, littéralement, *communes* ? Les autorités de l'Union confortent cette vision, lorsqu'elles rappellent que les normes de l'Union sont des « règles communes » aux États membres (not. CJCE 31 mars 1971, *AETR*, aff. 22/70, *Rec.* p. 262). V. aussi les politiques *communes*, not. la politique agricole commune (sur celles-ci, v. not. J.-L. Clergerie, A. Gruber et P. Rambaud, *L'Union européenne*, 9^e éd., Dalloz, 2012, n° 563 s.). L'article 88-1 de la Constitution, qui évoque l'exercice *en commun* des compétences, va dans le même sens.

⁵²¹ J.-L. Halpérin, *Profil des mondialisations du droit*, Dalloz, 2009, p. 241. V. aussi, pour une synthèse, B. Oppetit, « Le développement des règles matérielles », *TCFDIP* 1985, CNRS, 1988, p. 121 s., spéc. p. 126.

⁵²² Y. Loussouarn et J.-D. Bredin, *Droit du commerce international*, Sirey, 1969, n° 37, p. 52.

⁵²³ En ce sens, v. aussi M. Poumarède, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, n° 17 : l'utilisation de l'expression « droit commun » pour désigner le droit international ne répond qu'à « un objectif politique ». Par exemple, quel intérêt d'intituler une proposition de règlement « droit commun européen de la vente » ? Probablement rappeler que le droit de l'Union est « partagé » par les États membres. Rapp. A. Supiot, « La contribution du droit social au droit commun des contrats », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé*, dir. A. Wijffels, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 47 s., spéc. p. 49.

international » reçue par ces règles⁵²⁴. Elle lui ôte même de sa clarté, en faisant douter d'éléments de son régime – par exemple, sa primauté. C'est en ce sens que le rapport d'information déposé à l'Assemblée nationale à propos de la proposition de règlement sur un droit commun européen de la vente de 2011 put signaler que les règles de source internationale ne désignent pas « un droit commun au sens juridique du terme »⁵²⁵.

131. **Plan.** Au-delà d'un rapprochement de pur vocabulaire, l'assimilation entre droit international et droit commun ne convient pas – elle « jouerait sur les mots ». En effet, les deux notions ne coïncident pas toujours, puisqu'il existe de nombreuses règles juridiques de source internationale qui ne sont, si l'on peut dire, pas très « communes » : l'assimilation est au mieux approximative ; dans le meilleur des cas, elle *ne convient pas tout à fait* (1). Toutefois, l'argument ne suffit pas, car il ne serait pas alors à exclure que l'assimilation reste adéquate pour *certaines* règles de source internationale. Néanmoins, elle apparaît porteuse d'une tendance régressive pour le droit international ; l'assimilation *ne convient pas du tout* (2).

1. Une assimilation approximative

132. **Un droit international souvent peu « commun ».** L'assimilation entre droit commun et droit de source internationale est au mieux approximative, car ces notions ne coïncident pas systématiquement : les règles juridiques de source internationale ne sont pas toujours très « communes » entre les États⁵²⁶. Plusieurs arguments appuient le propos.

133. **Règles de source internationale et unification confidentielle.** D'abord, dans leur majorité, les règles de source internationale ne concernent qu'un nombre restreint d'États. Le droit conventionnel en fournit des illustrations à profusion⁵²⁷ : si, relève le professeur Lequette, « certains instruments réalisent une unification relativement universelle », d'autres, en revanche, réalisent « une unification restreinte, d'autres encore une unification confidentielle »⁵²⁸ – la dernière catégorie étant par ailleurs la plus fournie⁵²⁹. Par exemple : une

⁵²⁴ Sur la notion de droit international, v. par ex. J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 10^e éd., Montchrestien, 2012, « la notion de droit international », p. 1 s.

⁵²⁵ Rapport d'information déposé à l'Assemblée nationale sur la proposition de règlement sur un droit commun européen de la vente, qui relève que ce texte ne propose pas d'instituer « un droit commun au sens juridique du terme » (rapport d'information déposé par la commission des affaires européennes sur le droit commun européen de la vente, Assemblée nationale, 7 déc. 2011).

⁵²⁶ Est-ce pour autant un mal ? V. A. Supiot, *Homo juridicus - Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, 2005, p. 30 : « prétendant uniformiser le monde, on ruine toute chance de l'unifier ».

⁵²⁷ 1) *Adde* l'ex. des conventions portant loi uniforme en matière cambiaire (1930-1931), lesquelles n'ont pas opéré une unification très étendue : de nombreux États, tels les pays anglo-saxons, ont refusé d'y adhérer (Y. Loussouarn et J.-D. Bredin, *Droit du commerce international*, Sirey, 1969, n^o 24, p. 30), ce qui fut déploré (not. M. Matteucci, « Aperçu sommaire de l'état de l'unification du droit », *RIDC* 1973, p. 865 s. ; X. Janne, « L'unification internationale des lois sur les effets de commerce », in *Mélanges É. Lambert*, t. 2, Sirey-LGDJ, 1938, p. 830 s., spéc. p. 833).

2) Le droit international coutumier permet moins de précision, dans la mesure où il est toujours difficile de connaître le nombre exact d'États qui reconnaissent telle ou telle pratique. Tout au plus peut-on savoir, çà ou là, que la validité de telle ou telle pratique « a été effectivement déniée par les tribunaux » (B. Goldman, « Frontières du droit et "lex mercatoria" », *APD* 1964, t. 9, p. 177 s., spéc. p. 192) ; mais il est difficile d'aboutir à davantage de précision.

⁵²⁸ Y. Lequette, « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI*, t. 246, Martinus Nijhoff, 1994, n^o 238 (pour les deux dernières citations).

dizaine d'États parties seulement pour la convention de Washington du 26 octobre 1973 portant loi uniforme sur la forme d'un testament international ; moins de dix États parties à la convention du 11 décembre 1995 sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit *stand-by*. C'est encore le cas de la convention de New York de 1974 sur la prescription dans la vente internationale de marchandises : en l'état, la convention originaire du 14 juin 1974 compte un peu plus de vingt États parties, et la convention modifiée par le protocole du 11 avril 1980, un peu moins de trente⁵³⁰. Les conventions non pas multilatérales, mais simplement bilatérales⁵³¹, ajoutent à la liste de ces unifications *confidentielles*. Les propos de Kelsen n'ont rien perdu de leur actualité : il affirmait qu'« abstraction faite de quelques exceptions », le droit international « a le caractère de droit simplement particulier : les normes qui le composent ne valent pas pour tous les États, mais seulement pour soit deux États, soit un groupe d'États plus ou moins nombreux »⁵³². Pour celle-ci, peut-on encore parler sans abus de droit « commun » ?

134. **Règles de source internationale et transposition interne.** Ensuite, pour les règles de source internationale qui nécessitent une transposition en droit interne, le processus ne donne pas lieu à une règle finale « commune », mais à autant de règles particulières qu'il existe de transpositions. C'est notamment le cas de certaines conventions internationales portant loi uniforme – par exemple, les conventions de Genève du 7 juin 1930 sur la lettre de change et le billet à ordre, et du 19 mars 1931 sur le chèque⁵³³. À leur propos, la doctrine relève que « l'absence d'une norme commune est [...] particulièrement visible », puisqu'il s'agit « de traités qui ne fournissent aux États signataires qu'un *modèle* de loi, donnant ensuite lieu à l'élaboration par chaque État d'une loi conforme »⁵³⁴ : il existe formellement autant de règles que d'États parties à la convention initiale. Dans cette hypothèse, les règles finales ne sont pas « communes » aux États, mais particulières à chacun d'eux.

135. **Règles de source internationales et particularisation au stade de l'application.** En outre, la diversité des règles applicables, chassée par la porte avec l'adoption d'une règle de source internationale⁵³⁵, revient souvent par la fenêtre, au stade de son application

⁵²⁹ Y. Lequette, *op. cit.*, n° 243.

⁵³⁰ C'est ce qui fait dire à la doctrine que le domaine d'application des conventions relatives à la prescription est territorialement restreint : B. Fauvarque-Cosson, « La prescription en droit international privé », *TCFDIP* 2002-2004, Pedone, 2005, p. 235 s., spéc. p. 255.

⁵³¹ Fort nombreuses. V. par ex. la convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire.

⁵³² H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 425 (pour les deux dernières citations).

⁵³³ 1) Pour le droit français, conventions transposées par le décret-loi du 30 octobre 1935 (dont la substance, plusieurs fois modifiée, se retrouve aujourd'hui dans le code de commerce et le code monétaire et financier). V. *Rép. com.* Dalloz, V° « Chèque », 2003, par M. Cabrillac, et V° « Lettre de change », 2011, par D. Gibirila.

2) L'exemple des directives en droit de l'Union pourrait également être cité (v. l'article 288, alinéa 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). Sur la transposition des directives, v. par ex. C. Zolynski, *Méthode de transposition des directives communautaires - Étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, 2007. Pour un exemple en particulier, v. déjà S. Taylor, *L'harmonisation communautaire de la responsabilité du fait des produits défectueux - Étude comparative du droit anglais et du droit français*, LGDJ, 1999.

⁵³⁴ P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 10^e éd., Montchrestien, 2010, n° 93 (pour les deux dernières citations – les auteurs concluent que « ce que l'on appelle "l'interprétation française du traité" n'est en fait, plus exactement, que "l'interprétation de la loi interne française résultant du traité" »). Rapp. M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, 1998, p. 117.

⁵³⁵ C'est particulièrement visible pour le droit uniforme.

ou même de sa traduction⁵³⁶ – conséquence de la diversité des langues⁵³⁷ et des interprètes⁵³⁸. L'étude comparée des versions française, espagnole et anglaise de l'article 29, 1^o, de la convention de Varsovie du 12 octobre 1929 « pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international » en fournit un exemple. Cet article fixe un délai de deux ans pour rechercher la responsabilité du transporteur aérien. La qualification de ce délai varie cependant avec les versions du texte : la version française recourt au terme de « déchéance »⁵³⁹ ; la version espagnole utilise le terme de « *caducidad* », qui renvoie dans ce contexte à la forclusion⁵⁴⁰ ; la version anglaise se contente de préciser que « *the right [...] shall be extinguished* » – le droit sera éteint. Trois versions différentes dont il résulte fatalement des différences dans l'application de l'article : par exemple, le juge espagnol put décider que, le délai n'étant pas de prescription, il n'est pas susceptible d'interruption⁵⁴¹ ; au contraire, le juge français, devant l'imprécision du terme « déchéance », estima que le délai était susceptible de suspension et d'interruption⁵⁴². Deux solutions aux antipodes l'une de l'autre à partir du même texte ; et ce n'est qu'un exemple parmi d'autres⁵⁴³.

⁵³⁶ V. P. Lagarde, « Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ? », *Rev. crit. DIP*, 1964, p. 235 s. ; Y. Lequette, « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI*, t. 246, Martinus Nijhoff, 1994, n° 208 : « alors même que l'unité des dispositions substantielles paraît réalisée sur un point donné, la diversité se réintroduit à la faveur de leur interprétation par les tribunaux ». Pour ce constat à propos du droit de source coutumière, D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse Paris II, 1992, n° 274.

⁵³⁷ Diversité qui rend nécessaire une pluralité de versions d'une même règle. V. R. David, *Le droit du commerce international*, Economica, 1987, n° 66, p. 70 : « La traduction en des langues diverses des textes adoptés dans des Conventions internationales est une nécessité. À défaut d'une langue universelle, [...] il y aura toujours lieu de craindre que les traductions faites ici et là comportent des inexactitudes ». *Adde* D. Lamèthe et O. Moréteau, « L'interprétation des textes juridiques rédigés dans plus d'une langue », *RIDC* 2006, p. 327 s.

⁵³⁸ V. not. P.-Y. Gautier, « Inquiétudes sur l'interprétation du droit uniforme international et européen », in *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 327 s., spéc. n° 3, p. 329 ; P. Chauveau, « Des conventions portant Loi Uniforme », *Clunet* 1956, p. 570 s., spéc. n° 8, p. 584 ; P. Lescot, « L'interprétation judiciaire des règles du droit privé uniforme », *JCP G* 1963, I, 1756, spéc. n° 2 ; H. Batiffol, « Circonstances et modalités de l'application du droit international par le juge national », in *Mélanges P. Hébraud*, Univ. Toulouse, 1981, p. 29 s., spéc. p. 44 ; R. Demogue, *L'unification internationale du droit privé*, Rousseau, 1927, p. 177-178 ; R. David, *Le droit du commerce international*, Economica, 1987, n° 72 s., p. 75 s. ; R. Sacco, « Non, oui, peut-être », in *Mélanges C. Monby*, t. 1, Litec, 1998, p. 163 s., spéc. p. 167-168 ; M. Matteucci, « Introduction à l'étude systématique du droit uniforme », *RCADI* 1957, t. 91, p. 385 s., spéc. p. 423 ; O. Riese, « Une juridiction supranationale pour l'interprétation du droit unifié ? », *RIDC* 1961, p. 717 s., spéc. p. 725. Rapp. J.-P. Niboyet, *Cours de droit international privé*, Sirey, 1947, n° 26, p. 41.

⁵³⁹ Ce dernier terme ne correspondrait ni à la forclusion, ni à la prescription ; v. not. F. Luxembourg, *La déchéance des droits*, éd. Panthéon-Assas, spéc. nos 714-715 (comp. Li. Boyer, « Le délai de l'article 29 de la Convention de Varsovie », in *Mélanges P. Hébraud*, Toulouse, 1981, p. 85 s., spéc. n° 14, p. 99, et les auteurs cités). En ne renvoyant pas à un terme classique, la version française serait la plus exposée à la critique ; c'est pourtant la seule officielle (cf. article 36 de la convention).

⁵⁴⁰ O. Merlin Walch, *Dictionnaire juridique français/espagnol - espagnol/français*, 5^e éd., LGDJ, 2006, V^o « *Caducidad* ».

⁵⁴¹ Cour de Barcelone, *Sala 1^a*, 9 oct. 1973 ; *Rev. dr. unif.* 1975-1, p. 250 s.

⁵⁴² Ass. plén. 14 janv. 1977, n° 74-15.061, *Bull. AP*, n° 1 ; *D.* 1977, jur. p. 89, concl. R. Schmelck – Ass. plén. 1^{er} juill. 1977, n° 75-15.443, *Bull. AP*, n° 5. V. déjà Civ. 1^{re}, 24 juin 1968, *Bull. civ.* I, n° 177 ; *D.* 1968, jur. p. 745, note P. Chauveau ; *Rev. crit. DIP* 1969, p. 262 s., note M. Simon-Depitre. Postérieurement : Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1977 (2 arrêts), n° 72-13.619 et n° 73-13.198, *Bull. civ.* I, n° 263 – Soc. 5 avr. 1973, n° 72.10.628, *Bull. civ.* V, n° 228 – Civ. 1^{re}, 4 févr. 1986, n° 84-15.945, *Bull. civ.* I, n° 16. Les auteurs déduisent que la Cour de cassation y voit un délai de prescription (v. not. *Rép. com.* Dalloz, V^o « Transports aériens », 2000, par B. Mercadal, n° 273 ; *Lamy transport*, t. 2, 2011, dir. B. Kerguelen-Neyrolles, n° 1195).

⁵⁴³ 1) L'article 35 de la convention de Montréal du 28 mai 1999, qui modifie légèrement la substance de l'article 29 de la convention de Varsovie, fournit une autre illustration. Dans la terminologie employée, il faut noter un alignement de la version espagnole sur la version anglaise (les deux versions prévoient que le droit s'éteindra – pour la version anglaise : « *the right [...] shall be extinguished* » ; pour la version espagnole : « *el derecho [...] se extinguirá* »), mais un maintien de l'expression « sous peine de déchéance » pour la version française.

2) Le constat vaut, *a fortiori*, pour les règles de source internationale qui posent des standards juridiques (v. par ex. le « délai raisonnable », not. à l'article 39, 1^o de la convention de Vienne de 1980) ; si ces standards sont formellement

C'est que, pour paraphraser Bartin, chaque État regardera toujours le droit international « à travers le prisme de son droit national »⁵⁴⁴. Édouard Lambert y voyait une « infirmité de naissance »⁵⁴⁵. Les interprétations divergentes d'une même règle de source internationale par des juges étatiques différents aboutiraient d'ailleurs à autant de règles différentes qu'il existe d'interprétations : c'est en tout cas ce que semble avoir considéré la Cour de cassation, qui fait resurgir le conflit de lois dans cette hypothèse⁵⁴⁶ – preuve que la situation met aux prises des règles vidées de leur similarité, qui ne sont plus « communes ».

136. **Règles de source internationale et réserves.** Enfin, le procédé des réserves, par lesquelles un État déclare qu'il entend exclure l'applicabilité à son égard de certaines dispositions d'une convention internationale, éloigne encore le droit international d'un droit « commun ». Majoros y voyait un mécanisme par lequel « sous la façade de l'unification, on procède en réalité à une désunification du droit sur une vaste échelle »⁵⁴⁷. Si les réserves sont parfois purement et simplement prohibées – par exemple, pour la forme du testament international, par l'article 7 de la convention de Washington du 26 octobre 1973 –, tel n'est pas toujours le cas : notamment, pour la prescription en matière de vente internationale de marchandises, l'article 35 de la convention de New York de 1974 dispose qu'un État contractant peut déclarer qu'il n'appliquera pas les dispositions de la convention aux actions en annulation du contrat. Autant de facteurs qui rendent l'assimilation approximative.

porteurs d'une règle *partagée* par les États, ils agissent pourtant comme un cheval de Troie et portent le risque d'une désunification sous la façade de l'unification. V. A. Tunc, « Standards juridiques et unification du droit », *RIDC* 1970, p. 247 s., spéc. p. 251-252. Rapp. M. Matteucci, « Introduction à l'étude systématique du droit uniforme », *RCADI* 1957, t. 91, p. 385 s., spéc. p. 422. Comp. M. Delmas-Marty et M.-L. Izorche, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit : réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC* 2000, p. 753 s.

3) Pour d'autres exemples de divergences possibles, v. K. Parrot, *L'interprétation des conventions de droit international privé*, Dalloz, 2006, n° 514 s. (nationalité), et n° 544 s. (procédure et contrat) ; P. Lescot, « L'interprétation judiciaire des règles du droit privé uniforme », *JCP G* 1963, I, 1756 (droit cambiaire, transports internationaux et développements sur l'interprétation divergente de la notion de « faute ») ; R. Lowe, « La CMR a 40 ans », *Rev. dr. unif.* 1996-3, p. 429 s., spéc. p. 432 (en matière de transports internationaux de marchandises par route) ; v. aussi O. Riese, « Une juridiction supranationale pour l'interprétation du droit unifié ? », *RIDC* 1961, p. 717 s., spéc. p. 723 s.

⁵⁴⁴ É. Bartin, « De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois », *Clunet* 1897, p. 225 s., 466 s. et 720 s., spéc. p. 734 (l'auteur se réfère à Jitta). En effet, pour Bartin, « alors même que les États s'entendraient sur l'édition de règles de conflit communes, ils ne parviendraient pas à leur conserver une unité d'interprétation » (Y. Lequette, « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI*, t. 246, Martinus Nijhoff, 1994, Introduction, n° 10). Rapp. S. Lecuyer, *Appréciation critique du droit international privé conventionnel*, LGDJ, 2008, n° 42, p. 47.

⁵⁴⁵ É. Lambert, « Sources du droit comparé ou supranational - Législation uniforme et jurisprudence comparative », in *Mélanges F. Gény*, t. 3, Sirey, 1934, p. 478 s., spéc. p. 484. *Addé* V. Heuzé, « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *Rev. crit. DIP* 2000, p. 589 s.

⁵⁴⁶ Com. 4 mars 1963, *Hocke*, *Bull. civ.* IV, n° 137 ; *Clunet* 1964, p. 806 s., note B. Goldman ; *JCP G* 1963, II, 13376, note P. Lescot ; *Rev. crit. DIP* 1964, p. 264 : en cas d'interprétation divergente d'une loi uniforme internationale insérée dans le droit interne des États contractants, la théorie des conflits de lois peut intervenir pour désigner l'interprétation nationale applicable au litige (sur cet arrêt, v. aussi P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 10^e éd., Montchrestien, 2010, n° 93 s.). Le constat, fait pour les règles internationales transposées dans les droits internes, vaudrait tout aussi bien pour les règles internationales ne nécessitant pas expressément une telle transposition (P. Mayer, « L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé », in *Mélanges Y. Lousouarn*, Dalloz, 1994, p. 275 s., spéc. p. 280).

⁵⁴⁷ F. Majoros, *Les conventions internationales en matière de droit privé*, t. 1, Pedone, 1976, spéc. p. 72.

137. **Caractère incomplet de la critique.** Puisque l'assimilation entre droit commun et droit international est approximative, il est déjà certain qu'elle ne convient pas – une assimilation juste devant, par hypothèse, être exacte. Cependant, si l'argument suffit à réfuter dans l'absolu l'assimilation, il ne suffit pas pour les règles de source internationale davantage « communes » entre les États : par exemple, ces critiques ne concernent pas entièrement ce que les auteurs qualifient de « droit commun européen » car, qu'il soit envisagé dans sa facette issue du droit de l'Union ou dans celle issue de la convention européenne des droits de l'Homme, il est plus abouti techniquement et favorise une harmonisation plus poussée entre les États concernés⁵⁴⁸. Pourtant, même ici, recourir au concept de droit commun semble discutable.

2. Une tendance régressive

138. **Deux notions distinctes.** Même les règles de source internationale qui réalisent une vaste unification et qui sont davantage « communes » à un certain nombre d'États ne paraissent pouvoir être qualifiées de « droit commun » par rapport aux règles nationales. L'assimilation serait constitutive, pour reprendre l'expression d'Oppetit⁵⁴⁹, d'une *tendance régressive* : assimiler le droit de source internationale au droit commun reviendrait à nier la nature du premier et à le faire régresser techniquement en faisant planer le doute sur son régime juridique.

139. **Des règles de source internationale.** Toutes les règles qui seraient constitutives de ce « droit commun international » évoqué par certains, ont une caractéristique commune : elles sont toutes des règles de *source internationale*⁵⁵⁰, des règles juridiques qui,

⁵⁴⁸ Beaucoup des « imperfections » recensées à propos du droit international mondial sont en effet absentes dans le contexte du droit international régional européen : en droits européens, sont institués des mécanismes qui permettent de maintenir le caractère *commun* des règles édictées (interprétations unificatrices de cours supranationales pour les deux, qui permettraient d'assurer « l'uniformité du droit commun au stade de son application » [J. Basedow, « Vie universelle, droit national ? À propos de la mondialisation du droit », in *Mélanges X. Blanc-Jouvan*, SLC, 2005, p. 223 s., spéc. p. 237], droit dérivé en outre pour l'Union). Alors que ces systèmes ne sont pas ceux d'un État et devraient en principe s'échouer sur les récifs des souverainetés étatiques – récifs sur lesquels achoppe la majorité des règles de droit international à vocation mondiale –, un certain nombre de mécanismes leur permettent d'y échapper, du stade de leur adoption à celui de leur application. C'est en ce sens que d'aucuns ont pu affirmer que l'Europe est un « laboratoire du droit commun » (M. Delmas-Marty, *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel, 2005, p. 55 ; v. aussi, du même auteur, « Réinventer le droit commun », *D.* 1995, chron. p. 1 s., spéc. p. 2, qui se réfère à « l'exemple de l'Europe, présentée comme “laboratoire” parce qu'il s'agit d'un lieu où, en effet, on expérimente les conditions d'un droit commun »). Rapp. B. Pérez de las Heras, *Hacia un derecho común en la Unión europea*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 18 et p. 81 ; J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 48 ; B. Oppetit, « Retour à un droit commun européen », in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 73 s., spéc. p. 79 ; B. Fauvarque-Cosson, « Vers un droit commun européen de la vente », *D.* 2012, p. 34 s. ; J. A. Jolowicz, « New perspectives of a common law of Europe : some practical aspects and the case for applied comparative law », in *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 237 s., spéc. p. 264-265 ; C. Constantinidès-Mégret, *Le droit de la communauté économique européenne et l'ordre juridique des États membres*, LGDJ, 1967, p. 113. Comp. R. Sacco, « Droit commun de l'Europe et composantes du droit », in *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 95 s., spéc. p. 100.

⁵⁴⁹ B. Oppetit, « L'apparition de tendances régressives », in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 113 s. Cette tendance régressive ne fait pas partie de celles identifiées par l'éminent auteur.

⁵⁵⁰ Cela vaut que les règles soient issues de conventions internationales classiques, de la coutume internationale, ou même du droit de l'Union européenne. Par exemple, pour le droit de l'Union (qui fait souvent l'objet de tentatives d'analyses différentes avec, en arrière-plan, les ambitions, politiques, d'accroître sa légitimité et d'affirmer son « autonomie » : v., pour le débat, S. Veitch, E. Christodoulidis et L. Farmer, *Jurisprudence - Themes and concepts*, 2^e éd., Londres et New York, Routledge, 2012, « *Sovereignty* », p. 15 s., spéc. p. 18-19 ; J.-L. Halpérin, « L'Union européenne,

n'émanant pas de la volonté unilatérale d'un seul État, sont au contraire nées dans l'ordre international et reconnues, directement ou indirectement, par plusieurs États. Ces règles de source internationale bénéficient par ailleurs d'un régime propre lié à cette réalité. Or, rapprocher le droit international du droit commun inciterait, de manière plus ou moins visible, à plaquer le régime du droit commun sur le droit international ; l'assimilation conduirait à des glissements regrettables dont quelques balbutiements sont perceptibles.

140. **Vers une négation de la primauté du droit international ?** L'assimilation pourrait notamment constituer une incitation à nier la primauté du droit international. Dans le système français, le droit international conventionnel prime les règles internes de nature infra-constitutionnelle⁵⁵¹. C'est ce qui résulte notamment de l'article 55 de la Constitution⁵⁵², interprété en ce sens depuis les arrêts *Jacques Vabre* et *Nicolo*⁵⁵³. Et si cette primauté est plus incertaine pour le droit international coutumier⁵⁵⁴ – quoiqu'elle soit peut-être en passe d'être expressément reconnue par la Cour de cassation⁵⁵⁵ –, il n'en demeure pas moins que le droit de source internationale est de toute manière traité en tant que tel par le système juridique français, et selon

un État en voie de constitution ? », *D.* 2004, p. 219 s.), v. J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 10^e éd., Montchrestien, 2012, *passim* et not. p. 3 et 7 ; v. déjà C. Constantinidès-Mégret, *Le droit de la communauté économique européenne et l'ordre juridique des États membres*, LGDJ, 1967, p. 10 s.

⁵⁵¹ Pour les règles de source constitutionnelle, une divergence existe entre les juridictions internes (qui affirment la primauté des dispositions constitutionnelles) et les juridictions internationales (qui affirment la primauté du droit international). Pour les premières, v. CE Ass., 30 oct. 1998, *Sarran, Levacher et a.*, n° 200.286, *Lebon* p. 368, ainsi que Ass. plén. 2 juin 2000, *Fraisse*, n° 99-60.274, *Bull. AP*, n° 4. Pour les secondes, v. not. CPJI 3 févr. 1932, *Traitément des prisonniers de guerre à Dantzig* (un « État ne saurait invoquer sa propre constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur »), ou encore CJCE 15 juill. 1964, *Costa c. ENEL*. Pour une proposition d'explication du caractère insoluble de cette divergence, v. D. Alland, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international », *RFDA* 1998, p. 1094 s.

⁵⁵² Il dispose que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». V. aussi l'article 26 de la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités : intitulé « *Pacta sunt servanda* », il dispose que « tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ». Dans le prolongement, son article 27 dispose qu'« une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ».

⁵⁵³ Ch. mixte, 24 mai 1975, *Soc. des cafés Jacques Vabre*, n° 73-13.556, *Bull. mixte*, n° 4 ; *GAJC* t. 1, 12^e éd., 2007, n° 3, et les références citées – CE Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, n° 108.243, *Lebon* p. 190 s., concl. P. Frydman ; *GAJA* 17^e éd., 2009, n° 93, et les références citées. Après de célèbres tumultes, la jurisprudence est désormais fixée, quelle que soit la nature de la règle de source internationale ou celle de la règle interne infra-constitutionnelle. La Cour de cassation put même voir dans cette primauté un « principe » susceptible de fournir sa substance à un visa (v. par ex. Civ. 1^{re}, 13 oct. 1993, n° 91-19.655, *NPB* : « Vu le principe de la primauté du droit communautaire » [v. aussi les neuf autres arrêts rendus à cette même date]).

⁵⁵⁴ Dans un arrêt *Aquarone*, le Conseil d'État a estimé qu'aucune disposition de valeur constitutionnelle « ne prescrit ni n'implique que le juge administratif fasse prévaloir la coutume internationale sur la loi en cas de conflit entre ces deux normes » (CE Ass., 6 juin 1997, *Aquarone*, n° 148.683, *Lebon* p. 206 s., concl. G. Bachelier ; *JCP G* 1997, II, 22945, note G. Teboul) ; il est en effet incontestable que l'article 55 de la Constitution ne concerne que les « traités et accords » (pour la confirmation de cette jurisprudence et l'extension aux principes généraux de droit international, CE 28 juill. 2000, *Paulin*, n° 178.834, *Lebon* p. 317 s.). Il est pourtant à noter que le Conseil d'État se borne à constater qu'aucune disposition constitutionnelle ne l'habilite à faire prévaloir la coutume internationale sur la loi, mais il ne pose explicitement aucune hiérarchie au bénéfice de la seconde. Comp. la solution avec l'alinéa 14 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, qui fait partie du bloc de constitutionnalité et qui dispose que « la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ».

⁵⁵⁵ V. Civ. 1^{re}, 28 nov. 2012, n° 12-30.090, *Bull. civ.* I, n° 245, qui, « vu la coutume internationale », casse un arrêt d'appel qui avait fait application d'un article du code civil. *Adde* Civ. 1^{re}, 27 févr. 2013, n° 12-30.004, *NPB*. Avant ces arrêts, certains purent se demander si la Cour de cassation ne serait pas plus favorable à la primauté de la coutume sur le droit interne infra-constitutionnel (not. P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, 2013, n° 329, se référant aux interprétations de Crim. 13 mars 2001, n° 00-87.215, *Bull. crim.*, n° 64).

des considérations fort éloignées de celles liées au droit commun⁵⁵⁶. Or, rapprocher le droit international du droit commun n'incite-t-il pas à transposer au premier des éléments du régime du second, notamment dans les rapports entre droit international (assimilé à du « droit commun ») et droit interne (assimilé à du « droit spécial ») ? À pousser ce rapprochement au bout de sa logique, la solution la plus évidente serait de faire primer le droit interne (« spécial ») sur le droit international (« commun ») – *specialia generalibus derogant* – ou, à tout le moins, de reconnaître une option entre les deux corps de règles, comme tel est parfois le cas entre droit commun et droit spécial⁵⁵⁷, en contradiction avec les principes ci-dessus rappelés. Les conséquences, désastreuses, tiendraient à l'effacement de la primauté du droit international. Un État serait alors libre de ne pas respecter comme bon lui semblerait ses engagements internationaux, sans que quoi que ce soit puisse lui être reproché : il lui suffirait d'édicter une loi contraire et de se prévaloir de l'autorité de l'adage *specialia generalibus derogant* ; le droit international « commun » s'appliquerait, sauf là où il y aurait des règles nationales « spéciales », lesquelles primeraient alors.

141. **Exemples de glissements.** L'hypothèse ne relève pas de la fiction pure. Elle est, notamment, proche de celle souhaitée par la délégation française à l'origine du « projet de convention-cadre relative au droit commun du commerce international » à la CNUDCI (1970). Il était proposé d'instituer le droit international sur de nouvelles bases, en faisant des règles de source internationale le « droit commun », tout en permettant aux États d'édicter des règles nationales expression d'une dérogation à ce « droit commun », à charge pour eux de signaler « quelles règles ils substituent, sur ces points, aux dispositions du “droit commun” »⁵⁵⁸. C'est ainsi, encore, que certains auteurs souhaitent voir ce droit international qualifié de droit commun « s'appliquer dans un État particulier, à moins qu'il n'existe une loi spécifique »⁵⁵⁹ – une simple « loi spécifique » permettrait alors de contourner impunément le droit international. C'est un effet pervers à redouter de l'assimilation entre droit international et droit commun : un glissement subreptice vers la négation de la primauté du droit international.

142. **Une expression inappropriée pour désigner le droit international.** En somme, l'assimilation introduit insidieusement une confusion regrettable quant au régime des règles de source internationale, considérées comme « de droit commun », face aux règles internes, considérées comme « spéciales »⁵⁶⁰. Assimiler la notion de droit international à celle de droit

⁵⁵⁶ V. par ex. les motifs de l'arrêt *Aquarone* précité, fort éloignés, explicitement comme implicitement, de toute considération relative à un quelconque droit commun.

⁵⁵⁷ Sur l'adage *specialia generalibus derogant* dans les rapports entre droit commun et droit spécial, v. *infra*, n° 168 s. ; sur l'option parfois reconnue, v. *infra*, n° 172 s.

⁵⁵⁸ R. David, « Les méthodes de l'unification », in *Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain*, Economica, 1982, p. 304 s., spéc. p. 309. Pour les détails, v. le projet, reprod. in *ibid.*, p. 332 s.

⁵⁵⁹ W. Tetley, « *The general maritime law - The lex maritima (with a brief reference to the ius commune in arbitration law and the conflict of laws)* », *Syracuse journal of international law* 1994, vol. 20, p. 105 s. (20 SYRJLC 105), spéc. p. 108 (trad. libre).

⁵⁶⁰ 1) La question de la primauté n'en est pas le seul exemple : le droit commun, du fait de ses propriétés, est nécessairement subsidiaire (v. *infra*, n° 88 s.). Or, que signifierait d'affirmer que le droit international est subsidiaire ? L'idée est un non-sens. Soit, en effet, elle signifie que le droit international s'applique à défaut des autres règles internes dans les États qui l'acceptent et cela revient une fois encore à nier la primauté du droit international ; c'est en outre absurde, car le droit international a souvent un champ matériellement plus restreint que le droit interne (comp. par ex. la convention de Vienne de 1980 et les articles 1582 et suivants du code civil), si bien qu'on ne voit pas *pourquoi* et *comment* le droit international serait subsidiaire. Soit elle signifie que le droit international s'applique à défaut de règles adéquates dans les États qui ne l'ont pas accepté (par exemple, appliquer le droit de l'Union

commun revient ainsi à réintroduire le flou là où il avait pourtant été dissipé, au seul avantage d'un constat d'évidence qu'elle permet de rappeler, mais que personne ne conteste – constat selon lequel le droit international est *partagé* par les États qui l'acceptent, « commun » à ceux-ci⁵⁶¹. Les logiques du droit international et du droit commun sont distinctes. C'est qu'en réalité – et il s'agit là d'un point fondamental –, les notions de droit commun et droit spécial ne conviendraient pas pour caractériser les rapports entre deux systèmes juridiques différents, comme tel est le cas ici – droit international et droit interne⁵⁶². La logique des rapports entre droit commun et droit spécial ne pourrait avoir lieu que dans le cadre d'un même système⁵⁶³, et non dans les interactions d'un système avec un autre⁵⁶⁴. Qualifier le droit international de « droit commun » et les droits internes de « droits spéciaux » revient à mélanger deux systèmes dont l'articulation ne relève absolument pas de la logique opposant droit commun et droit spécial⁵⁶⁵. Il n'est, dès lors, pas étonnant que l'assimilation ne soit pas familière aux principaux spécialistes de droit de l'Union et de droit international public⁵⁶⁶.

européenne à la Suisse, dans les vides laissés par le droit interne suisse, alors même que cet État n'est pas membre de l'Union), et cela est exclu, car cette « subsidiarité » interviendrait en violation des règles fondatrices du droit international public (notamment, « les règles de droit liant les États procèdent [...] de la volonté de ceux-ci » [CPJI, 7 sept. 1927, affaire du *Lotus*, Rec. série A, n° 10, p. 18] ; toute règle de source internationale repose sur son acceptation, directe ou indirecte, par l'État auquel elle est appliquée). Enfin, le « principe de subsidiarité » en droit de l'Union, consacré par l'article 5 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, apparaît fort éloigné de la problématique du droit commun. Il s'entend d'une subsidiarité de *l'action des autorités* ; il est donc très éloigné de la subsidiarité du droit commun, car la subsidiarité du droit commun s'entend d'une subsidiarité de *la norme*. V. not. A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, thèse Paris II, 2011, n° 3 s., spéc. n° 6 s. *Adde*, sur la consécration conventionnelle de la subsidiarité résultant des protocoles 15 et 16 à la CEDH, F. Sudre, « La subsidiarité, “nouvelle frontière” de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP* 2013, 1086.

2) *Adde* le fait que, conséquence du terrain gagné par l'assimilation en doctrine, certains auteurs commenceraient à lire les rapports entre droit de l'Union et droit interne sous le prisme des relations entre droit commun et droit spécial ; v. partic. C. Minet-Letalle, « Le droit commun de l'Union européenne et le droit social », in *Les nouvelles échelles du droit commun*, dir. M. Boumghar et V. Durand, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 127 s. : l'auteur estime qu'« Au sein du droit social, l'application de l'adage “ce qui est spécial déroge à ce qui est général” permet [...] la reconnaissance d'un droit spécial national qui peut déroger au droit commun de l'Union européenne [...] (I). Le droit national doit en conséquence se voir appliquer le régime du droit spécial, en opposition avec le régime du droit général qui a vocation à s'appliquer au droit commun de l'Union européenne (II). »

⁵⁶¹ V. not. J. Verhoeven, « Considérations sur ce qui est commun : cours général de droit international public (2002) », *RCADI* t. 334, Martinus Nijhoff, 2008, p. 9 s., *passim* (fait notable cependant, l'auteur ne recourt jamais à la notion de « droit commun » pour exprimer l'idée). Le droit international, qu'il soit mondial ou régional, reste du *droit international*. Relever qu'il est commun entre les États qui l'acceptent n'apporte rien, puisque cette propriété est déjà impliquée dans la notion de règle de source internationale.

⁵⁶² V. partic. M. Delmas-Marty, *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel, 2^e éd., 2005, p. 15, qui évoque un droit commun qui « ne se situera pas dans un seul système, mais au croisement de plusieurs systèmes ». Pour la réfutation, v. not. « La fragmentation du droit international », rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, dir. M. Koskeniemi, ONU, 2006. V. spéc. « Conclusions des travaux du Groupe d'étude de La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », ONU, 2006, spéc. n°s 1 et 6.

⁵⁶³ Par exemple, le droit français, le droit espagnol, le droit canadien, ou encore le droit international. Sur la notion de système, v. par ex. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 2004, p. 346 s. ; R. Gassin, « Système et droit », *RRJ* 1981, p. 353 s. ; J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 10^e éd., Montchrestien, 2012, p. 18 s. ; *APD* 1986, t. 31, *Le système juridique*. V. aussi J. Raz, *The concept of a legal system - An introduction to the theory of legal system*, 2^e éd., Oxford et New York, Clarendon Press et Oxford University Press, 1980.

⁵⁶⁴ Par exemple le droit international avec le droit français, ou le droit canadien avec le droit français.

⁵⁶⁵ Sur ces rapports, *adde* M. Virally, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », in *Le droit international en devenir - Essais écrits au fil des ans*, PUF, 1990, p. 103 s.

⁵⁶⁶ 1) Outre les traités classiques, parmi lesquelles figurent les références précitées, v. J. Verhoeven, « Considérations sur ce qui est commun : cours général de droit international public (2002) », *RCADI* t. 334, Martinus Nijhoff, 2008, p. 9 s., qui ne fait nulle part mention du droit commun.

143. **Une assimilation à éviter.** Il est ainsi permis de se demander si, paradoxalement, les auteurs qui utilisent le droit commun pour désigner le droit international ne desserviraient pas ce dernier alors même qu'ils entendent le servir⁵⁶⁷. La qualification de « droit commun » semble se retourner contre l'objectif poursuivi et, loin de résorber la « crise du droit international » parfois évoquée⁵⁶⁸, elle pourrait contribuer à l'alimenter en semant le trouble dans la définition comme dans le régime du droit international. L'assimilation semble devoir être évitée.

B. Recouvrements ponctuels entre droit commun et droit de source internationale

144. **Précisions : recouvrements de fait entre droit commun et droit international.** Quoiqu'il ne s'agisse pas de cela dans l'assimilation ci-dessus présentée entre droit commun et droit de source internationale, deux précisions peuvent ici être apportées, tenant aux recouvrements de fait, ponctuels, entre les deux notions.

145. **Utilisation de la technique du droit commun par l'ordre international.** Cette absence d'identité entre droit commun et droit de source internationale ne signifie pas, d'une part, que l'ordre international ne connaît pas l'articulation entre droit commun et droit spécial. Comme un certain nombre de systèmes juridiques, il la connaît et l'utilise parfois – toutefois, alors ce n'est pas le droit international dans son ensemble qui est qualifié de droit commun, mais seulement les règles les plus générales, qui ne sont par ailleurs pas opposées à des règles émanant d'ordres internes⁵⁶⁹, mais à d'autres règles de l'ordre international. Par exemple, dans une décision *AMOCO International finance corporation contre Iran*, le Tribunal des différends irano-américains avait décidé qu'« en tant que *lex specialis* applicable aux relations entre les deux pays, le traité prime sur la *lex generalis*, en l'occurrence le droit international coutumier »⁵⁷⁰. Il ne

2) Il est d'ailleurs significatif qu'à l'occasion des commentaires de la proposition de règlement sur la vente, les auteurs n'insistent pas sur l'expression de « droit commun européen » contenue dans le titre, et se contentent d'en commenter le contenu effectif, comme n'importe quelle proposition de règlement de l'Union (v. par ex. A.-S. Choné-Grimaldi, « La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente », *CCC* avr. 2012, étude 6, p. 5 s. ; B. Fauvarque-Cosson, « Vers un droit commun européen de la vente », *D.* 2012, p. 34 s. ; V. Heuzé, « Le technocrate et l'imbécile - Essai d'explication du droit commun européen de la vente », *JCP G* 2012, 750, p. 1225 s. ; G. Paisant, « La proposition d'un droit commun de la vente ou l'espéranto contractuel de la Commission européenne », *JCP G* 2012, 560). *Adde* M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., PUF, 2012, p. 40 ; P.-H. Antonmattei et J. Raynard, *Droit civil - Contrat spéciaux*, 7^e éd., LexisNexis, 2013, n° 247.

⁵⁶⁷ Constat paradoxal en effet lorsqu'on se souvient que c'est le progrès qui justifierait la promotion du « droit commun international ». V. par ex. M. Delmas-Marty, « Réinventer le droit commun », *D.* 1995, chron. p. 1 s. V. aussi l'exposé des motifs de la proposition de règlement du Parlement et du Conseil relatif à un droit commun de la vente du 11 octobre 2011, COM (2011) 635 final, not. p. 4 : « L'objectif général de la proposition est d'améliorer l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur [...]. Cet objectif peut être réalisé par l'élaboration d'un corps autonome et uniforme de règles en matière contractuelle comprenant des dispositions destinées à protéger les consommateurs, le droit commun européen de la vente ». V. encore la proposition de convention-cadre pour un droit commun du commerce international à la CNUDCI (1970).

⁵⁶⁸ Pour reprendre l'expression de M. Virally, « Le droit international en question », in *Le droit international en devenir - Essais écrits au fil des ans*, PUF, 1990, p. 13 s., spéc. p. 13.

⁵⁶⁹ Comme tel est le cas dans l'assimilation entre droit commun et droit de source internationale.

⁵⁷⁰ Cité in « La fragmentation du droit international », rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, dir. M. Koskeniemi, ONU, 2006, n° 100.

s’agit pas ici d’une assimilation entre droit commun et droit international, mais d’une simple utilisation de la technique du droit commun par l’ordre international.

146. **Appartenance dans l’ordre interne d’une règle de source internationale au droit commun d’une institution.** L’absence d’identité ne signifie pas non plus, d’autre part, que du point de vue d’un droit interne, une règle de source internationale ne puisse être considérée comme relevant du droit commun. Par exemple, en droit français, une partie substantielle du droit commun de la vente internationale de marchandises est exprimée dans la convention de Vienne du 11 avril 1980. Dans cette situation, il n’y a aucune assimilation entre droit international et droit commun – ces règles ne sont pas qualifiées de « communes » parce qu’elles sont de source internationale –, mais le simple constat que, du point de vue d’un ordre interne, une règle de source internationale peut, du fait de son domaine d’application, relever du droit commun de telle ou telle institution⁵⁷¹. Ces hypothèses ne connaissent pas véritablement de spécificité par rapport au fonctionnement de la notion de droit commun.

147. **Conclusion de chapitre.** Certaines assimilations parfois proposées avec le droit commun peuvent être rejetées sur le fondement du critère de généralité absolue : si les règles de droit commun revêtent une généralité absolue, tel n’est pas nécessairement le cas des règles relevant, par exemple, du code civil, du droit civil, du droit privé, du droit des obligations, du droit dit « courant », ou même du droit de source internationale.

148. **Conclusion de titre.** Ce qui fait que le droit commun est « commun » tient dans sa généralité absolue : pour une institution donnée, il concerne toutes les situations susceptibles de se présenter. Cette généralité absolue s’exprime techniquement par le fait que les règles de droit commun ont un domaine d’application indéfini. Ici se trouve le second critère de définition du droit commun. Cette propriété permet en outre d’expliquer la vocation subsidiaire générale du droit commun : il est obligatoire de l’appliquer à une situation qui ne relèverait d’aucune autre règle applicable, puisque, par hypothèse, il inclut cette situation dans son domaine d’application dépourvu de limite. Le critère de généralité absolue du droit commun conduit à exclure un certain nombre d’assimilations avec le droit commun, parmi lesquelles le code civil, le droit civil, le droit « courant », ou encore le droit de source internationale. Si ces notions renvoient bien à des phénomènes juridiques positifs, elles n’apparaissent cependant pas liées, comme le droit commun, au critère de généralité absolue manifesté par un domaine d’application indéfini. Il reste à mettre en œuvre la définition dégagée.

⁵⁷¹ Cependant, peut-être n’est-il pas même toujours pertinent de relever cette qualification, dans la mesure où ces règles seront traitées, sur le plan du régime, non pas comme des règles de droit commun, mais comme des règles de source internationale (régime de l’article 55 de la Constitution, etc.). Sur la primauté de la logique de la hiérarchie des normes sur celle du droit commun, *adde* not. *infra*, n° 447.

TITRE III – ÉLÉMENTS DE MISE EN ŒUVRE

149. **Concrétiser la définition du droit commun.** La définition dégagée – le droit commun est composé des règles juridiques au domaine d’application indéfini – ne semble pas permettre, à elle seule, de déterminer comment le droit commun est utilisé concrètement. Un certain nombre de questions restent en suspens. Comment expliquer que puisse à la fois être évoqué, par exemple, le droit commun des contrats, le droit commun de la vente, le droit commun de la vente mobilière, ou encore le droit commun des sociétés et le droit commun des sociétés commerciales ? Comment envisager les rapports entre ce qui pourrait apparaître comme « différents » droits communs ? Comment rendre compte de ce qu’« une norme qualifiée de “spéciale” par rapport à une autre constituant le droit commun, [...] peut faire figure de droit commun par rapport à une troisième »⁵⁷² ? Qu’en est-il de l’affirmation selon laquelle le droit commun emprunterait de « nouvelles échelles »⁵⁷³ ? Ou encore, comment comprendre que le droit commun, même répondant à cette définition unique, soit utilisé selon les cas pour désigner les règles applicables à un lieu⁵⁷⁴ et pour désigner les règles applicables à une matière⁵⁷⁵ ?

150. **Plan.** À travers deux idées, les présents développements voudraient contribuer à ébaucher une réponse à ces questions. D’abord, le droit commun apparaît comme un concept relatif (Chapitre I). Ensuite, il connaît deux applications distinctes, le *droit commun territorial* et le *droit commun matériel* (Chapitre II).

⁵⁷² B. Saintourens, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse Bordeaux I, 1986, n° 28. Rapp. C. Larroumet et A. Aynès, *Introduction à l’étude du droit*, 6^e éd., Economica, 2013, n° 91. *Adde* G. Chantepie, « Les conflits entre droits particuliers, manifestations d’une dissolution d’un rapport au droit commun en droit privé ? », in *Les nouvelles échelles du droit commun*, dir. M. Boumghar et V. Durand, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 51 s.

⁵⁷³ *Les nouvelles échelles du droit commun*, dir. M. Boumghar et V. Durand, Bruxelles, Larcier, 2013.

⁵⁷⁴ C’est à cela que feraient notamment référence l’article 1393, alinéa 1^{er}, du code civil, qui vise « le droit commun de la France », ou la décision du Conseil constitutionnel du 5 août 2011 dans laquelle fut dégagé un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République tenant à ce que « tant qu’elles n’ont pas été remplacées par les dispositions de droit commun ou harmonisées avec elles, des dispositions législatives et réglementaires particulières aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle peuvent demeurer en vigueur » (n° 2011-157 QPC, consid. n° 4).

⁵⁷⁵ Y feraient par exemple référence l’article 428 du code civil, qui renvoie au « droit commun de la représentation », ou encore la section qui contient les articles 2333 et suivants du même code, intitulée « du droit commun du gage ».

Chapitre I – La relativité du droit commun

151. **Un concept relatif.** L'idée est souvent avancée⁵⁷⁶ : le droit commun est un concept *relatif* – ou encore « relationnel »⁵⁷⁷. Et de fait, selon le point de vue, une règle semble pouvoir être considérée comme de droit commun ou non⁵⁷⁸. Comment nier par exemple que, si les règles relatives à la garantie des vices cachés posées par les articles 1641 et suivants du code civil sont de droit commun relativement à la vente, elles sont en revanche spéciales relativement au contrat ? Sous ces évidences se cachent des questions difficiles accompagnées d'affirmations en apparence paradoxales : un droit spécial serait parfois aussi droit commun ou pourrait le devenir⁵⁷⁹, un droit spécial pourrait sécréter son propre droit commun⁵⁸⁰, un droit commun pourrait n'être pas si commun⁵⁸¹, ou encore, écrivent les professeurs Collart Dutilleul et Delebecque, « le droit commun se spécialise »⁵⁸², et même, selon les termes du professeur Supiot, « il n'existe [...] pas un droit commun mais plusieurs »⁵⁸³.

152. **Plan.** Contrairement peut-être aux premières apparences, la « relativité » du droit commun n'est pas incompatible avec sa généralité absolue⁵⁸⁴. À quoi renvoie-t-elle ? Dans une approche fréquente, la relativité signifierait que le droit commun ne pourrait être envisagé sans droit spécial corrélatif ; cette conception apparaît toutefois discutable (Section I). La relativité du droit commun semble plutôt renvoyer à l'idée selon laquelle en droit positif, le droit

⁵⁷⁶ Par ex. C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 3.

⁵⁷⁷ « La fragmentation du droit international », rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, dir. M. Koskeniemi, ONU, 2006, n° 222.

⁵⁷⁸ Rappr. J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 s., spéc. p. 281 ; P. Le Cannu, « Existe-t-il une société de droit commun ? », in *Mélanges M. Jeanin*, Dalloz, 1999, p. 247 s., spéc. n° 1.

⁵⁷⁹ Par exemple, l'idée est souvent avancée selon laquelle le « droit spécial » du contrat de consommation est aussi « droit commun » (v. not. F. Bérenger, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, t. 1, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, n° 19, « Un droit spécial commun »). Pour des références générales, v. R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron. p. 91 s., n° 16 s. ; J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 s., spéc. p. 287 ; F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 s., spéc. p. 932. Rappr. J.-P. Gridel, *Introduction au droit et au droit français*, 2^e éd., Dalloz, 1994, p. 654 : « une même règle peut être, *distributivement, spéciale* face à une autre, mais *générale* si on la rapporte à d'autres encore ». V. aussi J. Raynard, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », *RDC* 2006, p. 597 s., spéc. p. 599 (qui vise « ce qui, général dans le monde du spécial, n'entre pourtant pas dans le droit commun » des contrats).

⁵⁸⁰ V. par ex. M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, 2004, n° 14 ; R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron. p. 91 s., n° 16 s. (« Les lois spéciales, dispositions créatrices de droit commun ») et n° 22, p. 98 (il existe « un grand nombre [de règles spéciales] qui contribuent déjà à la formation d'un droit commun nouveau »). Pour des illustrations en droit des contrats : P. Puig, « Pour un droit commun spécial des contrats », in *Mélanges Jacques Foyer*, Economica, 2007, p. 825 s.

⁵⁸¹ P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, 4^e éd., Montchrestien, 2012, n° 2 : « le droit commun des sociétés n'est le plus souvent que "partiellement commun" ».

⁵⁸² F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 8.

⁵⁸³ A. Supiot, « La contribution du droit social au droit commun des contrats », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé*, dir. A. Wijffels, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 47 s., spéc. p. 49. V. aussi Ph. Malaurie, « Les dix premières années de notre siècle et le droit civil », *JCP G* 2010, 427, n° 7 ; et, posant la question, B. Oppetit, « La décodification du droit commercial », in *Mélanges R. Rodière*, Dalloz, 1981, p. 197 s., spéc. p. 203.

⁵⁸⁴ V. supra, n° 64 et la note : la relativité du concept (lien avec une institution juridique) n'empêche pas la généralité absolue des règles qu'il désigne (domaine d'application indéfini de celles-ci au sein de l'institution concernée).

commun ne peut être envisagé en lui-même, mais toujours rattaché à une institution de référence – par exemple, le contrat, le gage, la responsabilité civile, la prescription extinctive (Section II).

Section I – Ce que n’est pas la relativité du droit commun : droit commun et droit spécial

153. **Plan.** Selon une conception souvent retenue, la relativité du droit commun consisterait en ce que le droit commun aurait besoin du droit spécial pour exister : on ne pourrait parler de droit commun que s’il existe, corrélativement, du droit spécial. À l’examen, la position semble discutable, car il apparaît que du droit commun peut exister sans droit spécial et réciproquement. La relativité du droit commun ne semble donc pouvoir renvoyer à une dépendance à l’égard du droit spécial, puisque cette dernière se révélerait inexistante (§ I). Pour autant, si droit commun et droit spécial n’apparaissent pas intrinsèquement liés, il reste que, dans une étude du droit commun, le droit spécial est indispensable et mérite un certain nombre de remarques (§ II).

§ I – Absence de dépendance du droit commun à l’égard du droit spécial

154. **Inexistence du droit commun sans droit spécial ?** La conception est répandue : le droit commun serait relatif en ce qu’il n’existerait que par rapport au droit spécial ; il n’existerait que si le droit spécial existe lui-même⁵⁸⁵. Le droit commun serait un « terme juridique indéfinissable autrement que par rapport à une autre réalité, celle du droit spécial »⁵⁸⁶, ou encore, « les droits spéciaux définissent en creux le droit commun »⁵⁸⁷. En d’autres termes, le droit commun ne saurait exister sans droit spécial, et réciproquement : ces notions seraient « relatives

⁵⁸⁵ Par exemple : F. Bérenger, *Le droit commun des contrats à l’épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, t. 1, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, n° 6 (« le droit commun admet de manière nécessaire et systématique des dérogations ») ; B. Saintourens, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse Bordeaux I, 1986, n°s 16 et 27-28 ; A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, thèse Paris II, 2011, n° 47 ; H. Lécuyer, *La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille*, thèse Paris II, 1993, n° 396 ; Ph. Dubois, préf. à A. Ballot-Léna, *La responsabilité civile en droit des affaires - Des régimes spéciaux vers un droit commun*, LGDJ, 2008, p. XI (« le droit commun porte en lui le droit spécial, comme le principe appelle l’exception »). V. aussi J.-L. Thireau, « L’avènement de la comparaison des droits en France », in *Comparer les droits, résolument*, dir. P. Legrand, PUF, 2009, p. 597 s., spéc. p. 599. Rapp. « La fragmentation du droit international », rapport du groupe d’étude de la Commission du droit international, dir. M. Koskeniemi, ONU, 2006, n° 112 (« une règle n’est jamais “générale” ou “spéciale” dans l’abstrait, elle l’est en relation avec une autre règle ») ; A. Wijffels, « Qu’est-ce que le *ius commune* ? », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 643 s., spéc. p. 643.

⁵⁸⁶ Ph. Brun, « Les mots du droit de la responsabilité : esquisse d’abécédaire », in *Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2007, p. 117 s., spéc. p. 121, V° « Droit commun (de la responsabilité) ». Et réciproquement, une règle ne pourrait être spéciale que par rapport à une autre : c’est ainsi que d’aucuns affirment qu’« une règle est spéciale au regard d’une autre règle lorsqu’elle vise une catégorie entièrement imbriquée dans la catégorie visée par cette dernière » (É. Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, LGDJ, 2011, n° 792).

⁵⁸⁷ B. Saintourens, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse Bordeaux I, 1986, n° 27. Pour les tenants de cette opinion, droit commun et droit spécial seraient ainsi des « concepts liés », qu’« il n’est pas question de définir séparément », et que « pris seul, un régime n’est pas un régime de droit commun, pas plus qu’il ne peut être un régime particulier » (M. Poumarède, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, n° 17). Rapp. A. Rivard, « La notion du “droit commun” » *La Revue du droit*, vol. 3, n° 6, févr. 1925, p. 257 s. (3 R. du D. 257), spéc. p. 263, qui estime « qu’il serait peut-être plus exact de définir le droit commun : une règle juridique applicable dans tous les cas dont la solution n’est pas autrement déterminée par quelque loi particulière ».

car elles ne se conçoivent pas abstraction faite l'une de l'autre»⁵⁸⁸. Cette conception de la relativité semble pourtant pouvoir être discutée.

155. **Le droit commun peut exister sans droit spécial.** D'abord, il apparaît que le droit commun peut exister sans droit spécial. D'une part, une définition du droit commun qui ne recourrait pas au droit spécial est concevable : pour une institution donnée, le droit commun est composé des règles juridiques dont le domaine d'application est indéfini. Preuve que le droit spécial n'apparaît pas *nécessaire* pour définir le droit commun. Ce dernier peut aussi, d'autre part, pratiquement exister sans droit spécial : dans les faits, il peut exister du droit commun sans droit spécial corrélatif ; rien ne lui fait alors perdre sa qualification de droit commun. Par exemple, l'article 8 du code de procédure civile relève du droit commun du procès civil – il est inclus dans un livre contenant les « dispositions communes à toutes les juridictions » et dans un chapitre intitulé « principes directeurs » –, et dispose que « le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige ». Or, cet article conserve sa qualification de règle de droit commun en dépit de ce qu'il ne connaît pas de règle spéciale y dérogeant : il reste, pour le procès civil, une *règle juridique dont le domaine d'application est indéfini*, une règle de droit commun⁵⁸⁹. L'opinion selon laquelle il n'existerait de droit commun que si, réciproquement, il existe du droit spécial, apparaît discutable : quand bien même une règle de droit commun ne serait confrontée à aucune règle spéciale, elle reste de droit commun, puisqu'elle conserve ses propriétés – juridicité et domaine d'application indéfini⁵⁹⁰.

156. **Le droit spécial peut exister sans droit commun.** Ensuite, il semble qu'il puisse réciproquement exister du droit spécial sans droit commun⁵⁹¹. Un exemple : de l'article 2219 du code civil, il se déduit que la prescription extinctive concerne potentiellement tous les droits subjectifs ; pourtant, aucun délai ne concerne tous ces droits prescriptibles, chacun ne concernant que des catégories définies de droits subjectifs (actions personnelles et mobilières, actions réelles immobilières, actions des professionnels contre les consommateurs, etc.) ; les

⁵⁸⁸ N. Delegove, *Le droit commun et le droit spécial*, thèse Paris II, 2011, n° 14 ; il en résulterait une « impossibilité de dégager un sens autonome à chacune des notions » (*ibid.*).

⁵⁸⁹ Ce n'est qu'un exemple parmi d'autres. On pourrait encore songer à la règle posée par l'article 1134, alinéa 3, du même code, qui dispose que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi ».

⁵⁹⁰ Il reste d'ailleurs des intérêts de régime à qualifier de « droit commun » une règle qui ne serait confrontée à aucune règle spéciale. Une telle règle, parce qu'elle reste de droit commun, doit obligatoirement être appliquée à tous les cas de figure qui se présenteraient (c'est son domaine indéfini qui le commande). Le contraire revient à la violer par refus d'application. En d'autres termes, sur le plan du régime, il n'existe pas que la question des *rapports entre droit commun et droit spécial* ; en faire l'unique question existante procéderait d'une vision partielle.

⁵⁹¹ 1) *Contra* : R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron. p. 91 s., spéc. n° 4, p. 92 ; M. Poumarède, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, n° 17 (« il apparaît évident qu'il ne peut exister de règles particulières à défaut de règles de droit commun »).

2) La situation de l'exception est tout à fait différente : il ne peut exister d'exception s'il n'existe pas, corrélativement, de principe auquel cette exception déroge (en revanche, il peut tout à fait exister un principe non assorti d'exception : celui-ci resterait un principe, entendu comme une règle de droit qui contient des consignes générales pour le fonctionnement d'une institution, qui en contient l'esprit et en guide la marche – *contra*, H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p. 262, pour lequel un principe ne peut en être un que s'il y existe, corrélativement, des exceptions [addé Ph. Dubois, préf. à A. Ballot-Léna, *La responsabilité civile en droit des affaires - Des régimes spéciaux vers un droit commun*, LGDJ, 2008, p. XI, pour lequel « le principe appelle l'exception »]).

délais existants sont donc spéciaux, sans qu'aucun véritable délai de droit commun n'existe⁵⁹². Du droit spécial peut donc exister même non confronté au droit commun.

157. **Synthèse : la relativité n'est pas la dépendance réciproque du droit commun et du droit spécial.** Il peut exister du droit commun sans droit spécial, de même qu'il peut exister du droit spécial sans droit commun. La relativité du droit commun ne signifie donc pas que le droit commun serait, dans son existence, dépendant du droit spécial. Tout au plus pourra-t-on observer que sur le plan des définitions, celle du droit spécial est logiquement l'inverse de celle du droit commun : pour une institution donnée, le droit spécial regroupe toutes les règles juridiques dont le domaine d'application est défini, limité⁵⁹³. Au-delà, les notions sont souvent en contact et opposées l'une à l'autre⁵⁹⁴, et le couple forme une *summa divisio* : tout ce qui n'est pas commun est spécial – ce qui n'implique pas, encore une fois, l'inexistence de l'un sans l'autre. Des remarques sur le droit spécial s'imposent donc.

§ II – Remarques sur le droit spécial

158. **Plan.** En dépit des constats précédents, le droit spécial est souvent en rapport avec le droit commun. Des observations sur la notion de droit spécial (A), sur son régime juridique (B), ainsi que sur les cas dans lesquels il existe un rapport de commun à spécial entre deux règles et les cas où il n'en existe pas (C), sont ici nécessaires.

A. La notion de droit spécial

159. **Droit spécial : règles juridiques au domaine d'application limité.** La définition du droit spécial apparaît comme l'inverse de celle du droit commun – mais sans pour autant qu'elle implique dans sa formulation de recourir à la notion de droit commun. Le droit spécial, parce qu'il est du *droit*, est composé lui aussi de règles juridiques ; mais, parce qu'il est *spécial*, il est composé des règles juridiques qui ont un *domaine d'application défini, limité*. En d'autres termes, pour une institution donnée, le droit spécial est composé des règles juridiques dont le domaine d'application est limité – dont le domaine ne couvre pas tous les cas possibles qui

⁵⁹² V. *infra*, n° 566 s.

⁵⁹³ V. juste *infra*. Et il convient d'observer que, bien qu'étant, de fait, la définition inverse de celle du droit commun, la définition du droit spécial ne s'appuie aucunement sur la définition du droit commun dans sa formulation.

⁵⁹⁴ La distinction est-elle, comme cela est parfois soutenu (v. not. R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron. p. 91 s., spéc. n° 2, p. 91 ; C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 2), développée par Aristote ? Les propos de l'auteur semblent plus proches d'une autre distinction : celle de la norme générale et de son application particulière. Par exemple, dans l'*Éthique à Nicomaque*, Aristote estime d'abord que « la loi est toujours universelle » cependant que « sur certains points, il n'est pas possible de s'exprimer correctement en termes généraux », et ensuite que dans les cas où il est « impossible de légiférer », cela « entraîne le besoin d'un décret », entendu comme l'outil de « l'indéterminé » (trad. R. Bodéüs, Paris, GF Flammarion, 2004, livre V, p. 281-282 [1137 b 11-24 et 27-32] – v. aussi, pour une analyse de passages de la *Rhétorique*, M. Villey, « Deux conceptions du droit naturel dans l'Antiquité », *RHDFE* 1953, p. 475 s., spéc. p. 478). Dans une comparaison syncrétique et anachronique exprimée dans des termes empruntés au droit français, il pourrait s'agir davantage de la distinction entre « loi » et « décret d'application ».

entrent dans le champ de cette institution. Ainsi, « le droit spécial a un champ par nature limité »⁵⁹⁵ – et peut-être même *par essence* limité.

160. **Illustration.** Par exemple, les articles 2351 à 2353 du code civil concernent le gage « portant sur un véhicule automobile » ; ils ne couvrent pas tous les cas possibles puisque, aux termes de l'article 2233 du code civil, le gage est susceptible de concerner tout meuble corporel. Par rapport au gage, leur domaine d'application est *limité, défini* ; ce sont des règles spéciales⁵⁹⁶.

161. **Précision : une somme de règles spéciales identiques ne fait pas une règle de droit commun.** À la lumière de ces éléments et contrairement à une idée répandue⁵⁹⁷, il apparaît qu'une somme de règles spéciales identiques dans leur solution ne donne jamais naissance à une règle de droit commun⁵⁹⁸. La similitude de règles au domaine limité, défini quant à la solution qu'elles prévoient, ne permet pas de *nover* cette somme de règles spéciales en une règle de droit commun, au domaine d'application indéfini : en dépit de l'identité des solutions consacrées par plusieurs règles spéciales, le domaine d'application de chaque règle reste limité, circonscrit à une hypothèse particulière. Ainsi, par exemple, il n'existe pas de droit commun de la responsabilité du fait d'autrui entre les personnes publiques et les personnes privées, mais seulement deux règles spéciales, l'une née de l'office du juge administratif et valant pour la responsabilité des personnes publiques (arrêt *Thouzellier*)⁵⁹⁹, et l'autre née de l'interprétation par la Cour de cassation de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du code civil, et valant pour la responsabilité des

⁵⁹⁵ F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 s., spéc. p. 940. Dans le même sens, v. A. Rivard, « La notion du “droit commun” » *La Revue du droit*, vol. 3, n° 6, févr. 1925, p. 257 s. (3 R. du D. 257), spéc. p. 263 : le droit commun « est indéfini dans son application, tandis que le droit particulier est nécessairement déterminé ». A. Jeammaud, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, thèse Lyon III, 1975, n° 378, p. 673 : « peu importe qu'une loi déroge à la règle générale ou se borne à l'appliquer : le seul fait que son champ d'application est plus limité suffit à lui attribuer le caractère de loi spéciale ».

⁵⁹⁶ V. par ex. E. Le Corre-Broly, « Le gage sur véhicule automobile source d'interrogations », *D.* 2014, p. 440 s.

⁵⁹⁷ V. par ex. É. Baron, « Existe-t-il un droit pénal commun ? », *Dr. pénal* sept. 2013, dossier 2 ; P. Puig, « Pour un droit commun spécial des contrats », in *Mélanges Jacques Foyer*, Economica, 2007, p. 825 s., spéc. p. 834 : l'auteur présente comme des « droits communs » des contrats « les règles, principes et solutions qui, sans être nécessairement fondées sur les mêmes dispositions, se retrouvent d'un contrat à l'autre, sinon à l'identique, du moins sous un résultat comparable ». Or, ces règles ne semblent pas pouvoir recevoir la qualification de *communnes* : quelle que soit la règle étudiée, elle reste, par son domaine d'application, *formellement spéciale* à chaque contrat concerné. V. encore G. Cornu, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, Reims, Matot-Braine, 1951, *passim*. Pour d'autres exemples, v. par ex., sous l'Ancien Régime, la question de la somme des coutumes et du droit commun coutumier, *infra*, n° 287 s. ; et, pour la question actuelle du droit commun des sûretés, *infra*, n° 587 s.

⁵⁹⁸ Autrement dit, ici, les parties ne sont égales qu'à leur somme (un ensemble de règles spéciales), et non à quelque chose de différent (une règle de droit commun) : chaque règle demeure spéciale, sans que la somme de règles spéciales permette de faire naître une règle de droit commun.

⁵⁹⁹ CE Sect., 3 févr. 1956, *Ministre de la Justice c. Thouzellier, Lebon* p. 49-50 ; *AJDA* 1956, II, p. 96, obs. F. Gazier ; *D.* 1956, jur. p. 596 s., note J.-M. Auby ; *JCP G* 1956, II, 9608, note D. Lévy ; *RDP* 1956, p. 854 s., note M. Waline (l'État doit répondre des dommages causés par les pensionnaires d'un établissement d'éducation surveillée).

personnes privées (arrêt *Blicek*)⁶⁰⁰. De la même manière qu'un tas de feuilles ne fait pas un arbre⁶⁰¹, une somme de règles spéciales ne fait pas une règle de droit commun⁶⁰².

162. **Déduction : plusieurs degrés de spécialité.** Il se déduit également de la définition du droit spécial que, contrairement au droit commun, le droit spécial est susceptible de degrés. Les règles spéciales, qui disposent d'un domaine d'application limité, ne sont pas d'une généralité absolue ; mais elles peuvent être d'un degré de généralité plus ou moins élevé. Par exemple, pour les voies d'exécution, l'article L. 611-1 du code des procédures civiles d'exécution, qui fixe des « dispositions communes » aux départements d'outre-mer, est spécial, mais moins que les articles L. 612-1 et suivants, qui sont applicables au seul département de Mayotte ; quant à l'article L. 111-3, il est de droit commun, car son domaine d'application est indéfini.

163. **Typologie sommaire des règles spéciales.** En outre, la définition de la règle spéciale ne l'assimile pas à la règle exceptionnelle⁶⁰³ : une règle spéciale peut certes être exceptionnelle⁶⁰⁴ (c'est-à-dire dérogoire au droit commun) ; elle peut aussi être non exceptionnelle⁶⁰⁵ (c'est-à-dire non dérogoire au droit commun, soit qu'elle le reproduise ou y

⁶⁰⁰ Ass. plén. 29 mars 1991, *Blicek*, n° 89-15.231, *Bull. AP*, n° 1 ; *GAJC*, t. 2, 12^e éd., 2008, n° 227-229 ; *D.* 1991, jur. p. 324 s., note C. Larroumet ; *Gaz. Pal.* 1992, 2, p. 513 s., note F. Chabas ; *JCP G* 1991, II, 21673, concl. Dotenwille, note J. Ghestin ; *RTD civ.* 1991, p. 541 s., obs. P. Jourdain (l'association gérant un centre destiné à recevoir des personnes handicapées mentales encadrées dans un milieu protégé doit répondre des dommages causés par ces personnes).

⁶⁰¹ L'image est empruntée à M. Virally, « Sur la prétendue “primitivité” du droit international », in *Le droit international en devenir - Essais écrits au fil des ans*, PUF, 1990, p. 91 s., spéc. p. 96 (« un tas de feuilles n'est pas un arbre »).

⁶⁰² Un enjeu de cette précision : dans le cas où une situation donnée ne serait pas précisément régie par l'une des règles spéciales existantes, il ne peut alors être fait application de l'une de ces règles spéciales pour régir cette situation, puisque cela reviendrait à appliquer une règle à une hypothèse qu'elle ne prévoit pas et, donc, à la violer par fautive application. Sur une telle hypothèse d'aporie et des solutions envisageables, v. *infra*, par ex. n° 601 s.

⁶⁰³ V. déjà M. Poumarède, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, n° 20. Comp., n'opérant aucune distinction entre les deux types de règles spéciales, considérant indistinctement comme exceptionnelles toutes les règles qui « sortent » du droit commun : F. Murlon, *Répétitions écrites*, t. 1, 9^e éd. par C. Demangeat, Marescq, 1873, n° 88, p. 63.

⁶⁰⁴ C'est la forme la plus classique du droit spécial : dans ce cas, la règle spéciale est « une disposition dérogoire à la règle générale dans une série de cas déterminés » ; elle est « une exception » (R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron. p. 91 s., spéc. n° 5, p. 92-93).

⁶⁰⁵ V. not. A. Jemmaud, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, thèse Lyon III, 1975, n° 359, p. 610 : « toute relation entre une règle spéciale et une règle générale n'est pas nécessairement relation de contrariété » ; v. aussi n° 378, p. 673 : « peu importe qu'une loi déroge à la règle générale ou se borne à l'appliquer : le seul fait que son champ d'application est plus limité suffit à lui attribuer le caractère de loi spéciale ». V. encore É. Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, LGDJ, 2011, n° 867 : « le rapport de spécialité n'est pas nécessairement une relation d'opposition » ; notamment, « la règle spéciale peut tout à fait compléter la règle générale, concourir à son application ». Il est également concevable que des règles spéciales « rappellent seulement les règles du droit commun » (R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron. p. 91 s., spéc. n° 5, p. 93). Rapp. « La fragmentation du droit international », rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, dir. M. Koskeniemi, ONU, 2006, n° 88 : « En droit, le rapport entre une règle particulière et une règle générale peut se nouer de deux façons. Une règle particulière peut être considérée comme une *application* de la règle générale dans certaines circonstances. [...] On peut aussi considérer que la règle spéciale *modifie* la règle générale, la *remplace* ou *l'écarte* ». Adde H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999, n° 152, « *Generalia specialibus non derogant* », p. 296 s., spéc. p. 297 : « la loi spéciale, *ad speciem*, ou bien prolonge la loi générale dans ses applications particulières, ou bien crée une zone dérogoire à la loi générale pour des espèces déterminées » ; L. Robine, *L'interprétation des textes exceptionnels*, thèse Bordeaux, 1933, not. p. 18 et p. 24.

renvoie, soit qu'il n'existe pas de droit commun auquel comparer la règle spéciale) – on y reviendra⁶⁰⁶.

B. Le régime du droit spécial

164. **Interprétation stricte ; primauté.** Deux aspects du régime du droit spécial peuvent être précisés. D'une part, l'interprétation stricte du droit spécial en présence de règles plus générales apparaît obligatoire. D'autre part, la primauté du droit spécial sur le droit commun n'apparaît, quant à elle, pas répondre à une stricte nécessité de technique juridique.

165. **L'interprétation stricte du droit spécial.** La règle spéciale est de droit strict⁶⁰⁷. Cette directive d'interprétation, largement appliquée et reconnue⁶⁰⁸, signifie que le droit spécial doit être appliqué dans toute la mesure de son domaine d'application, mais dans cette *seule* mesure – appliquer le droit spécial à toutes les hypothèses qu'il vise, mais aux seules hypothèses qu'il vise. L'interprétation stricte revient à « l'interdiction de l'extension du champ d'application de la norme »⁶⁰⁹. Elle vaut pour toute règle spéciale, exceptionnelle⁶¹⁰ ou non⁶¹¹. C'est ce que la

⁶⁰⁶ Pour des développements sur ces deux catégories, v. *infra* : celles-ci se greffent sur la distinction, structurante, entre droit spécial territorial (n° 368 s.) et droit spécial matériel (n° 663 s.).

⁶⁰⁷ Ou de droit étroit, ce qui reviendrait au même (J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, *Introduction - Les personnes - La famille*, PUF, « Quadrige », 2004, n° 107). Un passage du Sexte de Boniface VIII (1298) contient déjà une expression claire de cette consigne : « *quæ a jure communi exorbitant, nequaquam ad consequentiam sunt trabenda* », ce qui peut être traduit par « ce qui s'écarte du droit commun ne doit nullement être étendu » (*De regulis juris*, XXVIII [trad. libre]).

⁶⁰⁸ 1) V., pour un exemple en jurisprudence, Civ. 2^e, 20 nov. 1974, n° 73-12.640, *Bull. civ.* II, n° 302 : « une disposition dérogatoire au droit commun [...] ne saurait être étendue au cas qu'elle ne prévoit pas ». *Adde*, pour les juridictions judiciaires : Req. 26 juill. 1928, *S.* 1929, 1, p. 70-71 – Soc. 13 nov. 1959, *JCP G* 1960, II, 11450, note G.-H. Camerlynck. Et, pour les juridictions administratives, CE Sect., 22 nov. 1963, *Sieur Sibels*, n° 49.405, *Lebon* p. 570 s. – TC 16 nov. 1964, *Sieur Clément*, *Lebon* p. 796-797 – CE 29 oct. 1997, *Association départementale des amis et parents d'enfants inadaptés des Hautes-Pyrénées*, n° 164.667 – CAA Marseille, 29 mai 2007, n° 04MA01926.

2) Et, en doctrine, parmi des références abondantes, v. not. M. Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois - Essai de méthodologie*, thèse Paris II, 2007, *passim* ; F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 s., spéc. p. 935 ; C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *RD A* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 10 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, *Introduction - Les personnes - La famille*, PUF, « Quadrige », 2004, n° 107. V. déjà J. Domat, *Traité des loix*, chap. 12, n° 19, p. XXV, in *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, nouv. éd., Bailly, 1777, et *Les loix civiles*, livre I, titre I, sect. 2, n° 16, p. 8.

⁶⁰⁹ M. Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois - Essai de méthodologie*, thèse Paris II, 2007, n° 115. *Adde* F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 s., spéc. p. 935 : le droit spécial doit être appliqué « dans la stricte mesure de sa finalité et de son champ d'application, de sa spécialité ».

⁶¹⁰ 1) En jurisprudence, v. par ex. Civ. 2^e, 30 juin 1971, *D.* 1971, p. 477, décidant que, parce qu'une disposition « spéciale » est « dérogatoire au droit commun en la matière », elle « doit être interprétée restrictivement et ne saurait trouver application en dehors du cas visé ».

2) En doctrine, v. not. R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron. p. 91 s., spéc. n° 10, p. 94 (« si la disposition est exceptionnelle, elle doit être restreinte au cas pour lequel elle est établie ») ; F. Mourlon, *Répétitions écrites*, t. 1, 9^e éd. par C. Demangeat, Marescq, 1873, n° 88, p. 63. V. aussi M. Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois - Essai de méthodologie*, thèse Paris II, 2007, et les auteurs cités, not. n° 51 s.

⁶¹¹ 1) Cela apparaît techniquement bien assis (v. juste *infra*). Quant à son origine en outre, c'est notamment l'expression d'un adage parfois cité, d'où il ressort que *jus commune extendi, jus singulare restringi debet* (not. C.-J. de Ferrière, *Dictionnaire de droit et pratique*, 3^e éd., t. 1, Brunet, 1749, V° « Droit commun », p. 768 ; don J. Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Garnier, 1876, V° « Derecho común », p. 551). V. aussi L. Robine, *L'interprétation des textes exceptionnels*, thèse Bordeaux, 1933, p. 17 s. (qui remarque que « nullement, au Digeste, il n'est question de textes exceptionnels » [p. 24], mais que la directive d'interprétation concerne plus exactement les règles de *jus singulare*, règles spéciales).

2) Pourtant, la nécessité d'interpréter strictement les règles spéciales non exceptionnelles n'est pas toujours admise en doctrine. Bien souvent, le contraire est enseigné (par ex. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec,

chambre des requêtes de la Cour de cassation mentionna : « l'application des lois spéciales doit être strictement renfermée dans les limites fixées par leurs dispositions »⁶¹².

166. **Illustration.** Par exemple, l'article L. 114-1 du code des assurances pose un délai spécial de prescription de deux ans pour « toutes les actions dérivant d'un contrat d'assurance » ; l'interprétant dans toute l'étendue de son domaine d'application, la jurisprudence applique notamment le texte à « toutes actions » en justice sans distinction quant au juge saisi⁶¹³ ; mais l'application du texte ne peut en revanche être étendue aux actions dérivant d'un contrat qui ne répondrait pas aux critères de l'assurance⁶¹⁴.

167. **Le caractère obligatoire de l'interprétation stricte du droit spécial en présence de règles plus générales.** L'interprétation stricte apparaît obligatoire lorsque la règle spéciale se trouve en présence d'une règle plus générale⁶¹⁵. Techniquement liée à la subsidiarité des règles plus générales, elle répond à la nécessité de ne pas empiéter sur l'applicabilité de celles-ci. Interpréter strictement une règle spéciale est obligatoire parce qu'il faut respecter l'obligatoire subsidiarité de toute règle plus générale que la règle spéciale considérée. Or, si la règle spéciale était appliquée au-delà de son strict domaine d'application, cette subsidiarité ne serait pas respectée, outre que la règle spéciale serait appliquée à un cas qu'elle ne prévoit pas⁶¹⁶. Ne pas respecter l'interprétation stricte du droit spécial confronté à des règles plus générales aboutit donc à une double violation des règles de droit : une violation de la règle spéciale, d'abord, par fausse

1999, n° 418, p. 844 [« naturellement, l'interprétation stricte n'a de raison d'être que dans la mesure où la loi spéciale réalise une véritable dérogation à la loi générale »] ; C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *RD A* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 10 ; *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, V° « Droit commun », par J.-L. Thireau, PUF, « Quadrige », 2003, p. 446). Il nous semble que l'absence d'interprétation stricte d'une règle spéciale, même conforme au droit commun, conduirait à une double violation des règles en présence (la règle spéciale par fausse application, et la règle de droit commun par refus d'application), en plus de donner lieu à une complexité inutile (pourquoi vouloir étendre l'application de la règle spéciale, alors qu'il suffit d'appliquer directement la règle de droit commun, prévue à cet effet, et qui fixe par hypothèse une solution identique ?).

⁶¹² Req. 26 juill. 1928, *S.* 1929, 1, p. 70-71.

⁶¹³ Civ. 1^{re}, 20 mars 1990, n° 88-10.702, *NPB* ; *RGAT* 1990, p. 370 s., note R. Bout (assignation en référé-provision) – Civ. 1^{re}, 31 mai 2007, n° 06-15.699, *Bull. civ.* I, n° 210 (assignation en référé aux fins de désignation d'un expert) – Civ. 1^{re}, 18 déc. 2002, n° 99-17.975, *Bull. civ.* I, n° 310 (action en paiement intentée devant une juridiction étrangère). Sur cette tendance, v. H. Groutel, *D.* 2006, panor. p. 1784 s., spéc. p. 1786-1787. En revanche, la jurisprudence tendant à limiter l'application de ce texte aux seules demandes en justice pourrait apparaître critiquable : aux termes de certains arrêts, les défenses ne pourraient se voir appliquer le texte (v. not. Civ. 1^{re}, 11 janv. 1989, n° 87-17.025, *Bull. civ.* I, n° 5 – Civ. 3^e, 14 févr. 2007, n° 05-21.987, *Bull. civ.* III, n° 22) ; elles relèvent pourtant, aux termes de l'article 30 du code de procédure civile, du droit d'action en justice, visé par l'article L. 114-1 du code des assurances.

⁶¹⁴ Aucune hypothèse d'application jurisprudentielle de cet article ne concernant par exemple directement – cela apparaît évident – un contrat de vente ou un contrat de transaction.

⁶¹⁵ C'est à défaut seulement d'une telle règle générale (qui peut être de droit commun, ou même d'un degré de généralité moindre) que l'interprète qui doit trouver une solution est autorisé à recourir, par exemple, à l'interprétation extensive, par analogie, de la solution posée par la règle spéciale ; v. par ex. *infra*, n° 626 s.

⁶¹⁶ Soit une règle qui s'applique à « chien ou chat » et une autre qui s'applique à « tout animal » ; il est obligatoire d'appliquer la première règle à un cas concret « chien » ou « chat », mais il est interdit de l'appliquer à un cas concret « poisson » ou « vache » dans la mesure où, pour ces cas, c'est la deuxième règle qui prend le relais et doit être appliquée obligatoirement. Il n'en irait différemment que s'il n'existait qu'une seule règle, applicable à « chien ou chat », et qu'aucune règle plus générale n'existait : alors, il serait permis à l'interprète de recourir à d'autres méthodes, notamment de transposer par analogie, le cas échéant, les solutions prévues pour « chien » et « chat », à un cas « poisson » ou « vache » (sur le recours à des méthodes d'interprétation telles l'analogie, v. *infra*, n° 626 s.).

application⁶¹⁷ ; une violation de la règle plus générale, ensuite, par refus d'application⁶¹⁸. Pour ces raisons, l'interprétation stricte du droit spécial en présence de règles plus générales apparaît techniquement obligatoire⁶¹⁹.

168. **La primauté du droit spécial.** La primauté du droit spécial renvoie au fait qu'en cas de coexistence d'une règle spéciale et d'une règle plus générale – qui peut être de droit commun ou moins générale –, la préférence doit être donnée à la règle spéciale : ce sont ses dispositions qu'il convient d'appliquer en premier⁶²⁰. La solution, particulièrement fréquente⁶²¹, est inspirée de l'adage *specialia generalibus derogant*⁶²².

⁶¹⁷ Car, appliquée au-delà de son domaine d'application, la règle spéciale est appliquée à une situation qu'elle ne prévoit pas – à une situation « qu'elle ne devait pas régir » (J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, 4^e éd., Dalloz, 2009, n° 72.31).

⁶¹⁸ Car la règle de droit commun n'est pas appliquée, alors qu'elle avait pourtant vocation, par définition, à s'appliquer subsidiairement à la situation considérée. Rapp. E. Faye, *La Cour de cassation* (1903), rééd. La Mémoire du droit, 1999, n° 111, p. 127 : « la fausse application d'une loi par extension correspond généralement à la violation d'un autre texte ». Adde J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, 4^e éd., Dalloz, 2009, n° 72.31.

⁶¹⁹ 1) Ainsi, la position qui soutient que « l'interprétation stricte des exceptions [...] n'est pas justifiée en technique juridique » (F. Bérenger, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, t. 1, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, « Positions », p. 675, n° 5) apparaît discutable.

2) Une justification complémentaire, de politique juridique, peut-être donnée. Elle est soufflée par le Digeste, dans un fragment rédigé sous la plume de Paul : le droit spécial, ou particulier, est celui qui a été introduit contre la raison pour la satisfaction de besoins particuliers (Dig., 1, 3, 16 [Paulus] ; « *Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est* ») ; parce qu'elle est instituée pour des situations particulières et, peut-être, contre la raison, la règle spéciale doit donc être interprétée strictement, c'est-à-dire qu'elle doit être appliquée à ces seules situations particulières.

⁶²⁰ 1) Contrairement à ce qui est parfois affirmé, la primauté du droit spécial ne reviendrait donc pas toujours à l'exclusion du droit commun : la primauté implique simplement de lire en premier la règle spéciale et d'appliquer ce qu'elle commande ; or, parfois, la règle spéciale appellera la règle de droit commun en complément, parce qu'elle n'en est qu'une application particulière, et que le droit commun contient la directive générale (v. *infra*, par ex. n° 508 s.). Rapp. C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 15, et les références citées.

2) La question est fréquemment posée de savoir si la règle spéciale « abroge » tacitement la règle de droit commun. Estimant que tel est le cas, v. not. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, *Introduction - Les personnes - La famille*, PUF, « Quadrige », 2004, n° 107, p. 196 ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. 1, *Introduction générale à l'étude du droit*, 2^e éd., Sirey, 1972, n° 104, p. 182. C'est discutable : la primauté « ne provoque aucune abrogation, même partielle, mais intervient au niveau du conflit de compétence entre la règle spéciale et la règle générale opposées » (A. Jeammaud, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, thèse Lyon III, 1975, n° 379, p. 678) ; « l'étendue du champ d'application de la règle initiale atteinte par la règle spéciale postérieure n'a rien à voir avec l'effet de celle-ci sur la validité de celle-là », si bien qu'« une règle spéciale postérieure ne fait [...] pas disparaître la règle générale antérieure [...]. Elle suspend seulement son application dans le champ d'application qu'elle vise spécialement » (É. Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, LGDJ, 2011, n°s 876 et 882). En ce sens : qu'une règle spéciale vienne à disparaître, et la règle de droit commun retrouve automatiquement son application (dans le même sens, É. Untermaier, *op. cit.*, n° 882 – pour un exemple, CE 26 sept. 2001, *Société Mediasur*, n° 231.227, *Lebon T.*, p. 824-825 et 1095) ; si la règle de droit commun avait été abrogée, c'eût été impossible.

⁶²¹ 1) D'abord, la jurisprudence y recourt fréquemment. V. par ex. Ass. plén. 12 juill. 2000, n° 98-10.160, *Bull AP*, n° 8 : « les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil » (pour une analyse détaillée, v. J. Traullé, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, LGDJ, 2007 – adde B. de Lamy, « Les tribulations de l'article 1382 du Code civil au pays de la liberté d'expression », in *Mélanges Ph. le Tourneau*, Dalloz 2007, p. 275 s. ; J. Bigot, « L'éradication de l'article 1382 du code civil dans le champ de la liberté d'expression », note sous Civ. 1^{re}, 10 avr. 2013, *D.* 2014, p. 131 s.). V. aussi Civ. 1^{re}, 28 nov. 2012, n° 11-26.508, *Bull. civ.* I, n° 247 ; *BICC* 15 mars 2013, n° 460 : la règle de prescription la plus spéciale – en l'occurrence, celle posée par l'article L. 137-2 du code de la consommation – s'applique pour les droits nés d'un contrat de crédit immobilier consenti par un professionnel à un consommateur : elle prime les règles plus générales). V. encore Com. 28 janv. 1992, n° 90-13.706, *Bull. civ.* IV, n° 43 : « attendu que le Tribunal énonce à bon droit que la loi générale ne déroge pas à la loi spéciale » – Com. 4 déc. 1984, n° 82-10.688, *Bull. civ.* IV, n° 330 – Soc. 10 déc. 1970, n° 69-10.854, *Bull. civ.* V, n° 717 – CE 27 juin 1979, n° 12.450, *Lebon T.* – CA Paris, 17 avr. 1992, *Bull.*

169. **Opportunité de la primauté.** En opportunité, la primauté du droit spécial apparaît souvent adaptée. La raison ne semble pas tant tenir à ce que la règle spéciale serait nécessairement mieux adaptée à la situation qu'elle régit que la règle de droit commun⁶²³ – position qui ne résiste pas toujours à l'épreuve des faits⁶²⁴ –, qu'à la circonstance selon laquelle ne pas accorder la primauté à la règle spéciale la priverait, *de facto*, de son effectivité⁶²⁵, ce qui manquerait de cohérence, puisque cette applicabilité potentielle légitime son existence. Par définition en effet, la règle spéciale vise un domaine moins vaste que les règles plus générales ; or,

Joly 1992, p. 953 s., note J.-J. Daigre : lorsqu'un « texte édict[e] un régime spécial de responsabilité dérogatoire au droit commun, ce dernier n'a plus vocation à s'appliquer, tout cumulé devant être exclu ».

2) Ensuite, le législateur la consacre parfois expressément : c'est ainsi manifestement à cette primauté du droit spécial sur le droit commun que pensait le législateur en édictant les articles 2223 du code civil pour la prescription extinctive, ou 2354 du même code pour le gage. *Adde* l'article 1837 du code civil, qui prévoit que « les dispositions du présent chapitre sont applicables à toutes les sociétés s'il n'en est autrement disposé par la loi en raison de leur forme ou de leur objet », ou l'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques, qui fait la « réserve de dispositions législatives spéciales ».

⁶²² 1) Adage qui signifie « ce qui est spécial déroge à ce qui est général ». Certains auteurs estiment que l'adage ainsi formulé remonterait au Sexte, recueil de décrétales promulgué par Boniface VIII en 1298. Néanmoins, d'une part, le Sexte ne semble pas contenir la formulation indiquée, mais la formule proche « *Generi per speciem derogatur* » (*De regulis juris*, XXXIV). En outre et d'autre part, la même consigne est retrouvée autrement formulée dans des textes antérieurs, et notamment dans le Digeste : « *In toto iure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est* » (Dig., 50, 17, 80 [Papinien]) ; « *Semper specialia generalibus insunt* » (Dig., 50, 17, 147 [Gaius]).

2) L'adage est parfois formulé *generalia specialibus non derogant*. Aucune différence tangible ne semble exister entre ces deux adages, qui expriment la même idée (pour une tentative de distinction, v. cep. N. Delegove, *Le droit commun et le droit spécial*, thèse, Paris II, 2011, n° 331). En outre, la formulation « *specialia generalibus derogant* » sera préférée à celle, parfois rencontrée, de « *lex specialis derogat legi generali* », car elle est plus vaste : elle ne vise pas que la loi, mais potentiellement toute règle de droit, quelle qu'en soit la source.

3) La primauté du droit spécial est le volet explicite, élémentaire, des solutions suggérées par l'adage ; la subsidiarité des règles plus générales – qui, elle, est obligatoire – peut être envisagée comme le second volet, implicite, de l'adage.

⁶²³ La position est fréquente. Pour certains en effet, si la règle spéciale existe et prime, c'est qu'elle est censée mieux adaptée à la situation particulière qu'elle appréhende que ne l'est la règle de droit commun et qu'il convient donc, pour cette raison, d'en favoriser la primauté sur la règle de droit commun. V. not. A. Siri, « Des adages *lex posterior derogat priori* et *specialia generalibus derogant*. Contribution à l'étude des modes de résolution des conflits de normes en droit français », *RRJ* 2009, p. 1781 s., spéc. n° 38, qui évoque « une présomption de meilleure adaptation du texte spécial au cas particulier en cause ». V. aussi F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 s., spéc. p. 935 : le droit spécial régit souvent « un type de situation que le droit commun seul ne permet pas d'organiser de façon suffisante ou efficace ». V. encore B. Saintourens, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse Bordeaux I, 1986, n° 108, et les références citées. V. déjà H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix* (cité in « La fragmentation du droit international », rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, dir. M. Koskeniemi, ONU, 2006, n° 59). Rapp. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, *Introduction - Les personnes - La famille*, PUF Quadrige, 2004, n° 107, p. 196. *Adde* N. Bobbio, « Des critères pour résoudre les antinomies », in *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, Bruylant-LGDJ, 1998, p. 89 s., spéc. p. 97 : « la supériorité de la règle spéciale sur la générale, est l'expression de l'exigence du chemin de la justice, qu'il nous plaît d'imaginer comme allant de l'abstrait au concret, de la légalité à l'équité » (v. aussi p. 102).

⁶²⁴ 1) En effet, le caractère plus adéquat du droit spécial pourrait relever largement du mythe. Par exemple, sur le gage, la doctrine estime que les « réglementations spéciales » sont d'une utilité « douteuse » depuis la réforme réalisée par l'ordonnance du 23 mars 2006 (ici, par ex., *Rép. civ.* Dalloz, *V°* « Gage », par P. Crocq, 2007, n° 18 ; v., en dernier lieu, C. Gijsbers, « L'exclusion du droit commun du gage par le régime spécial du gage des stocks », *RLDC* n° 103, avr. 2013, étude 5047, p. 26 s.). *Adde infra*, par ex. n° 754.

2) La raison ne tiendrait pas davantage à ce que la règle spéciale serait impérative (v. not. H. P. Glenn, « La Disposition préliminaire du Code civil du Québec, le droit commun et les principes généraux du droit », *Les cahiers de droit*, t. 46, 2005, p. 339 s., spéc. p. 351-352). L'affirmation est en effet discutable, car elle repose sur une assimilation entre, d'une part, subsidiarité et « supplétivité » et, d'autre part, primauté et impérativité. Ces notions ne se recoupent pas nécessairement ; une règle peut être spéciale et supplétive, spéciale et impérative, de droit commun et supplétive, ou de droit commun et impérative (v. aussi *supra*, n° 86).

⁶²⁵ Sur cette idée, v. par ex. N. Delegove, *Le droit commun et le droit spécial*, thèse, Paris II, 2011, n° 389. V. aussi J.-P. Tosi, « Exclusivité du droit spécial ? L'exemple de la responsabilité du transporteur aérien », in *Mélanges Y. Serra*, Dalloz, 2006, p. 431 s., spéc. n° 2, p. 432.

si elle ne les prime pas, elle apparaît alors largement inutile⁶²⁶, ses hypothèses d'applications étant déjà restreintes par définition. C'est donc là l'ingéniosité du mécanisme : faire primer, de deux règles considérées, celle qui a le domaine d'application le plus restreint. La solution prend en compte les caractéristiques respectives du droit commun (qui, s'il ne prime pas face à la règle spéciale, pourra toujours s'appliquer en dehors, du fait de son domaine indéfini) et du droit spécial (qui, en raison de son domaine d'application limité, doit primer, sous peine d'une utilité sensiblement diminuée). En somme, la primauté repose sur « un certain bon sens »⁶²⁷. Si elle est souvent opportune, elle ne trouverait pourtant pas directement un fondement de technique juridique incontestable.

170. **La primauté non obligatoire sauf texte.** Au-delà d'un constat statistique selon lequel dans la très grande majorité des cas, juge et législateur recourent à la primauté du droit spécial, aucune nécessité de technique juridique ne semble imposer celle-ci comme une solution exclusive⁶²⁸. La primauté n'est pas de l'essence du droit spécial. Elle n'apparaît obligatoire que lorsqu'elle est consacrée spécifiquement par un texte, tel l'article 2223 du code civil pour la prescription extinctive⁶²⁹. En dehors, la primauté du droit spécial reposerait sur le fondement d'un adage, *specialia generalibus derogant*, qui n'a en lui-même aucune force juridique contraignante. Il ne revêt en effet qu'une valeur persuasive, une autorité morale⁶³⁰ ; il est

⁶²⁶ Rapp. N. Delegove, *Le droit commun et le droit spécial*, thèse Paris II, 2011, n° 278 ; H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999, n° 418, p. 845 (alors, la règle spéciale « ne trouverait aucun terrain sur lequel s'exercer »). C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 15, juge « bien faible » cet argument tenant à la « volonté de préserver l'efficacité de la règle spéciale ». L'argument repose pourtant sur une logique convaincante : pourquoi une règle spéciale existe-t-elle, si c'est pour être happée par les règles plus générales même dans son domaine d'application restreint, alors qu'il s'agit précisément là de sa seule arme ? S'il y a une règle spéciale plutôt que rien, c'est probablement pour qu'elle trouve une application prioritaire dans le cadre de son domaine d'application restreint ; l'omettre revient à retirer de la cohérence à l'auteur de la règle spéciale : si sa volonté était d'édicter une règle inutile, « que diable allait-il faire dans cette galère ? » (Molière, *Les fourberies de Scapin*, II, 7).

⁶²⁷ P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, 2013, n° 293.

⁶²⁸ Contrairement, par exemple, à la subsidiarité du droit commun ou à l'interprétation stricte du droit spécial en présence de règles plus générales. Comp. not. J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, p. 193 (« les lois spéciales excluent les lois générales dans les limites de leur domaine d'application ») ; R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron. p. 91 s., spéc. n° 2, p. 91 (« dans le domaine de l'application des lois, on admet en principe que les lois spéciales excluent les lois générales dans la sphère de leur compétence »).

⁶²⁹ Imposée par un texte, la primauté lie alors le juge. Le juge de renvoi après cassation est également « lié » (*de facto*, et même parfois *de jure*, dans le cas prévu aux articles L. 431-4, alinéa 2, du code de l'organisation judiciaire, et 626 du code de procédure civile) par une décision de la Cour de cassation d'appliquer la primauté de la règle la plus spéciale (v. not., pour le gage de stocks : Com. 19 févr. 2013, n° 11-21.763, *Bull. civ.* IV, n° 29, préc. *supra*, n° 16), comme les juges du fond sont généralement liés *de facto* par la position de la Cour de cassation. Cela n'implique donc pas qu'une autorité ne puisse être liée par une autre autorité « hiérarchiquement supérieure », qui aurait (librement) décidé de consacrer la primauté impliquée par l'adage. Cela signifie seulement qu'au moment de décider de la solution du conflit, le législateur est libre, sans contradiction logique ou technique, de s'écarter de la primauté du droit spécial, de même que le juge est libre de s'en écarter lorsqu'aucune disposition ne lui fixe compétence liée.

⁶³⁰ 1) Dans le même sens, v. S. Mauclair, « La force normative de l'adage *specialia generalibus derogant* », in *La force normative*, dir. C. Thibierge, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 223 s., spéc. p. 225 s. ; C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 348 s. et « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 7. Adde G. Lardeux, « "*Specialia generalibus derogant*" ou la simplicité apparente des fausses évidences », obs. sur Civ. 3^e, 28 mai 2008, *RDC* 2008, p. 1251 s. : la primauté du droit spécial sur le droit commun « est fondée sur une maxime d'interprétation du droit et non sur une incompatibilité automatique et irréductible des deux ». Rapp. C. Perelman, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Dalloz, réimpr. 1999, p. 86-87, qui classe l'adage dans les *topiques juridiques* aristotéliens, lesquels offrent « de fournir des raisons permettant d'écarter des solutions non équitables ou déraisonnables ». Adde M. Garcia, « L'autorité des maximes d'interprétation

davantage « un guide d'interprétation qu'une règle contraignante »⁶³¹, et ne lie pas directement le juge ou le législateur. L'adage n'est d'ailleurs jamais appliqué en tant que tel par les juridictions supérieures : il semble absent des décisions du Conseil d'État, et la Cour de cassation ne se réfère pas directement à sa formulation latine⁶³² mais, au mieux, à sa traduction en français⁶³³. Pour le professeur Goldie-Genicon, il s'agirait là d'un signe de ce que le juge de cassation « refuse de reconnaître » la « force contraignante » de l'adage⁶³⁴. Même si les références faites par le juge à des formules équivalentes en français, ou la reproduction de l'adage en latin par des juridictions du fond⁶³⁵, conduisent à relativiser l'argument, il n'en reste pas moins qu'on peut voir dans cette abstention le signe non équivoque d'un refus de viser l'adage – comme est visé, en comparaison et par exemple, « le principe *fraus omnia corrumpit* »⁶³⁶. Un autre argument consiste en ce que l'adage – même dans son équivalent français – et la primauté du droit spécial à laquelle il conduit n'expriment aucun principe ; bien que saisie par des moyens de cassation qui invoquent la violation d'un prétendu « principe *specialia generalibus derogant* », la Cour de cassation s'est toujours ostensiblement gardée d'y réagir et de le mentionner dans des motifs propres⁶³⁷. En l'état, aucun

du droit », in *Les conflits de normes - Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes*, dir. F. Peraldi-Leneuf et S. Schiller, CRDP Lille II et Mission de recherche droit et justice, 2012, p. 106 s.

2) L'affirmation selon laquelle l'adage *specialia generalibus derogant* aurait le statut d'une véritable « norme » du droit français (not. A. Jeammaud, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, thèse Lyon III, 1975, n° 379, p. 677) pourrait ainsi prêter à confusion.

⁶³¹ C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 357. Rapp. des propos de Kelsen sur les méthodes d'interprétation : « d'un point de vue qui ne considère que le droit positif, il n'existe aucun critérium sur la base duquel l'une des possibilités données dans le cadre du droit à appliquer pourrait être préférée aux autres » (*Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 458).

⁶³² 1) Cela ne saurait, du reste, lui être reproché, dans la mesure où l'article 111 de l'ordonnance de Villers-Cotterêts d'août 1539, toujours en vigueur, impose que les jugements soient motivés en français. V. not. Civ. 2^e, 11 janv. 1989, n° 87-13.860, *Bull. civ.* II, n° 11 ; *Gaz. Pal.* 1990, somm. p. 6, obs. S. Guinchard et T. Moussa ; *D.* 1989, somm. p. 181, obs. P. Julien ; *RTD civ.* 1989, p. 619-620, obs. R. Perrot : « Vu [...] l'article 111 de l'ordonnance d'août 1539 ; à peine de nullité, tout jugement doit être motivé en langue française » (cassation de l'arrêt qui avait reproduit le texte d'une clause rédigée en langue anglaise et fondé sa décision sur cette clause « sans préciser la signification » de celle-ci). Cela n'empêche pourtant pas la Cour de cassation de recourir parfois au latin, notamment dans ses visas (v. par ex. Com. 23 févr. 1970, n° 68-13.156, *Bull. civ.* IV, n° 69, qui vise « la règle : *contra non valentem agere non currit prescriptio* – ou encore, Civ. 1^{re}, 4 déc. 1990, n° 88-17.991, *Bull. civ.* I, n° 278 : « vu le principe *fraus omnia corrumpit* »).

2) Elle se réfère pourtant, à une occasion au moins, à l'adage en latin. Cf. Req. 20 mars 1849, *DP* 1849, 1, p. 250 s. ; *GAJC* t. 2, 12^e éd., Dalloz, 2008, n° 304 : « il est de principe que les privilèges spéciaux l'emportent sur les privilèges généraux par suite de la règle *generi per speciem derogatur* » (il n'était cependant pas question ici des rapports entre droit commun et droit spécial, mais de l'assiette des privilèges – de leur objet, non de leur domaine : v. *infra*, n° 681).

⁶³³ V. not. Com. 28 janv. 1992, n° 90-13.706, *Bull. civ.* IV, n° 43 : « attendu que le Tribunal énonce à bon droit que la loi générale ne déroge pas à la loi spéciale » – Com. 4 déc. 1984, n° 82-10.688, *Bull. civ.* IV, n° 330 – Soc. 10 déc. 1970, n° 69-10.854, *Bull. civ.* V, n° 717.

⁶³⁴ C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 356 ; « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 7 (pour les deux dernières citations).

⁶³⁵ V. par ex. CA Montpellier, 20 mai 2008, n° 07/03851 (qui se réfère à « la règle *specialia generalibus derogant* ») – CA Agen, 24 juin 2003, n° 02/699 (« le droit du travail déroge aux règles générales des contrats et notamment à l'article 1134 du Code civil en application du principe : "*specialia generalibus derogant*" ») – CA Versailles, 17 sept. 1999, n° 1997-6577 (qui se réfère à « l'adage "*specialia generalibus derogant*" ») – v. aussi les ex. cités par C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 355. Au regard de l'article 111 de l'ordonnance de Villers-Cotterêts, une telle motivation en latin ne pourrait-elle pas fonder un moyen de cassation toutes les fois que les juges du fond n'expliquent pas sa signification en français ?

⁶³⁶ Not. Com. 6 juill. 1981, n° 79-14.711, *Bull. civ.* IV, n° 303 – Civ. 1^{re}, 4 déc. 1990, n° 88-17.991, *Bull. civ.* I, n° 278 – 4 févr. 1992, n° 90-15.760, *Bull. civ.* I, n° 41.

⁶³⁷ 1) V. par ex. Civ. 2^e, 25 oct. 2006, n° 05-15.408, *Bull. civ.* II, n° 285 – Civ. 2^e, 22 juin 2004, n° 02-19.659, *Bull. civ.* II, n° 303 – Com. 29 juin 1999, n° 97-13.519, *Bull. civ.* IV, n° 140 – Com. 30 juin 1992, n° 90-15.323, *NPB*.

principe de primauté du droit spécial ne paraît reconnu, et aucune qualification de substitution ne semble pouvoir en faire une règle obligatoire ; « l'adage ne fait que suggérer une solution au juge, et ne le lie pas »⁶³⁸.

171. **La primauté non exclusive.** Et de fait, le droit positif ne se résume pas toujours, pour régir la coexistence entre une règle commune et une règle spéciale, à la primauté de la règle spéciale suggérée par l'adage *specialia generalibus derogant*⁶³⁹. D'autres solutions sont retenues dans certains cas (notamment la « primauté » du droit commun, lorsque celui-ci est d'un rang hiérarchiquement supérieur au droit spécial⁶⁴⁰, ou encore des règles de conflit « neutres » inspirées de celles de type Savigny retenues en droit international privé français⁶⁴¹). L'exemple le plus significatif en est l'option entre droit commun et droit spécial⁶⁴².

2) Comp. cep. Com. 23 juin 2009, n° 08-17.643, *NPB* : la cour d'appel n'a pas méconnu « les textes et principes invoqués par le moyen ». Dans la mesure où, en l'espèce, le seul principe invoqué par le moyen était *specialia generalibus derogant*, pourrait-on en voir une consécration implicite ? Il apparaît peu probable que la rédaction de l'arrêt (de rejet, au demeurant non publié) ait été pensée en ce sens ; elle semble une simple reprise des termes et arguments invoqués par le moyen, pour en contester le bien-fondé et rejeter le pourvoi (raisonnement transposable à l'arrêt rendu le même jour par la même chambre, n° 08-17.092, *NPB*).

3) Et s'il a pu arriver à la chambre criminelle de mentionner un « principe *specialia generalibus derogant* », cela ne tiendrait qu'à la rédaction de ses arrêts : il s'agit d'une simple citation du moyen de cassation, que la cour ne reprend pas à son compte et dont elle ne tire d'ailleurs aucune conséquence. V. par ex., dépourvu d'équivoque, Crim. 13 avr. 2010, n° 09-85.776, *Bull. crim.* n° 66 : « Sur le deuxième moyen, pris de la violation du principe *specialia generalibus derogant* [...] ». Les autres arrêts concernés sont construits sur le même modèle (v., mentionnant le « principe *specialia generalibus derogant* » ou, variante de ponctuation, « le principe "*specialia generalibus derogant*" » : Crim. 24 janv. 2012, n° 11-83.174, *NPB* – Crim. 25 oct. 2011, n° 11-80.017, *Bull. crim.* n° 218 – Crim. 13 avr. 2010, n° 09-85.776, *Bull. crim.* n° 66 – Crim. 8 févr. 2006, n° 05-82.894, *NPB* – Crim. 22 mars 1990, n° 89-82.374, *Bull. crim.* n° 128).

4) Enfin, le Conseil d'État ne semble pas avoir eu l'occasion de se prononcer sur la question. *Adde* J. Saison-Demars, « Le juge administratif et les interactions législatives à la lumière de l'adage *lex specialis derogat generali* », in *Les conflits de normes - Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes*, dir. F. Peraldi-Leneuf et S. Schiller, CRDP Lille II et Mission de recherche droit et justice, 2012, p. 118 s.

⁶³⁸ C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 358 (et « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 7). Rapp. É. Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, LGDJ, 2011, n° 786 : « la qualification de règle spéciale n'entraîne pas *ipso facto* l'application de l'adage » (*specialia generalibus derogant*) ; S. Maclair, « La force normative de l'adage *specialia generalibus derogant* », in *La force normative*, dir. C. Thibierge, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 223 s., spéc. p. 232.

⁶³⁹ Dans le même sens, v. A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, thèse Paris II, 2011, n° 152 s. Et, pour le contrat en particulier, C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 326 : « il existe plusieurs systèmes envisageables d'articulation du droit commun et du droit spécial ». Rapp. É. Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, LGDJ, 2011, n° 914.

⁶⁴⁰ En effet, quoique cela puisse, de prime abord, paraître relativement étrange, le droit commun pourrait primer une règle spéciale, toutes les fois que sa place dans la hiérarchie normative est plus haute (v. not. C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 20) ; les rapports sont alors analysés en termes de hiérarchie des normes. Au-delà, on a pu estimer qu'un système qui « ferait prévaloir la règle générale sur la règle spéciale » serait concevable (R. V. Guarinoni, « *Ley especial, posterior y superior* », in *Derecho civil - Parte general - Doctrinas esenciales*, dir. J. C. Rivera, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 405 s., spéc. p. 413 [trad. libre]). S'agirait-il pourtant d'une solution opportune ? Faire primer la règle de droit commun est possible, mais prive les règles spéciales de toute possibilité d'application (v. par ex., sous l'ancien droit, *infra*, n° 443 s. et, pour les règles de source internationale, *supra*, n° 146 [note]). V. aussi B. Saintourens, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse Bordeaux I, 1986, n° 90.

⁶⁴¹ Par exemple, du fait d'une loi du 24 juillet 1921, c'est une telle méthode conflictualiste de type Savigny qui, pour une grande partie, régir les rapports entre droit spécial d'Alsace-Moselle et droit commun de la France (v. *infra*, n° 449 s.). C'est l'exemple d'une méthode de solution réputée neutre et détachée du rapport de commun à spécial (pour cette raison, l'opportunité de la méthode apparaît discutable ; v. *infra*, n° 455 s.).

⁶⁴² A par ailleurs émergé, en droit du travail, un « principe de faveur » (v. not. A. Jeammaud, « Le principe de faveur - Enquête sur une règle émergente », *Dr. social* 1999, p. 115 s.) en vertu duquel « en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application » (v. par ex. Soc. 17 juill. 1996, n°s 95-41.745 et 95-41.313, *Bull. civ.* v, n°s 296 et 297 – Soc. 17 juin 2009, n° 07-41.833, *Bull. civ.* v, n° 156 – v. aussi les décisions citées par

172. **Option entre droit commun et droit spécial.** Les rapports entre les deux corps de règles peuvent ainsi reposer sur la technique de l'option⁶⁴³. En effet, il apparaît possible à l'auteur d'une règle commune et d'une règle spéciale, ou à leur interprète, de les organiser dans le cadre d'un rapport d'option : le choix entre droit spécial et droit commun est alors laissé aux intéressés ou à l'un d'eux. Par exemple, c'est la solution retenue par l'article 1386-18 du code civil pour les rapports entre la responsabilité du fait des produits défectueux et des régimes plus généraux⁶⁴⁴. C'est encore une option qui est ouverte par l'article 1^{er}, alinéa 4, de l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte, qui dispose que « les personnes relevant du statut civil de droit local peuvent soumettre au droit civil commun tout rapport juridique relevant du statut civil de droit local »⁶⁴⁵. La primauté du droit spécial est ici évincée au profit d'une autre solution⁶⁴⁶.

173. **Opportunité de l'option.** L'option peut apparaître opportune une fois rappelé que le droit spécial n'est pas forcément à la source de la solution la mieux adaptée à la situation qu'il régit⁶⁴⁷. Elle reposerait en outre sur une idée de faveur aux bénéficiaires et sur l'idée, libérale, selon laquelle les parties seraient les meilleurs juges des règles qui leur conviennent le mieux. C'est peut-être pourquoi l'option entre droit commun et droit spécial est plutôt bien accueillie en doctrine⁶⁴⁸. Le doyen Carbonnier écrivait que « lorsque le droit positif met deux moyens juridiques à la disposition du même individu, le sens le plus élémentaire de ce double don est le

A. Jeammaud, art. préc.) ; même si la jurisprudence ne semble pas l'utiliser en ce sens, cette règle de conflit serait susceptible, en théorie tout du moins, de régir les relations entre une règle spéciale et une règle de droit commun (v. C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 334 s. ; l'auteur exprime néanmoins des réserves en opportunité) ; il pourrait ne s'agir que d'une modalité particulière d'option (dans laquelle il revient au juge de décider de la règle à appliquer, contrairement aux options développées ci-après, dans lesquelles il revient aux intéressés de décider de la règle à appliquer – comp. A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, thèse Paris II, 2011, n° 154, et la note 5, p. 112).

⁶⁴³ V., dans le même sens, pour la responsabilité civile, M. Poumarède, « Les régimes particuliers de responsabilité civile, ces oubliés de l'avant-projet Catala », *D.* 2006, p. 2420 s., spéc. p. 2423, qui relève que l'option entre droit commun et droit spécial « est parfois considérée comme naturelle ». V. aussi C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 8. V. encore, pour le bail, G. Lardeux, « “*Specialia generalibus derogant*” ou la simplicité apparente des fausses évidences », obs. sur Civ. 3^e, 28 mai 2008, *RDC* 2008, p. 1251 s. *Adde* A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, thèse Paris II, 2011, n° 152 s.

⁶⁴⁴ Pour des développements, v. *infra*, n° 796. *Adde* C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 8.

⁶⁴⁵ V. aussi *infra*, n° 464.

⁶⁴⁶ Ainsi, contrairement à ce qui est parfois écrit, ce ne serait pas la subsidiarité du droit commun qui est évincée (le droit commun conserve son applicabilité subsidiaire hors du champ des régimes spéciaux pour lesquels est instituée l'option, et il la conserve exactement de la même manière que si aucune option n'était reconnue), mais seulement la primauté du droit spécial.

⁶⁴⁷ V. juste *supra*.

⁶⁴⁸ 1) V. not. C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 15 : « Le principe devrait être celui de l'option, voire du cumul, entre règles communes et règles spéciales. Le droit commun doit, tant qu'aucune disposition n'y fait obstacle, conserver son empire et chacun des contractants pouvoir librement choisir entre les règles que lui offre le droit commun et celles que lui offre le droit spécial, ou même requérir leur application conjointe ». L'auteur va très loin (*op. et loc. cit.*), et estime que « ce n'est qu'à titre exceptionnel, si une raison impérieuse le commande, que le droit commun pourra être écarté et toute option fermée entre règles communes et règles spéciales » (notamment, précise l'auteur, « si les règles en concours sont antinomiques »). Rapp. F. Pollaud-Dulian, « De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires », *RTD com.* 1997, p. 349 s.

2) Comp. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 987 qui, pour la responsabilité du fait des produits défectueux jugent le mécanisme d'option « des plus contestables ».

cumul » ; la « sainte liberté » le justifierait⁶⁴⁹. Si la primauté trouve pour elle des arguments, tel est donc aussi le cas de l'option.

174. **Des rapports « opportunément » insolubles entre primauté et option.** Les relations entre primauté et option n'en sont que plus difficiles : la seule certitude est que, en cas de conflit entre droit spécial et droit commun, il faut le trancher ; au-delà, la difficulté point⁶⁵⁰. N'est-ce pas là, pourtant, un *mal nécessaire* ? La primauté du droit spécial présente l'avantage d'encourager la pleine effectivité de la règle spéciale, mais l'inconvénient d'être une règle de conflit automatique et aveugle par rapport aux cas concrets et aux besoins, alors que le droit spécial n'est pas toujours le mieux adapté ; l'option présente l'avantage de laisser les individus maîtres de leurs intérêts, mais l'inconvénient d'une faveur faite à son titulaire. Dès lors, en vertu de quoi privilégier une solution plutôt que l'autre ? Au-delà, pourquoi vouloir le faire ? Les deux sont utiles et se priver de l'un pourrait appauvrir le système juridique. La répartition entre primauté et option serait une illustration de cas nécessairement *difficiles*, à l'image de ceux évoqués par Dworkin⁶⁵¹, où la solution ne s'impose jamais *a priori* et jamais facilement. C'est une zone d'incertitude du droit positif, mais il est peut-être des zones d'incertitude nécessaires, qu'il faut bien peser avant de vouloir tarir.

175. **Pour une règle de conflit équilibrée.** Ne pourrait-on, tout au plus, songer à l'édition d'une règle générale de conflit de valeur au moins législative qui disposerait, sur les fondements du caractère sensiblement plus fréquent de la primauté comme du caractère néanmoins parfois utile de l'option, que les rapports entre droit commun et droit spécial se régiraient en principe par la primauté du second, mais qu'il serait loisible au législateur d'accorder expressément des options – lesquelles consacrent une faveur pour ceux qui en bénéficient – entre les deux quand il l'estimerait opportun ? Nous y reviendrons⁶⁵².

C. Les critères d'un rapport de droit commun à droit spécial

176. **Plan.** Dans quelles hypothèses se trouve-t-on en présence d'un rapport de commun à spécial ? Dans quelles hypothèses, au contraire, un tel rapport est-il inexistant ? L'enjeu est de savoir si les relations entre des règles entraînent, ou non, l'application du régime des rapports entre droit commun et droit spécial.

177. **Existence d'un rapport de commun à spécial.** Deux conditions cumulatives font que des règles peuvent être dans un rapport de commun à spécial : un objet identique et des domaines d'application qui se recoupent, l'un étant plus vaste que l'autre. Sont ainsi dans un rapport de commun à spécial deux règles dont les domaines d'application respectifs

⁶⁴⁹ J. Carbonnier, obs. sur Civ. 1^{re}, 19 juill. 1960, *RTD civ.* 1961, p. 332-333, spéc. p. 333 (pour les trois dernières citations). Pour fonder sa position, l'auteur ajoutait : « Si le législateur a agi délibérément, que sa volonté soit faite. Si c'est par inadvertance, ce n'est pas un mal qu'un peu de désordre vienne dénoncer la surabondance des lois ».

⁶⁵⁰ Pour des exemples, v. *infra*, pour le droit commun territorial et le droit commun matériel. V. partic. l'exemple des rapports entre gage des stocks et règles de droit commun du gage, *infra*, n° 791.

⁶⁵¹ R. Dworkin, « *Hard cases* », *Harvard law review* 1975, vol. 88, p. 1057 s. (88 Harv. L. Rev. 1057).

⁶⁵² V. *infra*, n° 480 et 486 (droit commun territorial) et n° 804 (droit commun matériel).

se recourent partiellement, celui de la règle spéciale étant compris dans celui de la règle de droit commun⁶⁵³ (par exemple, tous les droits subjectifs pour l'une, les droits nés d'un contrat d'assurance pour l'autre), et qui ont le même objet (par exemple, prescription pour les deux, vices cachés pour les deux, etc.)⁶⁵⁴. Ainsi, sont dans un rapport de commun à spécial l'article 1134, alinéa 2, du code civil (révocation d'un contrat en général), et l'article 2004 du même code (révocation d'un contrat de mandat), l'article 428, alinéa 1^{er}, du code civil (principe de nécessité d'une mesure de protection en général) et l'article 436 du même code (principe de nécessité d'une mesure de sauvegarde de justice), ou encore les articles 730 et suivants du code civil (preuve de la qualité d'héritier en général) et les articles 2353 et 2354 du code civil local (preuve de la qualité d'héritier par certificat d'héritier en Alsace-Moselle).

178. **Absence de rapport de commun à spécial.** Au contraire, faute d'inclusion du domaine d'application d'une règle dans celui d'une autre, ou faute d'objet partagé par les règles, le rapport de spécial à commun n'existe pas⁶⁵⁵. C'est par exemple ce qui a pu conduire certains auteurs à expliquer, pour critiquer une jurisprudence qui interdit le cumul entre le droit de demander la nullité pour erreur de l'article 1110 du code civil et le droit à la garantie des vices cachés dans la vente des articles 1641 et suivants du même code⁶⁵⁶, que ces deux fondements ne sont pas dans un tel rapport de commun à spécial⁶⁵⁷ – notamment parce que l'un est relatif à la formation du contrat, l'autre à son exécution – et que, dès lors, l'applicabilité de l'un ne saurait exclure l'applicabilité de l'autre sur ce fondement⁶⁵⁸. C'est encore ainsi que la responsabilité du

⁶⁵³ C'est la condition la plus souvent citée. V. not. M. Poumarède, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, n° 133 : « sont dans une relation de commun à particulier les régimes dont les domaines d'application se confondent en partie, parce que l'un est compris dans l'autre, tandis qu'il n'existe pas de telles relations entre les régimes qui ont un domaine différent » (v. aussi n° 851). *Adde* É. Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, LGDJ, 2011, n° 803 s.

⁶⁵⁴ V. aussi M. Poumarède, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, n° 19. Rapp. É. Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, LGDJ, 2011 : « le rapport de spécialité correspond à une superposition partielle des champs d'application de deux normes, l'un étant entièrement inclus dans l'autre » (n° 792) ; *adde* n° 810. Comp. C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 16 et n° 22.

⁶⁵⁵ Rapp. C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 10 ; A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, thèse Paris II, 2011, n° 149.

⁶⁵⁶ V. not., décidant que seule la garantie des vices cachés dans la vente pouvait être invoquée : Civ. 1^{re}, 14 mai 1996, n° 94-13.921, *Bull. civ.* I, n° 213 ; D. 1997, somm. p. 345 s., obs. O. Tournafond, et 1998, jur. p. 305 s., note F. Jault-Seseke ; *JCP G* 1997, I, 4009, note C. Radé – Civ. 3^e, 7 juin 2000, n° 98-18.966, *Bull. civ.* III (qui fait l'objet d'une erreur de référencement) ; D. 2002, jur. p. 1002 s., obs. O. Tournafond ; CCC 2000, comm. 159, obs. L. Leveneur (*adde* les autres arrêts cités par C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 153).

⁶⁵⁷ V. not. A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, thèse Paris II, 2011, n° 150, et les références citées ; A. Siri, « Des adages *lex posterior derogat priori* et *specialia generalibus derogant*. Contribution à l'étude des modes de résolution des conflits de normes en droit français », *RRJ* 2009, p. 1781 s., spéc. n° 28, et les références citées ; H. Capitain, F. Terré et Y. Lequette, *GAJC* t. 2, 12^e éd., Dalloz, 2008, n° 267-268, spéc. § 7 s. Pour un exposé des différences entre ces fondements, v. F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 314. Rapp. C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 406 et « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 22, qui y voit une simple absence d'antinomie. *Contra*, Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 6^e éd., Montchrestien, 2012, n° 284 ; J. Huet et *al.*, *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012, n° 11226.

⁶⁵⁸ V. not. M. Poumarède, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, n° 19 ; C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 406 et « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 22.

1) Indice supplémentaire en ce sens : sur une question très proche, celle du recoupement entre le dol (erreur provoquée) de l'article 1116 du code civil et les vices cachés dans la vente des articles 1641 et suivants du même

fait *d'autrui* et la responsabilité du fait *des choses* trouvées par la jurisprudence dans l'article 1384, alinéa 1^{er}, du code civil, ne seraient pas dans un rapport de commun à spécial. Pour le dire de manière imagée, l'« on ne passe du genre à l'espèce qu'à condition de conserver à l'espèce toutes les propriétés du genre »⁶⁵⁹. Ou encore, « pour pouvoir se combattre, il faut se trouver sur un même terrain »⁶⁶⁰. Qu'est, positivement, la relativité du droit commun ?

Section II – Ce qu'est la relativité du droit commun : droit commun et institution de référence

179. **La relativité du droit commun : le droit commun d'une institution.** Dans cette question apparemment ingénue pourrait se trouver la clef de la relativité du droit commun : de droit commun, mais de droit commun de *quoi* ? C'est que le droit commun apparaîtrait toujours comme le droit commun de quelque chose⁶⁶¹. En somme, le concept est relatif en ce sens qu'il est toujours « le droit commun de », plutôt que « le droit commun tout court ». Jamais appliqué en tant qu'absolu, jamais flottant, le concept apparaît toujours rattaché à telle ou telle *institution juridique*⁶⁶². La jurisprudence est par exemple en ce sens : lorsqu'elle recourt à la notion de droit commun, elle fait référence au droit commun d'une institution en particulier – ici « droit commun de la vente mobilière », là « droit commun de la prescription extinctive »⁶⁶³, ou encore, comme dans une décision rendue par le Conseil constitutionnel le 17 janvier 2013, « droit commun des contrats »⁶⁶⁴. Le droit commun est ainsi relatif, parce que le droit commun tout court est une notion incomplète ; dans toutes ses applications, il est le droit commun d'une institution juridique⁶⁶⁵.

code, la jurisprudence admet le cumul (Civ. 1^{re}, 22 avr. 1997, n° 95-12.152, *Bull. civ.* I, n° 129 ; D. 1998, jur. p. 272 s., note R. Martin et 1999, somm. p. 15 s., obs. O. Tournafond ; *JCP G* 1997, II, 22944, note G. Bolard – Civ. 1^{re}, 6 nov. 2002, n° 00-10.192, *Bull. civ.* I, n° 260 ; CCC 2003, n° 38, obs. L. Leveneur). Rappr. C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 8.

2) Pour une proposition de justification du non-cumul sur un autre terrain que celui des rapports entre règle commune et règle spéciale, v. par ex. R. Boffa, *La destination de la chose*, Defrénois, 2008, n° 454-3 (objectivisme des vices cachés contre subjectivisme de l'erreur).

⁶⁵⁹ P. Amssek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, p. 219 (cité par A. Jemmaud, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, thèse Lyon III, 1975, p. 685).

⁶⁶⁰ G. Boland, « Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif », in *Les antinomies en droit*, dir. C. Perelman, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 183 s., spéc. p. 198.

⁶⁶¹ Les propos rejoignent ceux, plus généraux, de François Grua, qui écrivait que « dans son enseignement comme dans son application, le droit apparaît toujours comme le droit de quelque chose » (« Les divisions du droit », *RTD civ.* 1993, p. 59 s., spéc. n° 7). Rappr. C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 3.

⁶⁶² Rappr. « La fragmentation du droit international », rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, dir. M. Koskeniemi, ONU, 2006, n° 116 : le droit commun ne peut l'être que relatif à un « sujet ».

⁶⁶³ V. par ex. Civ. 1^{re}, 7 déc. 2004, n° 01-10.271, *Bull. civ.* I, n° 307 ; CCC 2005, comm. 60, obs. L. Leveneur ; *RDC* 2005, p. 681 s., obs. D. Mazeaud : « s'appliquent aux cessions d'offices publics ou ministériels les règles de droit commun de la vente mobilière qui n'admettent pas la révision du prix » – Com. 15 juin 1971, n° 70-10.803, *Bull. n° 172* (« droit commun de la prescription extinctive ») – ou même Civ. 2^e, 7 avr. 2011, n° 10-17.229, *NPB* (« droit commun de la prescription biennale ») – Com. 17 sept. 2013, n° 12-21.659, *Bull. civ.* IV, n° 135 (référés) – Civ. 1^{re}, 25 sept. 2013, n° 11-19.758, *Bull. civ.* I, n° 178 (droit commun des conflits de lois et de juridictions).

⁶⁶⁴ Cons. const. 17 janv. 2013, n° 2012-288 QPC, consid. n° 7 (à propos de la nullité pour insanité d'esprit).

⁶⁶⁵ *Quid* lorsque rien n'est exprimé de plus qu'une mention au « droit commun » ? Cela ne change pas le constat. C'est toujours une institution qui est visée lorsqu'il est fait mention du droit commun ; seulement, elle l'est alors implicitement. Il faut déterminer, dans ces cas, quelle institution est visée, pour en dérouler le régime. V. par ex., en

180. « **Une institution** ». La question se déplace : qu'est-ce qu'une institution juridique ? Une acception classique sera retenue : sera désigné par là un ensemble de règles de droit ordonnées autour d'une même idée. Les institutions juridiques peuvent en effet être définies sous la plume de Brèthe de la Gressaye comme « des ensembles de règles de droit, des corps de règles, organisées autour d'une idée centrale, formant un tout systématiquement ordonné et permanent »⁶⁶⁶. Carbonnier y voyait « un bloc de droit, d'avance disponible pour être appliqué à toute la série des cas de même nature », « un composé de règles »⁶⁶⁷. Le système juridique connaît de multiples institutions : contrat, vente (comprise dans la première), prescription extinctive, mariage, responsabilité civile, gage, parmi beaucoup d'autres⁶⁶⁸.

181. **Première remarque : potentiellement autant de règles de droit commun que d'éléments composant une institution.** Si, d'une part, le droit commun ne se retrouve qu'appliqué à une institution et, d'autre part, une institution est un mécanisme complexe composé de plusieurs pièces, alors il peut être déduit que pour chaque institution juridique, le droit commun comporte potentiellement autant de règles qu'il existe d'éléments composant cette institution. Par exemple, pour la prescription extinctive, les plus fondamentaux de ces éléments sont la durée, le point de départ, les causes de suspension et d'interruption⁶⁶⁹ ; existent donc potentiellement autant de règles de droit commun de la prescription extinctive que d'éléments qui la composent⁶⁷⁰.

182. **Deuxième remarque : clarification.** Ces développements permettraient d'éclairer les idées, ci-avant exposées, selon lesquelles il y aurait plusieurs droits communs, que le droit commun pourrait aussi être spécial, ou encore que le droit spécial construirait parfois son propre droit commun. Tout dépendrait peut-être simplement du référentiel retenu, de l'institution choisie à titre de référence⁶⁷¹. Ainsi⁶⁷², pour la prescription des créances, un auteur

législation, l'article 1384, alinéa 8, du code civil, qui dispose qu'« en ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur, à l'instance » ; est ici visé le droit commun *de la preuve*. V. aussi, en doctrine, P.-Y. Gautier, « Résiliation unilatérale du contrat de prêt à usage, ou comment le droit commun n'est pas forcément approprié », obs. sur Civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, *RTD civ.* 2004, p. 312 s. (est visé implicitement le droit commun *des contrats à durée indéterminée*).

⁶⁶⁶ *Rép. civ.* Dalloz, 1952, t. 2, V^o « Institution », par J. Brèthe de la Gressaye (l'entrée ne figure plus dans la version actuelle du *Répertoire*). Adde J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, 2012, n^o 155 s.

⁶⁶⁷ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF Quadrige, 2004, p. 339 (pour les deux dernières citations).

⁶⁶⁸ V. aussi Cuhe, qui relevait que « nous appelons institutions, et tout le monde nous comprend, des choses aussi hétéroclites que [...] le pourboire, la propriété, la prescription, le cadastre, le casier judiciaire (in *Les Semaines sociales de France*, 1925, cité par R. Perrot, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953, n^o 3, p. 5).

⁶⁶⁹ V. F. Hage-Chahine, *La contribution à la théorie générale de la prescription en droit civil*, Les cours de droit, DEA de droit privé, 1988, n^o 7.

⁶⁷⁰ Tel n'est pourtant pas exactement le cas en pratique puisque, notamment, aucun délai de droit commun de la prescription extinctive ne peut véritablement être identifié : par-delà les apparences, tous les délais existants ont un domaine d'application limité, alors que la prescription extinctive concerne potentiellement tous les droits subjectifs, sauf exception (v. *infra*, n^o 566 s.).

⁶⁷¹ Rapp. F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 s., spéc. p. 936 : « en fonction de la question posée, le droit commun peut se trouver dans les règles d'un droit spécial par rapport à un droit encore plus spécial qui en dérive » ; S. Mauclair, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse Orléans, 2011, n^o 10 : « un droit peut faire figure de droit commun, droit référentiel au regard d'un autre droit alors désigné comme spécial, mais peut aussi être considéré comme du droit spécial par rapport à un droit plus général encore ».

envisage « le droit commun de la prescription libératoire des créances », et marque par là la différence avec le droit commun de la prescription⁶⁷³. De même, par rapport à l'institution *contrat*, l'article 1134 du code civil est de droit commun – il concerne tous les contrats –, tandis que l'article 1582 du même code est spécial – il concerne le seul contrat de vente. En outre, dans l'affirmation selon laquelle il existerait « quatre » régimes de droit commun de la responsabilité civile, respectivement prévus par l'article 1147, les articles 1382 et 1383, l'article 1384, alinéa 1^{er}, et l'article 1384, alinéa 1^{er} *in fine* du code civil⁶⁷⁴, ne faut-il pas comprendre qu'il n'existe, en droit positif, *aucun* régime de responsabilité civile de droit commun, mais un régime de droit commun de la responsabilité civile du fait personnel, un régime de droit commun de la responsabilité civile du fait des choses, un régime de droit commun de la responsabilité civile du fait d'autrui, et un régime de droit commun de la responsabilité civile contractuelle ? Et affirmer, par exemple, que le droit commun des contrats se spécialise, est sous-entendre qu'à côté du droit commun des contrats, se développent notamment un droit commun de la vente, un droit commun de la vente internationale de marchandises, ou encore un droit commun du contrat de consommation : mais, ces droits, s'ils sont communs du point de vue d'une autre institution plus restreinte que le contrat – contrat de vente, contrat de vente internationale de marchandise, contrat de consommation –, restent spéciaux du point de vue de l'institution du contrat⁶⁷⁵.

183. À quel niveau l'édiction d'un corps de droit commun est-elle opportune ? Les institutions juridiques fondamentales. Se dégage alors une question de politique juridique. À quel niveau apparaît-il souhaitable d'édicter un droit commun, pour quelles institutions ? Par exemple : acte juridique ? contrat ? vente ? vente mobilière ? vente de consommation ? Question névralgique et difficile qui, pour reprendre l'expression du professeur Chazal, participe de toute « l'ambiguïté du droit commun »⁶⁷⁶. En réponse, le lien entre droit et fait pourrait resurgir à travers une idée, celle de la *profondeur sociologique* des institutions. D'abord, l'édiction d'un corps de règles de droit commun pour les institutions qui font le socle de la connaissance et de la pratique juridiques (mariage, vente, cautionnement, société anonyme, association, etc.), et qui font l'objet d'une certaine unité conceptuelle, semble absolument nécessaire⁶⁷⁷. Ensuite, deux remarques peuvent compléter cette première proposition. D'une part, au-dessous, l'édiction d'un corps de droit commun d'institutions trop spécifiques par rapport aux

⁶⁷² De nombreuses autres illustrations pourraient être ajoutées. Notamment, le droit commun de la vente ne contient pas les mêmes règles que le droit commun de la vente immobilière (Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 6^e éd., Defrénois, 2012, n° 2) ; ou encore, la cession « Dailly » de l'article L. 313-23 du code de commerce est le droit commun de la cession de créances professionnelles à titre de garantie, mais c'est déjà du droit spécial au regard de la cession de créances des articles 1690 et suivants du code civil. Pour les sociétés, v. B. Oppet, « La décodification du droit commercial », in *Mélanges R. Rodière*, Dalloz, 1981, p. 197 s., spéc. p. 203.

⁶⁷³ M. Bandrac, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Economica, 1986, n° 53.

⁶⁷⁴ M. Poumarède, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, not. n° 273 ; et, du même auteur, « Les régimes particuliers de responsabilité civile, ces oubliés de l'avant-projet Catala », *D.* 2006, p. 2420 s., spéc. p. 2421.

⁶⁷⁵ Parce que leur domaine d'application est, par rapport à cette institution, limité.

⁶⁷⁶ J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 s., spéc. p. 281 s.

⁶⁷⁷ Dès qu'une institution juridique présente une certaine généralité d'utilisation et une unité conceptuelle, l'existence d'un droit commun – de règles communes à toutes les situations qui entrent dans le cadre de cette institution –, apparaît possible et souhaitable. La méthode suivrait celle dégagée par le doyen Carbonnier dans sa thèse : « partir des faits [...] pour s'élever à la construction juridique » (« Le Régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association - Introduction », reprod. in *Écrits*, PUF, 2008, p. 47 s., spéc. p. 54).

premières apparaît moins opportune (vente immobilière en l'état futur d'achèvement, cautionnement commercial solidaire donné par une personne physique dirigeante sociale au profit d'un établissement de crédit, etc.) : pour celles-ci, l'on pourrait plus opportunément tomber dans des régimes qui se bornent à compléter ces régimes généraux ou à y déroger pour des questions ponctuelles – étant précisé que participe aussi de leur droit commun toute règle plus générale non contredite par une règle spécifique à elles⁶⁷⁸. D'autre part, au-dessus, un droit commun pour les institutions d'un degré d'abstraction plus haut que les premières apparaît utile et souhaitable, pour offrir une solution d'avance aux situations nouvelles susceptibles de se présenter : droit commun des contrats – voire droit commun de l'acte juridique –, droit commun des sûretés personnelles – voire droit commun des sûretés –, droit commun des sociétés – voire droit commun des personnes morales⁶⁷⁹.

184. **Illustration.** Par exemple, donation et testament sont des institutions pratiquées, dont la *profondeur sociologique* – l'ancrage dans la pratique du droit –, est certaine. Sous le prisme de ce constat, droit commun de la donation et droit commun du testament apparaissent nécessaires. Il peut être opportun de remonter d'un cran à travers l'édiction d'un droit commun des libéralités – utile pour fixer le régime d'autres institutions proches mais moins pratiquées, telle l'institution contractuelle⁶⁸⁰ –, voire d'un autre cran en proposant un droit commun de l'acte juridique. En résumé, en termes de politique juridique, peut-être l'opportunité d'un droit commun se manifesterait-elle pour les institutions quotidiennes, pratiquées, voire à des niveaux d'abstraction supérieurs ; mais c'est une question où le descriptif s'efface devant le prescriptif.

185. **Conséquence de méthode liée à la relativité du droit commun : vérifier les constats généraux pour plusieurs institutions.** Tout le sens de l'intuition de Jean Gaudemet se révèle ici : il estimait que la meilleure méthode pour étudier le droit commun consisterait à vérifier les constats généraux « pour chaque institution »⁶⁸¹. Vérifier les constats généraux faits pour le droit commun pour un certain nombre d'institutions est la méthode retenue dans cette étude et exposée dès l'abord⁶⁸². Elle est avant tout justifiée par la relativité du

⁶⁷⁸ En effet, le droit commun d'une institution B comprise dans une autre plus vaste A contient en outre toutes les règles de droit commun de cette institution A et qui ne sont pas contredites par une règle spécifique à l'institution B. Par exemple, le droit commun du gage de stocks inclut les règles de droit commun du gage de meubles corporels qui ne sont pas contredites par des règles spécifiques au premier (ou encore, remontant d'un degré, le droit commun du contrat de cautionnement inclut les règles de droit commun du contrat qui ne sont pas contredites par des règles spécifiques au cautionnement). Dès lors, un nombre raisonnable de dispositions spécifiques complétant ou amendant le droit commun, ici de la vente ou du cautionnement, apparaîtrait suffisant : à descendre trop bas dans des institutions toujours plus spécifiques, le droit commun ne se dilue-t-il pas ? C'est le droit « art des limites » qui resurgit ici (A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Seuil, 1994, p. 267 s.) et l'idée d'un droit commun outil de clarté et d'économie de moyens.

⁶⁷⁹ Adde les notions fondamentales étudiées par J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., PUF, 2013.

⁶⁸⁰ Sur celle-ci, v. par ex. M. Grimaldi, *La nature juridique de l'institution contractuelle*, thèse Paris, 1977.

⁶⁸¹ J. Gaudemet, « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e) », in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, t. 1, Florence, Olschki, 1977, p. 157 s., spéc. p. 157-158 ; l'auteur y voyait le gage « d'une grande précision », et n'y voyait que l'inconvénient des « minutieuses recherches » qu'impliquerait la démarche. Adde J. L. de los Mozos, « El "derecho común" en la formación del derecho civil », in *Estudios I. Serrano*, t. 1, Valladolid, 1965, p. 157 s., spéc. p. 179 (« *habría que analizar la influencia concreta [...] en las particulares instituciones de nuestro sistema jurídico* »).

⁶⁸² V. *supra*, introduction. Et ne faut-il pas, suivant le conseil de Thomas d'Aquin, entrer dans la mer par les petits ruisseaux (« *Ut per rivulos, non statim, in mare eligas introire* ») ?

droit commun⁶⁸³. En effet, parce que le droit commun apparaît toujours *dans ses applications* comme le droit commun d'une institution juridique, nous proposons de retenir, suivant en cela ce conseil de méthode, plusieurs *institutions privilégiées* dans lesquelles seront puisées, en majorité, les illustrations développées⁶⁸⁴. Plutôt que le contrat ou la responsabilité civile, qui ont déjà fait l'objet des nombreuses et déterminantes études déjà citées – nous nous y référerons⁶⁸⁵ – et pour lesquelles les choses ont peu évolué depuis ces études et avant une réforme projetée⁶⁸⁶, nous proposons de retenir à titre principal des institutions moins souvent étudiées et qui ont fait l'objet de l'attention la plus récente des pouvoirs publics ; nous retiendrons celles qui ont été au cœur des quatre dernières réformes d'ensemble du droit civil français⁶⁸⁷ : les sûretés⁶⁸⁸, les successions et libéralités⁶⁸⁹, les mesures de protection des majeurs⁶⁹⁰ et la prescription – extinctive et

⁶⁸³ Il en serait exactement de même, d'ailleurs, pour une étude sur le droit spécial : ce dernier n'est spécial que par rapport à une institution donnée. Une différence figurant tout de même dans ce que, s'il peut exister plusieurs degrés de spécialité (le domaine défini, limité, étant susceptible de divers degrés), il n'existe qu'un seul degré de droit commun (le domaine indéfini n'étant, lui, pas susceptible de plusieurs degrés) ; v. *supra*, n° 80 s.

⁶⁸⁴ Pour une méthode proche, v. L. Leveneur, *Situations de fait et droit privé*, LGDJ, 1990, qui développe quelques exemples privilégiés sans exclure les situations non développées à titre principal.

⁶⁸⁵ 1) Contrat : v. not. C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009 ; D. Mazeaud, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Dalloz, 2005, p. 73 s. Adde M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, 2004 ; M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, 2001 ; M. Hervieu, *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats*, thèse Paris II, 2010 ; F. Bérenger, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007 ; A. Supiot, « La contribution du droit social au droit commun des contrats », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé*, dir. A. Wijffels, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 47 s. ; P. Puig, « Pour un droit commun spécial des contrats », in *Mélanges Jacques Foyer*, Economica, 2007, p. 825 s.

2) Responsabilité civile : v. not. M. Poumarède, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003 ; L. Clerc-Renaud, *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, thèse Chambéry, 2006 ; S. Mauclair, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse Orléans, 2011 ; A. Ballot-Léna, *La responsabilité civile en droit des affaires - Des régimes spéciaux vers un droit commun*, LGDJ, 2008 ; J. Traullé, *L'éviction de l'article 1382 du code civil en matière extracontractuelle*, LGDJ, 2007.

3) Adde, pour les biens, C. Simler, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Litec, 2010 ; C. Caron, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G* 2004, I, 162 ; R. Boffa (dir.), *L'avenir du droit des biens*, colloque Lille II, 7 mars 2014, notes personnelles, spéc. première partie, « Droit commun des biens ».

⁶⁸⁶ Contrat et responsabilité civile ont fait l'objet d'un certain nombre d'avant-projets de réforme (v., en dernier lieu, *l'Avant-projet de réforme du droit des obligations* du 23 octobre 2013 diffusé par le ministère de la Justice).

⁶⁸⁷ Et le mariage ? L'institution a été profondément modifiée par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013. Néanmoins, si le changement est fondamental du point de vue de son importance sociale, le mariage n'a pas fait l'objet, contrairement aux autres institutions étudiées, d'une refonte *d'ensemble*, mais simplement de modifications techniquement plus ponctuelles tenant à l'ouverture de l'institution, ainsi que l'indique l'intitulé même de la loi, aux couples de personnes de même sexe. La réforme semble, pour cette raison, ne pas entrer dans la catégorie visée, à laquelle nous nous limiterons en outre du fait de la difficulté matérielle de traiter de toutes les institutions.

⁶⁸⁸ Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006.

⁶⁸⁹ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006.

⁶⁹⁰ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007. Bien qu'il n'ait pas eu les faveurs du législateur de 2007, le terme d'« incapacités » sera parfois utilisé, d'abord, parce qu'il était autrefois usité, ensuite, parce qu'il n'a pas totalement disparu en législation (v. T. Fossier, « La réforme de la protection des majeurs - Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007 », *JCP G* 2007, I, 118, spéc. n° 4), enfin, pour sa commodité. Il n'apparaît cependant pas toujours adéquat : v. A.-M. Leroyer, commentaire de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *RTD civ.* 2007, p. 394 s., spéc. p. 396, remarquant l'absence de synonymie d'« incapable » et de « majeur protégé », ne serait-ce que parce que le premier n'inclut pas, à proprement parler, la personne sous sauvegarde de justice. Manifestation de préoccupations législatives contemporaines tournées vers l'euphémisme (not. J. Carbonnier, « Tendances actuelles de l'art législatif en France », in *Essais sur les lois*, 2^e éd., Defrénois, 1995, p. 267 s., spéc. p. 284 [« Il est des mots qui font mal, et le législateur a appris à inclure dans ses moyens les vertus de l'euphémisme »] ; J.-L. Sourieux et P. Lerat, « L'euphémisme dans la législation récente », *D.* 1983, chron. p. 221 s. ; v. aussi Y. Lequette, « Observations sur le "nominalisme législatif" en matière de filiation », in *Mélanges G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 647 s., spéc. n° 1, et les autres références citées note 5 – au-delà, ce nominalisme humaniste a parfois des incidences de fond

acquisitive⁶⁹¹. Le choix de ces institutions « privilégiées », qui voudrait répondre à un souci de cohérence et permettre la continuité de la lecture, ne signifie pas pour autant que les autres institutions sont écartées : celles-ci – contrat et responsabilité civile en tête, procès civil, associations, sociétés, etc. – ne sont pas absentes des développements, et sont notamment présentes à chaque fois qu’une contribution à la doctrine antérieure peut apparaître utile⁶⁹². Il s’agit davantage de priorité que d’exclusion.

186. **Conclusion de chapitre.** Si une règle n’est pas de droit commun « dans l’abstrait »⁶⁹³, elle ne l’est pas tant en relation avec une autre règle qu’en relation avec une *institution juridique* : c’est ce à quoi renverrait la relativité du droit commun. Au-delà, comment expliquer que le droit commun puisse désigner, selon les hypothèses, les règles applicables à un lieu, ou celles applicables à une matière ?

sur les objectifs et résultats du droit : pour le passage de la « faillite » à la « sauvegarde des entreprises », v. not. C. Saint-Alary-Houin, « Les procédures collectives : le rôle de la jurisprudence dans l’évolution du droit des faillites vers la sauvegarde des entreprises », in *Bicentenaire du Code de commerce : la transformation du droit commercial sous l’impulsion de la jurisprudence*, Cour de cassation et Centre Sorbonne-Affaires de l’Institut A. Tunc, Dalloz, 2007, p. 135 s.), le terme d’« incapacités » a, avec ses dérivés, progressivement déserté les codes, pour en disparaître presque complètement, remplacé par des périphrases plus ou moins heureuses.

⁶⁹¹ Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008.

⁶⁹² Pour le reste en effet, l’on ne peut formuler à nouveau ce qui a déjà été mieux exprimé ailleurs ; dans ces cas, nous nous rapporterons dans les notes aux travaux doctrinaux antérieurs.

⁶⁹³ « La fragmentation du droit international », rapport du groupe d’étude de la Commission du droit international, dir. M. Koskenniemi, ONU, 2006, n° 112.

Chapitre II – La dualité des applications du droit commun

187. **Position du problème.** S'il est acquis que le droit commun vise, pour une institution donnée, les règles juridiques dont le domaine d'application est indéfini, une difficulté demeure pourtant. Par exemple si, pour l'hypothèque, l'article 2509 du code civil fait référence au droit commun⁶⁹⁴, tout comme la section qui contient les articles 2333 et suivants du même code y fait référence pour le gage⁶⁹⁵, ces deux utilisations renvoient manifestement à deux réalités différentes. La première viserait des règles applicables *quel que soit le lieu concerné* (tout le territoire) ; la seconde viserait des règles applicables *quels que soient l'objet et les sujets concernés* (toutes les activités et personnes). Dans ces deux cas, si la définition abstraite dégagée convient toujours, il est manifeste que ce n'est pas au même corps de règles qu'il est fait référence.

188. **Dualité des applications du droit commun.** Au regard de cet état de choses est née une intuition doctrinale : le droit commun *connaîtrait deux applications distinctes*⁶⁹⁶. Josserand⁶⁹⁷ comme Carbonnier⁶⁹⁸, même sans les mots, ont déjà l'idée. Plus tard, des auteurs formulent plus clairement encore la distinction⁶⁹⁹. Et il semble que ce soit le professeur Chazal

⁶⁹⁴ Il dispose qu'« à Mayotte, les droits sur les immeubles, les privilèges et les hypothèques ainsi que les règles concernant l'organisation, la constitution, la transmission et l'extinction des droits réels immobiliers et autres droits et actes soumis à publicité sont ceux de la législation civile de droit commun, sous réserve des dispositions du présent titre ».

⁶⁹⁵ Intitulée « du droit commun du gage ».

⁶⁹⁶ 1) Rapp. R. David, « Droit commun et *common law* », in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milan, Giuffrè, 1969, vol. 1, p. 345 s., spéc. p. 357, qui estime que si « l'expression même de droit commun [...] a fait naître un problème », c'est parce que « certains n'ont pas voulu voir » la distinction entre ses deux utilisations.

2) Pour une absence de distinction et l'impression de confusion qui en résulte, v. par ex. don J. Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Garnier, 1876, V^o « *Derecho común* », p. 551 : « l'on appelle généralement droit commun [...] le droit [...] général d'un peuple, par opposition au droit particulier ou municipal d'une province, d'un district ou d'une commune, ou à tout droit spécial ou de privilège, comme le droit militaire, le droit ecclésiastique, et le droit commercial » (trad. libre ; « *suele llamarse derecho común [...] el derecho [...] general de un pueblo, por contraposición al derecho particular o municipal de una provincia, distrito o ciudad, o a cualquier derecho especial o privilegiado, como el militar, el eclesiástico, y el comercial* »). V. encore l'impression de confusion qui ressort des affirmations suivantes : « Une des difficultés que suscite la règle de la *lex specialis* tient à l'absence de clarté à propos de la distinction "général" et "spécial". En effet, toute règle générale est également particulière, en ce sens qu'elle traite d'une matière particulière » (« La fragmentation du droit international », rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, dir. M. Koskenniemi, ONU, 2006, n^o 111 – la confusion ne pourrait-elle être dissipée en relevant que la première référence s'entend d'une mention du droit commun *territorial*, tandis que la seconde s'entend d'une mention du droit commun *matériel* [l'ambiguïté disparaît, une règle de droit commun territorial pouvant par ailleurs être de droit spécial matériel – v. juste *infra*] ?).

⁶⁹⁷ V. not. L. Josserand, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *DH* 1937, chron. p. 1 s., spéc. p. 2.

⁶⁹⁸ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, *Introduction - Les personnes - La famille*, PUF, « Quadrige », 2004, n^o 107, p. 196 : dans la subdivision consacrée au droit commun, il fait successivement référence au droit commun de la France (qui peut être qualifié de droit commun territorial) et à ce qui peut être qualifié de droit commun matériel ; il fait enfin référence au « droit commun européen » (sur celui-ci, v. *supra*, n^o 120 s.).

⁶⁹⁹ V. not. P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, 3^e éd., Montchrestien, 2009, n^o 90, note 1 : « le concept de droit commun peut être différent, par exemple parce qu'il s'applique aux personnes (droit commun à toutes les personnes appartenant à une même nation), ou parce qu'il permet d'unifier dans l'espace des ordres juridiques jusque-là distincts (exemple de la Révolution française cherchant à abolir les différences régionales encore nombreuses à la fin du XVIII^e siècle) ». V. aussi M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, avant-propos, p. 7. Rapp. F. Gabriel, « Le droit en son histoire : *jus commune*, théologie de la tradition et localité dans la France classique », *RHFD* 2008, p. 279 s., spéc. p. 284, qui fait référence aux « deux grands usages du droit commun : comme méta-droit subsidiaire, ou comme droit courant déterminant un espace géographique-politique ». *Adde* C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n^o 3.

qui, à la fois, insiste sur celle-ci et entreprend d'en nommer les deux termes⁷⁰⁰. La distinction, mise en évidence pour le droit français, l'a d'ailleurs été à l'identique pour d'autres systèmes juridiques – par exemple, pour le droit espagnol⁷⁰¹ ou pour le droit québécois⁷⁰².

189. **Une distinction à développer.** L'idée de la dualité des applications du droit commun n'est pas nouvelle et existe ainsi en germe dans un certain nombre d'écrits. Pourtant, bien souvent, la distinction est simplement mentionnée, sans davantage être développée. Or, cette distinction structure le droit positif. Une étude sur le droit commun semble donc pouvoir reposer sur celle-ci⁷⁰³.

190. **Droit commun territorial et droit commun matériel ; plan.** Le concept de droit commun connaît ainsi deux applications distinctes, deux types, deux espèces déclinant le genre. La question se déplace : quelles sont ces applications ? Les *divisions* internes du domaine indéfini, second critère de définition du droit commun, permettraient de les identifier. Le domaine d'application d'une règle peut notamment renvoyer au domaine *ratione loci*, ou au domaine *ratione materiae* et *personae*⁷⁰⁴. Or, c'est cette distinction qui fonde les deux applications du droit commun⁷⁰⁵ : le droit commun peut ainsi être entendu *ratione loci* – domaine d'application *ratione loci* indéfini –, ou *ratione materiae* et *personae* – domaine d'application *ratione materiae* et *personae* indéfini. La première application peut être désignée par l'expression « droit commun territorial », et la seconde par celle de « droit commun matériel ». Ces deux applications ne désignent pas les mêmes règles. La distinction, véritable *summa divisio* dans laquelle se ventilent toutes les utilisations du droit commun en droit positif, doit être présentée (Section I) ; les relations entre ces deux applications peuvent être exposées (Section II).

Section I – Présentation des deux applications

191. **Plan.** Le droit commun est susceptible de deux applications, liées à la facette du domaine d'application considérée : *ratione loci* – il s'agit alors de droit commun territorial –, ou *ratione materiae* et *personae* – il s'agit alors de droit commun matériel. Toutes les utilisations faites de la notion par le droit positif renverraient nécessairement à l'une ou à l'autre de ces applications,

⁷⁰⁰ J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 s., spéc. p. 283 : pour l'auteur, le droit commun pourrait reposer sur un « territoire géographique » ou sur un « territoire idéal ». Si le vocabulaire pourrait, à notre sens, être précisé, l'idée n'en est pas moins incontestablement et clairement présente. L'auteur considère cependant que les deux types de droit commun sont incompatibles (*ibid.*) ; tel ne semble pas être le cas : pour exister, le droit commun matériel d'une institution suppose l'existence préalable, et la permanence, du droit commun territorial de cette institution (v. *infra*, n° 231 s.).

⁷⁰¹ M. Pasquau Liaño, *Código civil y ordenamiento jurídico*, Grenade, Comares, 1994, p. 54 s., chez qui sont présents les termes « territorial » et « matériel » opposés l'un à l'autre (trad. libre).

⁷⁰² M. Juneau, *La notion de droit commun en droit civil québécois*, Université Laval, Québec, 2009, p. 2 : l'auteur écrit qu'il existe « deux sens », « au-delà des variations linguistiques », dans l'expression de « droit commun », et vise, en substance, le droit commun territorial et le droit commun matériel. Cette dualité des applications du concept de droit commun se retrouve dans un grand nombre de systèmes juridiques. V. aussi les exemples développés juste *infra*.

⁷⁰³ Outre les développements juste *infra*, v. les deux parties, construites sur cette distinction.

⁷⁰⁴ V. *supra*, n° 79.

⁷⁰⁵ Rappr. déjà, en germe, H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 415-416.

de ces espèces ; la distinction apparaît en ce sens comme une *summa divisio*⁷⁰⁶. Ces deux applications peuvent être successivement présentées : le droit commun territorial d'abord (§ I), le droit commun matériel ensuite (§ II)⁷⁰⁷.

§ I – Le droit commun territorial

192. **Plan.** L'exposé de ce qui caractérise cette première application du concept de droit commun (A) précédera des exemples empruntés à divers systèmes juridiques (B). Une place particulière peut être faite à la *common law* : si l'expression en est venue à désigner d'autres réalités aujourd'hui, c'est néanmoins au droit commun territorial qu'elle renvoie historiquement (C).

A. Exposé

193. **Définition : droit commun *ratione loci*.** Pour une institution donnée, le droit commun territorial renvoie aux règles juridiques dont le domaine d'application *ratione loci* est indéfini. C'est le « droit commun à un territoire »⁷⁰⁸. Il repose ainsi sur une subdivision du domaine d'application des règles, le domaine d'application *ratione loci*, celui-ci étant indéfini⁷⁰⁹.

194. **Le domaine d'application *ratione loci* indéfini.** L'attention est ici portée sur le domaine territorial – ou géographique⁷¹⁰ – des règles de droit. Il s'agit en effet d'une des subdivisions du domaine d'application d'une règle. Le domaine d'application *ratione loci* détermine le lieu concerné par l'application d'une règle de droit, les « limites territoriales à l'intérieur

⁷⁰⁶ La *summa divisio* étant entendue comme une distinction qui répartit entre ses termes la totalité des possibles – littéralement la *divisio la plus élevée*. Par exemple, aux termes de l'article 516 du code civil, « tous les biens sont meubles ou immeubles ».

⁷⁰⁷ 1) Il s'agit d'une présentation succincte ; pour des développements, v. la première et la deuxième parties.

2) Le droit spécial peut lui aussi être spécial territorial ou spécial matériel (rapp. B. Saintourens, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse Bordeaux I, 1986, n° 5 ; et très clairement, en droit espagnol, M. Pasquau Liaño, *Código civil y ordenamiento jurídico*, Grenade, Comares, 1994, p. 54 s., où le droit commun est opposé à deux types de droits spéciaux, le « *derecho especial territorial* » [droit spécial territorial] et le « *derecho especial material* » [droit spécial matériel]), selon qu'est considéré le domaine d'application *ratione loci* ou le domaine d'application *ratione materiae* et *personae*.

⁷⁰⁸ C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 2. V. aussi J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 s., spéc. p. 283.

⁷⁰⁹ Dans le même sens, R. David, « Droit commun et *common law* », in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milan, Giuffrè, 1969, vol. 1, p. 345 s., spéc. p. 354 : « caractérisé par son domaine géographique d'application ». Et rapp. É. Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, LGDJ, 2011, n° 815 : « si on met de côté l'élément spatial, on ne peut pas [...] rendre compte de la différence entre la norme qui interdit la projection d'un film sur tout le territoire français et celle qui l'interdit dans une seule commune ». Comp. N. Bobbio, « Des critères pour résoudre les antinomies », in *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, Bruylant-LGDJ, 1998, p. 89 s., spéc. n° 2, p. 94 : « Le critère de spécialité est fondé sur un jugement de fait concernant l'étendue différente des dispositions normatives [...] en ce qui concerne, soit la validité matérielle, soit celle personnelle, soit toutes les deux ensemble (des différences de validité [...] de l'espace [...] ne donnent pas lieu à un rapport de spécialité) ».

⁷¹⁰ Not. R. David, « Droit commun et *common law* », in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milan, Giuffrè, 1969, vol. 1, p. 345 s., spéc. p. 354 ; J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 s., spéc. p. 283. Rapp. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, *Introduction - Les personnes - La famille*, PUF Quadrige, 2004, n° 82, p. 140-141, qui traite des rapports entre règles au domaine d'application national et règles au domaine d'application local dans une subdivision intitulée « Géographie ».

desquelles la règle est applicable »⁷¹¹. C'est le champ d'application de la règle dans l'espace : il permet de répondre à la question « où ? ». Lorsque le domaine d'application *ratione loci* d'une règle de droit est indéfini, c'est-à-dire qu'il s'applique à l'ensemble du territoire de référence⁷¹², cette règle relève du droit commun territorial de l'institution concernée.

195. **Le droit commun à un territoire.** Le droit commun territorial se caractérise « par la généralité de son application à la totalité du territoire »⁷¹³ concerné. Ce territoire peut être celui d'une province ou d'une région⁷¹⁴, ou celui d'un État tout entier. Boucher d'Argis y fait déjà référence dans son article « Droit commun » à l'*Encyclopédie* : « Droit Commun, est celui qui sert [...] à une nation entière, ou au moins à toute une province »⁷¹⁵. Quant à Merlin, il note que « la loi que tout un État, que toute une province observe sur quelque objet, fait partie du droit commun de cet État, de cette province »⁷¹⁶. Du point de vue du droit français contemporain, c'est l'État qui apparaît comme l'entité la plus pertinente pour l'étude du droit commun territorial⁷¹⁷. Dans le cadre d'un État, pour une institution donnée, le droit commun territorial est ainsi composé de toutes les règles qui « valent pour son territoire tout entier, aucune ne valant seulement pour une partie de ce territoire »⁷¹⁸. L'existence de cette application territoriale du droit commun n'est pas connue qu'en droit français.

⁷¹¹ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2013, V^o « Application (champ d' -) ». Rapp. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 17 : « Affirmer qu'une norme vaut, c'est toujours affirmer qu'elle vaut pour un certain espace [...]. La relation d'une norme à l'espace [...] constitue le domaine de validité spatial [...] de cette norme ; ce domaine de validité peut être soit limité, soit illimité ».

⁷¹² C'est l'hypothèse, écrit Kelsen, dans laquelle « la norme entend valoir partout [...] – tel est le cas des normes qui ne contiennent aucune détermination particulière d'espace [...], alors qu'aucune autre norme supérieure ne limite par ailleurs leur domaine de validité spatial » (*Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 17).

⁷¹³ M.-F. Renoux-Zagamé, « Du droit commun doctrinal au droit commun positif : leçons des plaidoyers du Parquet », in *Traditions savantes et codifications*, LGDJ, 2007, p. 3, spéc. p. 5.

⁷¹⁴ V. par ex., en droit canadien, la question du droit commun du Québec : M. Juneau, *La notion de droit commun en droit civil québécois*, Université Laval, Québec, 2009. Ou encore, sous l'ancien droit français, Boucher d'Argis fait référence au droit commun d'Auvergne : « le *droit commun* d'une province, est la loi qui est suivie sur certains points par tous ses habitants, quoique sur d'autres matières chaque ville ou canton ait ses statuts ou usages particuliers ; ainsi la coutume générale d'Auvergne fait le *droit commun* du pays » (*Encyclopédie*, dir. Diderot et d'Alembert, V^o « Droit commun »).

⁷¹⁵ *Encyclopédie*, dir. Diderot et d'Alembert, V^o « Droit commun », par Boucher d'Argis. V. aussi, reprenant presque mot pour mot la définition, Ph.-A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 4, 4^e éd., Garnery, 1812, V^o « Droit », p. 390.

⁷¹⁶ Ph.-A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 4, 4^e éd., Garnery, 1812, V^o « Droit », spéc. *Droit commun*, p. 390.

⁷¹⁷ L'idée de « droit commun provincial » n'est pas à rejeter mais, d'abord, il est déjà droit spécial par rapport au droit applicable à tout le territoire de l'État et, ensuite, il présente un intérêt limité du point de vue du droit français, lié à un État unitaire – l'idée de « province » y est plus faible que, par exemple, en droit canadien. Du point de vue du droit français contemporain, l'État serait donc l'entité pertinente pour étudier le droit commun territorial des institutions. Par exemple, relèvent du droit commun territorial de la prescription extinctive toutes les règles juridiques dont le domaine d'application *ratione loci* est indéfini, s'appliquent à toute la France (not. les articles 2219 et suivants du code civil, peu important leur degré de généralité *ratione materiae* et *personae*).

⁷¹⁸ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 412 ; l'auteur ne lie cependant pas explicitement ses propos au concept de droit commun. Le droit commun territorial renvoie à l'hypothèse d'« un droit commun à tout l'État » (R. David, « Droit commun et *common law* », in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milan, Giuffrè, 1969, vol. 1, p. 345 s., spéc. p. 353).

B. Exemples

196. **Droit français : le « droit commun de la France ».** Pour le droit français, appartient au droit commun territorial d'une institution toute règle dont le domaine *ratione loci* s'étend à toute la France⁷¹⁹. Le droit commun territorial y est parfois désigné sous le nom de *droit commun de la France*⁷²⁰.

197. **Régimes matrimoniaux.** C'est en ce sens que l'article 1393, alinéa 2, du code civil, – dont Carbonnier notait à ce propos qu'il « retrouve un sens inattendu »⁷²¹ – dispose, pour les régimes matrimoniaux, que les règles relatives au régime de communauté légale « formeront le droit commun de la France », c'est-à-dire le droit commun à tout le territoire. Et s'il s'agit là du seul texte à utiliser l'expression en son entier, d'autres articles, pour des institutions diverses, s'y réfèrent aussi.

198. **Autres illustrations.** Par exemple, l'article 2509 du code civil dispose qu'en principe, les règles relatives aux droits réels immobiliers applicables à Mayotte sont celles « de la législation civile de droit commun » ; sont visées les règles dont le domaine d'application *ratione loci* est indéfini sur le territoire français – les règles de droit commun territorial. La jurisprudence se réfère, elle aussi, au droit commun dans son application territoriale⁷²² ; le droit commun territorial est notamment au cœur du nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République dégagé par le Conseil constitutionnel le 5 août 2011⁷²³ et rappelé le 28 septembre 2012⁷²⁴. Visait encore le droit commun territorial l'ancien article 1135 *bis*, 1, alinéa 3, du code général des impôts, qui disposait que « pour les successions ouvertes à compter du 1^{er} janvier 2018, les immeubles et droits immobiliers situés en Corse sont soumis aux droits de mutation par décès dans les conditions de droit commun ». Le Conseil constitutionnel a cependant condamné à disparaître, sur le fondement du principe d'égalité, l'ensemble du dispositif successoral territorialement dérogatoire pour la Corse. C'est ce qui résulte des décisions *Loi de finances pour 2013* et *Loi de finances pour 2014*, respectivement rendues le 29 décembre 2012 et le 29 décembre 2013⁷²⁵. Il ne s'agit que d'un aperçu⁷²⁶, étant précisé dans tous les cas qu'il n'est

⁷¹⁹ Rapp. : « le droit commun d'un État, par exemple de la France, est celui que toute la nation observe » (*Encyclopédie*, dir. D. Diderot et J. le Rond d'Alembert, V^o « Droit commun », par Boucher d'Argis).

⁷²⁰ L'expression figure notamment dans le titre du célèbre traité de Bourjon (*Le droit commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principes*, Grangé et Cellot, 1770). V. aussi, parmi de multiples références, G. Leyte, « "Le droit commun de la France" ». Observations sur l'apport des arrétistes », *Droits* 2003, n° 38, p. 53 s. ; G. Ripert, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, réimpr. 1998, n° 1.

⁷²¹ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, *Introduction - Les personnes - La famille*, PUF Quadrige, 2004, n° 107, p. 196.

⁷²² V., à titre d'exemple, pour les successions, Civ. 1^{re}, 10 mai 2007, n° 05-12.140, *Bull. civ.* 1, n° 181 ; D. 2007, AJ p. 1602 : « aucune disposition du code civil local applicable dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, ne fait obstacle à ce qu'un héritier puisse prouver sa qualité selon les modes de preuve du droit commun de l'article 730 du code civil ».

⁷²³ Cons. const. 5 août 2011, n° 2011-157 QPC.

⁷²⁴ Cons. const. 28 sept. 2012, n° 2012-274 QPC.

⁷²⁵ Cons. const. 29 déc. 2012, n° 2012-662 DC, *Loi de finances pour 2013*, considér. n° 133 – Cons. const. 29 déc. 2013, n° 2013-685 DC, *Loi de finances pour 2014*, considér. n° 139-140. La fiscalité des successions en Corse retournera, en 2018, dans le giron du droit commun territorial. V. *infra*, not. n° 423.

⁷²⁶ D'autres exemples pourraient être cités. *Adde* ceux de la première partie. Ainsi, encore, la notion de « statut civil de droit commun » visée par l'article 75 de la Constitution du 4 octobre 1958 revêt de forts accents *territorialistes* ; sa situation dans un titre consacré aux collectivités territoriales en constitue un indice. Cela pourrait néanmoins être

nul besoin de mention explicite pour qu'une règle relève du droit commun territorial d'une institution donnée : il suffit qu'elle ait un domaine *ratione loci* indéfini. Le droit spécial territorial – parfois également nommé « droit local »⁷²⁷ –, quant à lui, est celui dont le domaine d'application territorial est défini, limité à une partie du territoire.

199. **Le *derecho común territorial* espagnol.** L'utilisation du droit commun territorial n'est pas limitée au système français. Ainsi, en Espagne, c'est en ce sens que les articles 13.2, 14.1 et 14.2 du *código civil* opposent *derecho común* (droit commun à tout le pays) et *derechos especiales o forales de las provincias* (droits spéciaux ou foraux des provinces)⁷²⁸. Cette application structure le droit espagnol, partagé pour de nombreuses institutions entre droit commun territorial⁷²⁹ – le droit espagnol général applicable à tout le territoire –, et règles forales – les règles spéciales territoriales à certaines *comunidades autónomas*⁷³⁰. Une illustration parmi d'autres,

débatu : le critère pourrait sembler davantage fondé sur le domaine d'application *personnel* du statut que sur son domaine d'application *territorial* (v. par ex. É. Ralser, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 733 s.). Cependant, tout statut de ce type n'est-il pas, avant tout, « local dans un certain sens, puisqu'il n'est composé que des règles rendues applicables dans le territoire considéré et qu'il peut donc varier d'un territoire à un autre » (P. Lampué, « Les conflits de lois interrégionaux et interpersonnels dans le système juridique français [métropolitain et d'outre-mer] », *Rev. crit. DIP* 1954, p. 249 s., spéc. n° 5, p. 258) ? Un tel statut « se relie, par son origine, à une région donnée » (*ibid.*, n° 13, p. 274), ce que ne contredit pas ce statut lié à des collectivités territoriales. Son critère premier de déclenchement est *territorial* : il s'applique certes à une personne – aucune règle de droit ne diffère véritablement sur ce point –, mais initialement en vertu des liens de cette personne avec le territoire concerné par le statut (cf. not. les motifs de Civ. 1^{re}, 26 juin 2013, n° 12-30.154, *Bull. civ.* I, n° 139, à propos du statut civil coutumier kanak). L'hypothèse n'a rien de comparable avec, par exemple, celle des règles spéciales applicables aux commerçants, pour lesquelles le lien avec une fraction de territoire est, sinon inexistant, du moins très lâche : le statut est alors purement personnel. Rappr. de la réflexion que suggère l'expression de « statuts personnels » à V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, thèse Paris I, 2009, n° 31 : ce serait « le signe que la frontière entre les conflits de type personnel et les conflits de type territorial n'est pas toujours aussi nette qu'on veut bien le croire ». V. aussi *ibid.*, n° 288 : « l'attache avec le territoire constitue une condition d'existence du statut coutumier ». Sur les statuts personnels, adde P. Gannagé, *Le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires - Droit libanais et droits proche-orientaux*, Bruylant et PU Saint-Joseph, 2001.

⁷²⁷ L'expression, surtout usitée pour le droit spécial territorial d'Alsace-Moselle, convient également pour les autres collectivités territoriales, à statut spécifique ou non (outre-mer, décentralisation, etc.) ; v. *infra*, n° 368 s. Rappr. B. Saintourens, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse Bordeaux I, 1986, n° 50 s., qui étudie la « localisation » comme critère de spécialité.

⁷²⁸ L'enseignement du droit est, en outre, souvent structuré sur cette distinction. C'est notamment le système qui fut consacré législativement, en 1857, pour la réorganisation des études de droit (I. de Casso y Romero [dir.], *Diccionario de derecho privado - Derecho civil, común y foral, derecho mercantil, derecho notarial y registral, derecho canónico*, t. 1, Barcelone, Labor, 1961, V° « *Derecho foral* », spéc. p. 1457, 2^e colonne). Quant aux ouvrages, v. par ex., pour le droit privé, J. L. Lacruz Berdejo, *Estudios de derecho privado común y foral*, t. 1 (*parte general y reales*), t. 2 (*obligaciones y sucesiones*) et t. 3 (*familia y otros temas*), Saragosse, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, 1992-1993 ; J. J. Rivas Martínez, *Derecho de sucesiones - Común y foral*, 3^e éd., Madrid, Dykinson, 2004-2005.

⁷²⁹ C'est parfois le vocabulaire explicitement utilisé. V. par ex. M. Pasquau Liaño, *Código civil y ordenamiento jurídico*, Grenade, Comares, 1994 ; *Código de sucesiones : derecho territorial común y foral*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002.

⁷³⁰ 1) V., pour la doctrine : I. de Casso y Romero (dir.), *Diccionario de derecho privado - Derecho civil, común y foral, derecho mercantil, derecho notarial y registral, derecho canónico*, t. 1, Barcelone, Labor, 1961, V° « *Derecho foral* », p. 1457 s. ; M. Pasquau Liaño, *Código civil y ordenamiento jurídico*, Grenade, Comares, 1994, p. 54 s. ; M. Ossorio, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, 25^e éd. par G. Cabanellas de las Cuevas, Buenos Aires, Heliasta, 1998, V° « *Derecho común* », p. 317. Adde V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, thèse Paris I, 2009, n°s 14, 65 et 74 ; B. Saintourens, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse Bordeaux I, 1986, n° 91 ; R. David, « Droit commun et *common law* », in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milan, Giuffrè, 1969, vol. 1, p. 345 s., spéc. p. 357.

2) Les *comunidades autónomas* qui possèdent un système foral sont les suivantes : Aragon, Baléares, Catalogne, Galice, Navarre, Pays basque, Valence. Pour une étude spécifique relative aux règles forales, v. J. L. Lacruz Berdejo, « Los derechos forales », in *Estudios de derecho privado común y foral*, t. 1 (*parte general y reales*), Saragosse, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, 1992-1993, p. 27 s. ; adde I. de Casso y Romero (dir.), *Diccionario de derecho privado - Derecho civil, común y foral, derecho mercantil, derecho notarial y registral, derecho canónico*, t. 1,

pour les testaments⁷³¹ : si le *código civil* espagnol prévoit quelques règles de droit commun territorial quant à la présence de témoins pour le testament devant notaire (par exemple aux articles 697 et suivants), ces règles doivent composer avec un certain nombre de règles spéciales territoriales ; par exemple, aux termes de l'article 52 de la *compilación de derecho civil de las Islas Baleares* réformée par une loi du 6 septembre 1990, la présence de témoins lorsque le testament est notarié n'est pas nécessaire, sauf – conditions alternatives – si le notaire ne connaît pas le testateur, si ce dernier est atteint de cécité ou de surdité, s'il ne sait pas ou ne peut pas signer, si le notaire l'estime nécessaire, ou si le testateur manifeste sa volonté en ce sens⁷³². Tout le droit des successions et libéralités est à l'avenant⁷³³, de même que celui de nombreuses autres institutions⁷³⁴.

200. **Autres illustrations.** D'autres exemples impliquant le droit commun territorial pourraient être donnés⁷³⁵. Qu'est-ce, déjà, que le *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* de 1794, sinon un code de règles – aux termes mêmes de son titre – *communes* à tout le territoire prussien⁷³⁶ ? Aujourd'hui encore, le droit commun territorial, qui désigne les règles applicables à tout l'État, ne serait pas inconnu du système allemand⁷³⁷. Pourrait en outre être cité le droit argentin général, entendu comme « territorialement [...] opposé au droit provincial, municipal ou local »⁷³⁸. La *common law* d'Angleterre tient une place à part.

Barcelone, Labor, 1961, V^o « *Derecho foral* », p. 1457 s. V. aussi l'exposé clair de <http://www.notariosyregistradores.com/opositores/temasdeopositores/re-ci-005.htm> (consulté le 4 mars 2014).

3) Les articles 148 et 149 de la Constitution espagnole de 1978 ont octroyé aux parlements des *comunidades autónomas* compétence pour conserver, mais également développer ce droit. Pour une étude du système qui en résulte, P. Subra de Bieusses, « Un État unitaire ultra-fédéral », *Pouvoirs* 2008, n^o 124, p. 19 s. V. aussi, pour la subsidiarité du droit national, l'article 149.3 *in fine* : « *el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las comunidades autónomas* ».

⁷³¹ J. J. Rivas Martínez, *Derecho de sucesiones - Común y foral*, t. 1, 3^e éd., Madrid, Dykinson, 2005, p. 483 s., « *Especialidades forales en materia testamentaria* ».

⁷³² Pour des développements sur ces règles, v. J. J. Rivas Martínez, *Derecho de sucesiones - Común y foral*, t. 1, 3^e éd., Madrid, Dykinson, 2005, p. 508 s.

⁷³³ J. J. Rivas Martínez, *Derecho de sucesiones - Común y foral*, t. 1, 3^e éd., Madrid, Dykinson, 2005, *passim*. Et, pour les sources, *Código de sucesiones : derecho territorial común y foral*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002.

⁷³⁴ 1) V. J. L. Lacruz Berdejo, *Estudios de derecho privado común y foral*, t. 1 (*parte general y reales*), t. 2 (*obligaciones y sucesiones*) et t. 3 (*familia y otros temas*), Saragosse, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, 1992-1993. Il peut en résulter, pour le juriste français non habitué à tant de règles locales (quand bien même celles-ci sont présentes en droit français, v. *infra*, n^o 350 s.), l'impression d'un droit extraordinairement complexe.

2) Quant à l'histoire, on pourra relever que le droit applicable dans tout l'Empire espagnol (XVI^e-XIX^e siècles) constituait du droit commun territorial, tandis que le droit édicté spécifiquement pour les « Indes », c'est-à-dire l'Amérique latine, ainsi que les coutumes propres à ces régions, constituait du droit spécial territorial (A. Guzmán Brito, « *Sobre la historia de las nociones de derecho común y derecho propio* », préf. à B. Bravo Lira, *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1989, p. XI s., spéc. VII, p. XXX-XXXI).

⁷³⁵ D'autres exemples auraient pu faire l'objet de développements. Notamment, v. l'article 348, 3^o, du *código civil* portugais, qui se réfère au « *direito comum português* ». Une étude comparative pourrait être menée, par l'examen, notamment, du « droit commun à l'Allemagne, à l'Espagne ou à l'Italie » (R. David, « Droit commun et *common law* », in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milan, Giuffrè, 1969, vol. 1, p. 345 s., spéc. p. 354).

⁷³⁶ La même question peut être formulée, entre autres exemples supplémentaires, à propos de l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) autrichien adopté en 1811.

⁷³⁷ Pour des développements, v. H. P. Glenn, *On common laws*, New York, Oxford University Press, 2005, p. 37 s. Adde O. Beaud, « L'Essai contre la codification ou le refus d'un droit uniforme pour l'Allemagne tout entière - Considérations sur l'impensé "territorial" dans la pensée juridique de Savigny », *Annuaire de l'Institut Michel Villey* 2009, vol. 1, p. 9 s., spéc. II, p. 18 s., « Le couple "droit commun"/"droits locaux" ».

⁷³⁸ M. Ossorio, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, 25^e éd. par G. Cabanellas de las Cuevas, Buenos Aires, Heliasta, 1998, V^o « *Derecho común* », p. 317 : « *Territorialmente, el contrapuesto al provincial, municipal o local* » (trad. libre).

C. Sens originaire de « common law »

201. **La common law, droit commun territorial de l'Angleterre.** C'est encore à ce droit commun territorial que renvoie originairement la⁷³⁹ *common law* d'Angleterre. Celle-ci apparaît même comme l'un des plus anciens corps systématiques de règles de droit commun au territoire de tout un royaume⁷⁴⁰ : lorsqu'elle se forme à partir de la conquête normande au XI^e siècle, elle est en effet le droit commun territorial de l'Angleterre, le droit commun du royaume, unitaire, qui remédie au morcellement des règles locales⁷⁴¹. Elle en tire d'ailleurs son nom : littéralement, *common law* signifie *loi commune*, ou plus exactement *droit commun*⁷⁴². *Common law* n'est d'ailleurs que la traduction anglaise de l'expression normande *commune ley*⁷⁴³. Ces termes ne relèvent pas du hasard : la *common law* d'Angleterre est originellement le droit commun entendu dans son application territoriale, « le droit, administré par les Cours royales de Westminster, qui est *commun à tout le royaume d'Angleterre* [...]. *Common law* ne veut pas dire à l'origine autre chose »⁷⁴⁴.

202. **Éclipse du sens originaire.** Au milieu du XVIII^e siècle encore, Blackstone enseigne que la référence au droit commun territorial d'Angleterre reste la « signification la plus stricte et la plus usuelle » de l'expression⁷⁴⁵ ; mais, à côté, il y reconnaît déjà d'autres significations concurrentes, plus larges⁷⁴⁶. Le déclin du sens originaire est amorcé. Et même s'il ne disparaît

⁷³⁹ Ou « le ». Des arguments existent dans les deux sens. V. not. H. Lévy-Ullmann, *Le système juridique de l'Angleterre* (1928), rééd. Panthéon-Assas, 1999, p. 54 ou A. J. Bullier, *La common law*, Dalloz, 2002 (« la ») ; P. Legrand et G. Samuel, *Introduction au common law*, La découverte, 2008, p. 9 s. (« le »).

⁷⁴⁰ R. C. Van Caenegem, *The birth of the English common law*, 2^e éd., Cambridge University Press, 1988, p. 88.

⁷⁴¹ Parmi des références abondantes : P. Legrand et G. Samuel, *Introduction au common law*, La découverte, 2008, p. 10 ; A. J. Bullier, *La common law*, Dalloz, 2002, p. 1 ; P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, 2013, n° 186 ; M. Delmas-Marty, *Vers un droit commun de l'humanité*, 2^e éd., Textuel, 2005, p. 61 (« le droit commun du royaume, source d'unité par opposition aux coutumes locales ») ; O. Beaud, « L'Europe entre droit commun et droit communautaire », *Droits* 1991, n° 14, p. 5 (« c'est un droit applicable de manière uniforme sur le territoire de l'Angleterre [droit territorial] et juridiquement valable grâce à la sanction efficace d'une autorité juridique ») ; R. David, « Le droit continental, la *common law*, et les perspectives d'un *jus commune* européen, in *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 113 s., spéc. p. 113 (« la *common law* d'Angleterre a bien eu le sens d'un droit uniforme appliqué dans tout le Royaume d'Angleterre ») ; C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 4. Adde J. Hudson, *The formation of the English common law*, Longman, Londres, 1996, p. 17 : « *Common law is territorial* ». Rapp. R. Legeais, *Grands systèmes de droit contemporains - Approche comparative*, 2^e éd., Litec, 2008, n° 10 ; *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, PUF, 2003, V^o « Droit commun », par J.-L. Thireau, p. 445 s., spéc. p. 447.

⁷⁴² L'expression constitue en effet « l'équivalent, mot pour mot, de “droit commun” » (A.-F. Bisson, « La disposition préliminaire du Code civil du Québec », *Revue de droit McGill*, t. 44, 1999, p. 539 s. [44 R.D. McGill 539], spéc. p. 553).

⁷⁴³ H. Lévy-Ullmann, *Le système juridique de l'Angleterre* (1928), rééd. Panthéon-Assas, 1999, p. 54.

⁷⁴⁴ R. David, « Droit commun et *common law* », in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milan, Giuffrè, 1969, vol. 1, p. 345 s., spéc. p. 348. V. aussi R. David et C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 11^e éd., Dalloz, 2002, n° 220. Il ne s'agissait pourtant que d'un droit commun territorial, et non d'un droit commun matériel : c'était le « droit d'une classe », au domaine *ratione personæ* limité, et non le droit de tous les habitants du royaume (R. C. Van Caenegem, *The birth of the English common law*, 2^e éd., Cambridge University Press, 1988, p. 96 [trad. libre]).

⁷⁴⁵ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England (1765-1769)*, 14^e éd. par E. Christian, Londres, Strahan, 1803, introd., « *Of the Laws of England* », p. 63 s., spéc. p. 66 : « *General customs* [...] *are the universal rules of the whole kingdom, and form the common law, in its stricter and more usual signification* » (trad. libre).

⁷⁴⁶ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England (1765-1769)*, 14^e éd. par E. Christian, Londres, Strahan, 1803, introd., « *Of the Laws of England* », p. 63 s., spéc. p. 66 s.

jamais totalement⁷⁴⁷, ce dernier est peu à peu mis en retrait⁷⁴⁸ au profit de sens dérivés forgés par métonymie : dans la conscience juridique collective, la *common law* ne désigne plus tant le droit commun territorial de l'Angleterre que, soit le système concurrent à celui de l'*equity*⁷⁴⁹, soit tout le droit non écrit d'Angleterre par opposition à la *statute law*⁷⁵⁰. Au-delà, l'expression « *common law* » en est venue à parfois désigner un modèle juridique tout entier, celui des systèmes étatiques caractérisés par une certaine prépondérance du droit non écrit et du *precedent* jurisprudentiel⁷⁵¹ – « un corps de règles judiciaires basé sur un très vieux fonds coutumier »⁷⁵² –, par opposition aux systèmes de *civil law* réputés davantage inspirés de la tradition romaniste⁷⁵³. Cette mutation des sens de l'expression « *common law* » s'étend d'ailleurs au-delà du seul droit anglais : en droit des États-Unis d'Amérique par exemple, l'expression ne renvoie pas à un droit commun territorial⁷⁵⁴, mais plutôt, sur le modèle des nouveaux sens dégagés en droit anglais, au droit créé par le juge – *judge-made law* –⁷⁵⁵, lorsqu'elle n'est pas utilisée pour désigner le système juridique tout entier⁷⁵⁶.

⁷⁴⁷ V. par ex. J. J. S. Wharton, *The law lexicon, or dictionary of jurisprudence* (1848), réimpr. Littleton, Rothman & Co., 1987, V^o « *Common law [lex communis]* », p. 183, qui écrit que « beaucoup utilisent [l'expression] pour désigner simplement un droit “commun” à tout le royaume » (trad. libre).

⁷⁴⁸ Une édition postérieure des mêmes *Commentaries* de Blackstone l'atteste (Londres, Murray, 1865, adapté par R. M. Kerr) : le « *stricter and more usual signification* » est tronqué en « *stricter signification* » ; s'il s'agit encore du sens le plus strict de l'expression, il ne s'agit plus de son sens le plus courant.

⁷⁴⁹ Depuis ses débuts au XIV^e siècle. V. déjà A. Smith, *Leçons sur la jurisprudence* (1762-1764), trad. H. Commetti, Dalloz, 2009, p. 95, 138-139, 234, 245, 412-413, qui oppose *common law* à *equity*. Adde R. David et C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 11^e éd., Dalloz, 2002, n^o 231 s. (partic. n^o 235) ; P. Legrand et G. Samuel, *Introduction au common law*, La découverte, 2008, p. 18 s. ; A. Sériaux, *Le droit - Une introduction*, Ellipses, 1997, n^o 206.

⁷⁵⁰ H. Lévy-Ullmann, *Le système juridique de l'Angleterre* (1928), rééd. Panthéon-Assas, 1999, p. 58.

⁷⁵¹ V. not. R. Pound, *History and system of the common law*, 3^e éd. avec T. F. T. Plucknett, Rochester, The lawyers cooperative publishing company, 1927, p. 43 s., « *The common law as a system* » ; R. David et C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 11^e éd., Dalloz, 2002, n^o 18, qui y voient une « famille de droits » (v. aussi n^o 214 s.) ; J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., 2012, n^o 130 s., p. 148 s. ; P. Legrand et G. Samuel, *Introduction au common law*, La découverte, 2008, p. 20 s.

⁷⁵² H. Lévy-Ullmann, *Le système juridique de l'Angleterre* (1928), rééd. Panthéon-Assas, 1999, p. 56-57. Adde, pour un constat proche en droit contemporain des États-Unis, *American jurisprudence*, 2^e éd., 2000, t. 15A, V^o « *Common law* », par T. A. Thomas, spéc. § 1.

⁷⁵³ V. not. *American jurisprudence*, 2^e éd., 2000, t. 15A, V^o « *Common law* », par T. A. Thomas, spéc. § 1.

⁷⁵⁴ 1) V. not. l'absence totale de mention de l'idée de droit commun dans *American jurisprudence*, 2^e éd., t. 15A, V^o « *Common law* », par T. A. Thomas (sauf § 1, note 2 *in fine*, où il n'y est fait référence qu'en lien avec la naissance historique de l'expression en Angleterre ; v. aussi *Supreme Court of North Carolina*, 16 juin 1961, *State v. Bass*, 120 S. E. 2d 580, spéc. p. 582 [et 255 N. C. 42] : « *to the early writers on English law the “common law” meant those rules which [...] had come to be recognized as the law of the land* » ; adde G. Hughes, « *Common law systems* », in *Fundamentals of American law*, dir. A. B. Morrison, Oxford University Press, 1996, p. 9 s., spéc. p. 9 « “common”, because it allegedly represented customs common to the whole kingdom [of England], in contrast with rules applied only locally [...]. The common law thus had a unifying, state-building aspect ». Cependant, un dictionnaire écrit qu'un sens de l'expression est encore de désigner le « droit général commun au pays comme un tout, tel qu'opposé au droit spécial qui a seulement une application locale » : B. A. Garner (dir.), *Black's law dictionary*, 9^e éd., Saint Paul, West, 2009, V^o « *Common law* », sens 3, p. 313 (trad. libre ; « *General law common to the country as a whole, as opposed to special law that has only local application* ») ; ce sens reste rare et les dictionnaires déconseillent de l'utiliser, sous peine de confusions (J. Salmond *jurisprudence*, p. 97, dir. G. L. Williams, 10^e éd., 1947, cité par B. A. Garner, *op. cit.*, p. 314).

2) La question de la *general federal common law* est trompeuse : dans l'expression, « *common law* » ne renvoie pas au droit commun, mais bien différemment au droit créé par le juge. La question peut néanmoins présenter un lien avec l'idée de droit commun territorial, mais parce qu'elle implique le droit fédéral, applicable sur tout le territoire – et non parce qu'elle implique le concept de *common law*, qui ne désigne que le droit jurisprudentiel. V. juste *infra*.

⁷⁵⁵ Ce pourrait être le sens de l'expression « *common law* » dans le 7^e amendement à la Constitution des États-Unis. V. aussi S. Sheppard (dir.), *Bouvier law dictionary* (desk edition), New York, Wolters Kluwer, 2012, V^o « *Law, Common law (lex communis)* », t. 1, p. 1550 (« *the law arising from judicial decisions in practical cases* ») ; *American jurisprudence*, 2^e éd., 2000, t. 15A, V^o « *Common law* », par T. A. Thomas, spéc. § 1, p. 564-565 (« *the common law, as frequently defined, includes those rules of law which do not rest for their authority upon any express or positive statute or other written declaration, but rather upon statements of principles found in the decisions of the courts* » – et les références citées).

203. **Difficultés de traduction.** Si l'expression de *common law* porte encore historiquement en elle l'idée d'un droit commun territorial⁷⁵⁷, cette évolution entraîne des difficultés de traduction⁷⁵⁸.

204. **Difficulté de traduire *common law* en français.** D'une part, l'expression de « *common law* » apparaît difficile à traduire en français. La traduction par « droit commun » semble notamment devoir être évitée⁷⁵⁹ car, quoique historiquement et littéralement exacte, elle ne l'est plus aujourd'hui et apparaît source de confusions. Au-delà, il est souvent recommandé de laisser de côté toute traduction⁷⁶⁰. Ainsi, pour un juriste francophone, la *common law* resterait donc la *common law*, laissant dans l'oubli le fait qu'elle désignait, et désigne encore, dans une certaine mesure et avant tout le reste, le *droit commun territorial* de l'Angleterre.

205. **Difficulté de traduire *droit commun* en anglais.** D'autre part, réciproquement, cette évolution vers la pluralité des sens de l'expression « *common law* » rend l'expression « droit commun » difficile à traduire en anglais. Si la traduire par « *common law* » pourrait sembler littéralement acceptable, cette traduction ne peut néanmoins être retenue, car elle introduirait une confusion⁷⁶¹. Peut-être la meilleure attitude consisterait-elle à ne la point traduire – pensons au législateur québécois, qui avait initialement semblé préféré ne pas traduire, dans la version anglophone du code civil du Québec, l'expression « droit commun » utilisée dans la disposition préliminaire⁷⁶². Et, si elle devait absolument être traduite, peut-être conviendrait-il

⁷⁵⁶ V. par ex. S. Sheppard (dir.), *Bouvier law dictionary* (desk edition), New York, Wolters Kluwer, 2012, V° « *Law, Common law (lex communis)* », t. 1, p. 1550 (« *generic name for the legal system of the United States and the other legal systems built roughly from English models* »); G. Hughes, « *Common law systems* », in *Fundamentals of American law*, dir. A. B. Morrison, Oxford University Press, 1996, p. 9 s., spéc. p. 9 (« *American legal systems [...] are characterized as "common law" systems, in contrast with the systems [...] called "civil law"* »).

⁷⁵⁷ V. not. J. Hudson, *The formation of the English common law*, Longman, Londres, 1996, p. 17 : « *Common law must contrast with a regionally based law* ».

⁷⁵⁸ Elle entraîne également des difficultés de compréhension. V. not. J. J. S. Wharton, *The law lexicon, or dictionary of jurisprudence* (1848), réimpr. Littleton, Rothman & Co., 1987, V° « *Common law (lex communis)* », p. 183, trad. libre (« *the meaning of this term is very ambiguous, the expression being used in various senses* »).

⁷⁵⁹ Dans le même sens, *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, PUF, 2003, V° « *Common law* », par É. Picard, p. 238 s., spéc. p. 238; J.-C. Gémard et V. Ho-Thuy, *Difficultés du langage du droit au Canada*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1997, V^{is} « *Droit commun, Common law* », p. 86 (qui estiment que traduire « *common law* » par « droit commun » « serait une grave erreur »). Comp. avec les auteurs qui proposent cette traduction en contemplation du sens originaire de l'expression : v. not. la traduction de Bentham par É. Dumont, qui retient l'expression de « loi commune », ou encore les écrits de Glasson (cités par H. Lévy-Ullmann, *Le système juridique de l'Angleterre* (1928), rééd. Panthéon-Assas, 1999, p. 53). Rapp. L. Assier-Andrieu, *L'autorité du passé - Essai anthropologique sur la Common Law*, Dalloz, 2011, p. 13 : « loi commune ».

⁷⁶⁰ En ce sens, v. not. P. Legrand et G. Samuel, *Introduction au common law*, La découverte, 2008, p. 22 s.; H. Lévy-Ullmann, *Le système juridique de l'Angleterre* (1928), rééd. Panthéon-Assas, 1999, p. 53-54; *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, PUF, 2003, V° « *Common law* », par É. Picard, p. 238 s., spéc. p. 238. V. aussi J.-C. Gémard et V. Ho-Thuy, *Difficultés du langage du droit au Canada*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1997, V^{is} « *Droit commun, Common law* », p. 86.

⁷⁶¹ Présenter le concept de « droit commun » à un juriste anglophone comme était la « *common law* » est en effet le gage de malentendus prévisibles. Dans le même sens, v. not. R.-G. de Groot et C. J. P. Van Laer, « *The dubious quality of legal dictionaries* », 34 *International Journal of Legal information* 65, spéc. p. 71.

⁷⁶² Expression qui s'est néanmoins mystérieusement retrouvée remplacée par « *jus commune* » au moment de l'édition postérieure de ladite version, ce que critique la doctrine tant pour la méthode que pour le fond; v. les obs. critiques sous la disposition préliminaire in *Code civil du Québec - Édition critique*, 20^e éd., par J.-M. Brisson et N. Kasirer, Cowansville, Blais, 2012-2013, p. 1. Sur le caractère malaisé de la traduction à travers l'exemple québécois (excellent laboratoire pour les traductions, du fait du bilinguisme), v. H. P. Glenn, « *La Disposition préliminaire du Code civil du Québec, le droit commun et les principes généraux du droit* », *Les cahiers de droit*, t. 46, 2005, p. 339 s., spéc.

au moins d'utiliser une expression qui ne renverrait à aucune notion de nature à induire en erreur, comme, par exemple, « *common rules of law* », « *general rules of law* », « *general law* », ou encore, comme à l'article 1725 du code civil du Québec, « *ordinary law* »⁷⁶³ – « *jus commune* », expression finalement retenue dans la version anglophone de la disposition préliminaire du code civil du Québec, ne semblant pas le choix le plus judicieux, l'expression renvoyant à autre chose que le concept de droit commun proprement dit⁷⁶⁴. Le philosophe et juriste Jeremy Bentham se plaignait déjà ouvertement de ces difficultés de traduction : alors qu'il veut exposer une distinction reposant sur le degré de généralité des règles dans le système britannique, qui peut être exprimée en français par le recours aux notions de droit commun et de droit spécial, il est confronté à l'absence de termes anglais lui permettant de le faire, et fustige pour cette raison l'« imperfection » de la langue anglaise, selon lui inapte à clairement rendre compte de l'idée⁷⁶⁵.

206. Conséquence sur le droit commun dans les systèmes anglophones : existence de l'idée sans le mot. Résultat de cette évolution de sens de l'expression « *common law* » et des difficultés de traductions qu'elle implique : si l'idée du droit commun – pour une institution, les règles juridiques dont le domaine d'application est indéfini – peut exister dans les systèmes de *common law*, la pleine conscience de ces règles d'une généralité absolue comme faisant partie d'un concept fait sans doute défaut, faute de terme adéquat à même de l'exprimer, de le nommer. La technique existerait, mais elle ne serait pas *nommée*. Tout porte à considérer que dans les systèmes juridiques de langue anglaise, aucun concept nommé n'existe plus désormais comme équivalent de celui de « droit commun » alors que, pourtant, la réalité des règles d'un degré de généralité absolue y existe bien. Notamment, les règles générales au domaine d'application *ratione loci* indéfini, constitutives de ce qui peut être qualifié de « droit commun territorial », sont bien présentes dans les systèmes anglophones. Si le mot n'existe pas, l'idée, elle, y est ; l'exemple du droit des États-Unis d'Amérique l'illustre⁷⁶⁶.

p. 341 ; A.-F. Bisson, « La disposition préliminaire du Code civil du Québec », *Revue de droit McGill*, t. 44, 1999, p. 539 s. (44 R. D. McGill 539), spéc. p. 551 à 553 ; M. Juneau, *La notion de droit commun en droit civil québécois*, Université Laval, Québec, 2009, p. 8, 51, 57.

⁷⁶³ Ici utilisée pour traduire « droit commun de la propriété » (« *ordinary law of ownership* »). De manière générale, rapp. par ex. J. Bentham, *Of laws in general*, par H. L. A. Hart, Londres, Athlone, 1970, chap. 9, n° 1, p. 76.

⁷⁶⁴ 1) Comme telle, l'expression renvoie au droit romano-canonique et au passé des pays d'Europe. V. *infra*, n° 277 s. 2) Indice supplémentaire du caractère parfois approximatif des traductions, à l'article 1725 du même code civil du Québec, l'expression française « droit commun de la propriété » est, on l'a dit, traduite dans la version anglaise non pas par « *jus commune* » comme dans la disposition préliminaire, mais par « *ordinary law of ownership* ».

⁷⁶⁵ J. Bentham, *Of laws in general*, par H. L. A. Hart, Londres, Athlone, 1970, chap. 9, p. 76-77. Rapp. W. Tetley, « *The general maritime law - The lex maritima (with a brief reference to the ius commune in arbitration law and the conflict of laws)* », *Syracuse journal of international law* 1994, vol. 20, p. 105 s. (20 SYRJLC 105), spéc. p. 141-142. Dans le même sens, les études comparatives qui souhaitent faire mention du concept de « droit commun » ont souvent des difficultés à trouver une expression anglaise restituant l'idée sans la trahir ; v. par ex. L. M. Velarde Saffer, *The borderland of contracts and torts : comparative analysis of its (different) treatment in civil law and common law systems*, dir. J. Goldberg, mémoire de LLM, Harvard law school, 2013, spéc. VII, « *Conclusions* », où « *is the rule* » est l'expression finalement utilisée pour traduire l'idée selon laquelle le non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle « est de droit commun » dans le système français.

⁷⁶⁶ Il en est de même dans les autres pays inspirés du système juridique de l'Angleterre. Outre cet exemple, v. celui de l'Australie : « *there is an Australian law in the sense that there are, collectively, set of rules of human conduct made by the federal Parliament applicable to and governing all Australians and other people who live or have come into the geographical boundaries of the Commonwealth of Australia. These are federal laws that have a federal application* » (D. K. Srivastava, T. Deklin et P. Singh, *Introduction to Australian law*, Sydney, LBC, 1996, p. 10-11).

207. **Existence d'un droit commun territorial innommé : exemple des États-Unis d'Amérique.** En droit des États-Unis d'Amérique, ce qui correspond à la technique du droit commun territorial pourrait exister sans être nommé ainsi ; l'idée se retrouverait sous l'étiquette du droit fédéral (*federal law*) applicable à tout le territoire. En effet, les textes constitutionnels fédéraux, et les règles fédérales qui en découlent, dont le domaine d'application *ratione loci* est indéfini, ne sont-ils pas un ensemble de règles communes à l'ensemble du territoire des États-Unis⁷⁶⁷ ? Ainsi en est-il, notamment, des règles contenues dans la Constitution fédérale du 17 septembre 1787⁷⁶⁸, ainsi que dans tous ses amendements, ou qui découlent de ces sources. Là se trouverait, sans le nom, le droit commun territorial ; il concernerait les institutions pour lesquelles les autorités fédérales sont compétentes. Le « droit commun territorial », si l'on admet de plaquer syncrétiquement le nom à un système qui n'en connaît que l'idée, existerait donc pour certaines institutions – au-delà des institutions politiques, sont souvent cités, par exemple, les brevets, la santé publique, les difficultés des entreprises, l'éducation, ou le droit maritime⁷⁶⁹.

208. **Limite du « droit commun territorial » aux États-Unis dans les sources : absence de droit commun territorial de source jurisprudentielle.** Sur le plan des sources, les États-Unis ne connaîtraient pourtant pas de droit commun territorial plus développé : cette question est celle, célèbre, de l'absence d'une *common law* fédérale générale, c'est-à-dire d'un droit jurisprudentiel fédéral général⁷⁷⁰. La Cour suprême des États-Unis avait initialement accepté de reconnaître l'existence d'une « *general federal common law* » dans une décision *Swift v. Tyson* de 1842⁷⁷¹. Était ainsi acceptée l'idée d'un droit commun territorial édicté par les juges, en complément des règles fédérales contenues dans la Constitution, édictées par le Congrès et l'administration⁷⁷² – position approuvée par ceux qui soutenaient l'uniformité territoriale du droit⁷⁷³. Ce précédent fut cependant renversé (*overruled* ou *overturned*) en 1938, par une importante décision *Erie railroad co. v. Tompkins*⁷⁷⁴, laquelle pose sans détours qu'il n'existe pas de *common law*

⁷⁶⁷ V. B. Saintourens, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse Bordeaux I, 1986, n° 88.

⁷⁶⁸ Une Constitution serait, par essence, à la source des premières règles de droit commun territorial pour les institutions qu'elle concerne. Telle est la raison pour laquelle tous les systèmes juridiques étatiques connaîtraient toujours *a minima* des règles de droit commun territorial : certaines sont nécessaires pour organiser l'État, même organisé sous la forme de la plus poussée des fédérations.

⁷⁶⁹ La doctrine relève d'ailleurs que si le droit des États (*state law*) reste important, la part du droit fédéral (*federal law*) source de règles au domaine d'application territorial indéfini s'est sensiblement accrue (L. M. Friedman, *A history of American law*, 2^e éd., New York, Touchstone, 1985, « Epilogue », p. 659 s., spéc. p. 660 : « *federal law is infinitely more important than a century ago – in taxation, regulation of business, civil rights, protection of the environment. It is now massive, dominant, overbearing* »).

⁷⁷⁰ 1) Rapp. E. A. Farnsworth, *An introduction to the legal system of the United States*, 4^e éd., par S. Sheppard, Oxford University Press, 2010, p. 50 : « *federal law is supreme only in limited areas* ». V. aussi B. Saintourens, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse Bordeaux I, 1986, n° 88.

2) *Common law* désignant ici, on le note, non pas le droit commun territorial – dont la substance se trouve dans le concept de *federal law*, et non dans celui de *common law* –, mais un droit fait par le juge.

⁷⁷¹ Cour suprême des États-Unis d'Amérique, janv. 1842, *Swift v. Tyson* (41 U. S. 1, 16 Pet. 1). Sur cette décision, v. not. I. Younger, « *What happened in Erie* », *Texas Law Review* 1978, vol. 56, p. 1011 s. (56 TXLR 1011), spéc. p. 1015 s.

⁷⁷² À partir de cette décision en effet, et jusqu'au revirement intervenu en 1938, a prospéré l'idée d'un droit commun territorial fédéral issu des décisions de justice, d'une « *federal common law* » générale (E. A. Farnsworth, *An introduction to the legal system of the United States*, 4^e éd., par S. Sheppard, Oxford University Press, 2010, p. 51).

⁷⁷³ E. A. Farnsworth, *An introduction to the legal system of the United States*, 4^e éd., par S. Sheppard, Oxford University Press, 2010, p. 51.

⁷⁷⁴ Cour suprême des États-Unis d'Amérique, 25 avr. 1938, *Erie Railroad co. v. Tompkins* (304 U. S. 64) ; É. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 2010, n° 16, p. 250 s. Sur cette décision et ses liens avec le rejet d'un droit commun territorial aux États-Unis d'Amérique, v. aussi R. David, « Droit commun et *common law* », in *Studi*

fédérale générale – dans lequel on peut voir un droit commun à tout le territoire des États-Unis de source jurisprudentielle⁷⁷⁵. C'est, depuis lors, acquis : il n'existe pas de droit commun territorial autre que celui expressément contenu dans les règles écrites fédérales, ou dérivé d'elles. Quoique, de fait, elle dise le droit, la jurisprudence n'est pas autorisée à créer de droit commun territorial – les cours des États fédérés parce qu'elles n'en ont pas la compétence, et les cours fédérales parce qu'elles se le voient prohiber par le précédent *Erie*⁷⁷⁶. Sur le plan des sources, du fait de cette décision, le droit commun territorial ne peut plus compter sur l'appui du juge⁷⁷⁷.

209. **Limite du « droit commun territorial » aux États-Unis dans les institutions concernées : modestie pour les institutions de droit privé.** Au demeurant, du fait de la répartition constitutionnelle des compétences entre le pouvoir fédéral et celui des États – notamment en vertu du dixième amendement à la Constitution, qui réserve aux États les pouvoirs non spécifiquement transférés aux États-Unis⁷⁷⁸ –, les règles fédérales au domaine d'application *ratione loci* indéfini sur le territoire des États-Unis concernent peu les institutions qu'une approche continentale considère comme relevant du droit privé traditionnel (*contracts, torts, property*, etc.) ; pour celles-ci, le droit des États règne en maître. Par exemple, il n'existe pas véritablement de droit commun territorial des contrats⁷⁷⁹ : sauf exception de contrats relevant des compétences fédérales – par exemple les « *public contracts* », qui font l'objet du titre 41 du *United States code* –, la réglementation des contrats traditionnels relève du droit de chaque État, c'est-à-dire de la *state law*⁷⁸⁰. En particulier, la doctrine enseigne que la *consideration* est un « élément essentiel » du contrat⁷⁸¹, et nombreuses sont les décisions à le rappeler⁷⁸² ; mais il ne s'agit jamais que de l'application de règles propres à chaque État⁷⁸³ : aucune règle fédérale ne l'établit. La part

in memoria di Tullio Ascarelli, Milan, Giuffrè, 1969, vol. 1, p. 345 s., spéc. p. 361 ; B. Saintourens, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse Bordeaux I, 1986, n° 88. *Adde*, sur l'importance de la décision, I. Younger, « *What happened in Erie* », *Texas Law Review* 1978, vol. 56, p. 1011 s. (56 TXLR 1011), spéc. p. 1011-1012 ; C. E. Clark, « *State law in the federal courts : the brooding omnipresence of Erie v. Tompkins* », *Yale Law journal* 1946, vol. 55, p. 267 s. (55 YLJ 267), spéc. p. 269.

⁷⁷⁵ La décision *Erie v. Tompkins* est claire : « *there is no general federal common law* » (304 U. S. 78). V. aussi C. E. Clark, « *State law in the federal courts : the brooding omnipresence of Erie v. Tompkins* », *Yale Law journal* 1946, vol. 55, p. 267 s. (55 YLJ 267), spéc. p. 273.

⁷⁷⁶ Il existerait néanmoins une exception, concernant les questions pour lesquelles une règle fédérale est nécessaire pour protéger des intérêts exclusivement fédéraux et celles pour lesquelles le Congrès a donné aux cours le pouvoir de développer des règles de droit : v. Cour suprême des États-Unis d'Amérique, 26 mai 1981, *Texas industries inc. v. Radcliff materials inc.* (451 U. S. 630), spéc. III B (p. 640, et les références citées).

⁷⁷⁷ B. A. Garner (dir.), *Black's law dictionary*, 9^e éd., Saint Paul, West, 2009, V^o « *Common law* », sens 1, p. 313 : « *So even though there is a "federal common law", there is no longer a general federal common law applicable to all disputes heard in federal courts* ».

⁷⁷⁸ Ce dixième amendement dispose : « *The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the states, are reserved to the states respectively, or to the people* ».

⁷⁷⁹ Pour ce constat sans l'expression, v. *Calamari and Perillo on contracts*, 6^e éd. par J. M. Perillo, Saint Paul, West, 2009, « *introduction* », § 1.6, « *sources of contract law* », p. 14 ; C. L. Kunz et C. L. Chomsky, *Contracts - A contemporary approach*, Saint Paul, West, 2010, « *introduction* », § 2.1, p. 5.

⁷⁸⁰ C. L. Kunz et C. L. Chomsky, *Contracts - A contemporary approach*, Saint Paul, West, 2010, « *introduction* », § 2.1, p. 5.

⁷⁸¹ *American jurisprudence*, 2^e éd, t. 17A, 2004, V^o « *Contracts* », par L. Dietz et al., § 106, spéc. p. 127-128, trad. libre ; v. aussi E. A. Farnsworth, *Contracts*, 4^e éd., New York, Aspen, 2004, § 2.2 s., p. 47 s.

⁷⁸² V. not. *Court of appeals of North Carolina*, 7 juin 1983, *Owen*, 303 S. E. 2d 351 (et 62 N. C. App. 506), « *Consideration is the glue that binds the parties to a contract together* » ; v. aussi *United States Court of appeals* (3rd circuit), 13 mars 2002, *Blair v. Scott specialty gases*, 283 F. 3d 595.

⁷⁸³ Droit de Caroline du Nord pour la décision *Owen* ; droit de Pennsylvanie pour la décision *Blair* ; etc.

de ce droit commun territorial innommé reste donc modeste, même si elle a pu s'accroître au fil des ans⁷⁸⁴.

210. **Inconvénients de la modestie du droit commun territorial.** Pour n'être pas hégémonique, cette puissance du droit des États suffit à freiner le développement des règles communes à tout le territoire. Si le système présente certains avantages⁷⁸⁵, il suscite néanmoins des critiques récurrentes : absence d'unité du droit sur le territoire national⁷⁸⁶, diversité des solutions retenues sur un même point de droit dans des États même proches⁷⁸⁷, incertitudes fréquentes sur le droit applicable ou encore risques accrus de *forum* et de *law shopping*⁷⁸⁸ – activité qu'un juge put même qualifier de « passe-temps juridique national »⁷⁸⁹.

211. **Remèdes doctrinaux : propositions doctrinales de droit commun territorial.** Les travaux de l'*American Law Institute* (ALI) tâchent de limiter ces inconvénients, à travers la rédaction de propositions de textes pour des institutions variées⁷⁹⁰. Parmi ces propositions figurent notamment le *Uniform commercial code*, dont l'architecte fut Karl Llewellyn, ou encore les *Restatements* portant sur diverses institutions (par exemple *contracts*, *torts*, *property*, *trusts*). En elles-mêmes, ces « lois modèles » sont dépourvues de juridicité et restent des propositions doctrinales⁷⁹¹, qui ne peuvent recevoir la qualification de droit commun (même si leur autorité morale est importante⁷⁹², ces textes, « émis par un organisme privé, n'ont pas force de loi »⁷⁹³) ; et

⁷⁸⁴ Si le domaine du droit fédéral s'est accru au cours du XX^e siècle, la part du local reste « colossale » et « le pays reste, comparé à la France [...] extrêmement décentralisé, et le pouvoir est extrêmement dispersé » (L. M. Friedman, *A history of American law*, 2^e éd., New York, Touchstone, 1985, « Epilogue », p. 659 ; trad. libre).

⁷⁸⁵ Parmi lesquels, notamment, la plus grande proximité avec les gouvernés, avantage important dans un pays aux dimensions d'un continent. Cette configuration est en outre intimement liée à l'histoire des États-Unis. Pour des développements, L. M. Friedman, *A history of American law*, 2^e éd., New York, Touchstone, 1985, « Epilogue », p. 659.

⁷⁸⁶ La doctrine relève que ce système entraîne des « conséquences néfastes sur l'uniformité du droit », « tellement valorisée dans la tradition du droit continental parce que garante de l'égalité » (É. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 2010, n° 16, p. 250 s., spéc. § 15, p. 260). V. aussi les regrets exprimés *in fine* par C. E. Clark, « *State law in the federal courts : the brooding omnipresence of Erie v. Tompkins* », *Yale Law journal* 1946, vol. 55, p. 267 s. (55 YLJ 267), spéc. p. 296.

⁷⁸⁷ Par exemple, pour la question de l'étendue des garanties dans les ventes commerciales immobilières, v. F. M. Powell et J. P. Mallor, « The case for an implied warranty in sales of commercial real estate », *Washington university law quarterly* 1990, t. 65, p. 305 s. (65 Wash. U. L. Q. 305), qui insistent sur l'absence de consensus des divers droits.

⁷⁸⁸ Pour une vue d'ensemble, v. not. F. K. Juenger, « *Forum shopping, domestic and international* », *Tulane law review* 1989, vol. 63, p. 553 s. (63 Tul. L. Rev. 553). C'est notamment le système auquel donne lieu le refus, par la décision *Erie Railroad v. Tompkins*, d'un droit jurisprudentiel commun aux États-Unis : les questions qui ne peuvent pas être appréhendées par la *federal common law* sont alors laissées à la réglementation jurisprudentielle des cours de chacun des États. Pour les questions du droit applicable posées après la décision *Erie*, et pour des éléments de réponse, v. déjà Cour suprême des États-Unis d'Amérique, 2 juin 1941, *Klaxon co. v. Stentor electric MGF co.* (313 U. S. 487).

⁷⁸⁹ S. Wright, « *The Federal courts and the nature and quality of state law* », 13 Wayne L. Rev. 313 (1967), spéc. p. 333, cité par F. K. Juenger, « *Forum shopping, domestic and international* », *Tulane law review* 1989, vol. 63, p. 553 s. (63 Tul. L. Rev. 553), note 1 (trad. libre).

⁷⁹⁰ V. not. M. Franklin, « *The historic function of the American Law institute : restatement as transitional to codification* », *Harvard law review* 1934, vol. 47, p. 1367 s. (47 Harv. L. Rev. 1367), not. p. 1372.

⁷⁹¹ V. par ex. C. L. Kunz et C. L. Chomsky, *Contracts - A contemporary approach*, Saint Paul, West, 2010, « introduction », § 2.3, p. 7 : « *the UCC is a proposal to the states* » ; E. A. Farnsworth, *United States contract law*, Juris Publishing, 1999, n° 3.1, p. 53 (« *These sources [are] persuasive only* »).

⁷⁹² *Calamari and Perillo on contracts*, 6^e éd. par J. M. Perillo, Saint Paul, West, 2009, « introduction », § 1.6, « *sources of contract law* », p. 14. Par exemple, les propositions du UCC ont été reprises, au moins en partie – parfois, il est vrai, avec des variations substantielles –, dans les cinquante États de même que dans le *District of Columbia* (C. L. Kunz et C. L. Chomsky, *Contracts - A contemporary approach*, Saint Paul, West, 2010, « introduction », § 2.3, p. 8). L'autorité de ces propositions est ainsi *non ratione imperiis, sed rationis imperio*, pour reprendre l'expression usitée par les anciens

si, une fois adoptées par un ou plusieurs États, ces propositions changent de nature et deviennent du droit, elles ne sont alors plus territorialement communes, mais particulières à chaque État⁷⁹⁴. Les remèdes ne sont donc pas parfaits et ne permettent pas de proposer un équivalent au droit commun territorial là où il fait défaut. Ce travail doctrinal n'en est pas moins regardé comme « la contribution la plus massive à l'uniformité » qu'aient connue les États-Unis⁷⁹⁵.

212. **Un droit commun territorial connu de nombreux systèmes.** Quoi qu'il en soit, le constat s'impose : l'utilisation du droit commun territorial est partagée par un grand nombre de systèmes juridiques, nommé (souvent) ou innommé (existerait alors l'idée sans le mot). Il en est de même pour le droit commun matériel.

§ II – Le droit commun matériel

213. **Plan.** C'est à cette seconde application du concept⁷⁹⁶ que sont consacrées, dans leur majorité, les études contemporaines sur le droit commun⁷⁹⁷. L'exposé de ce qui la caractérise (A) précédera des exemples empruntés à divers systèmes juridiques (B).

A. Exposé

214. **Définition : droit commun *ratione materiae* et *personae*.** Pour une institution donnée, le droit commun matériel renvoie aux règles juridiques dont le domaine d'application *ratione materiae* et *personae* est indéfini. C'est le droit commun à un ensemble de situations matérielles, objets et personnes⁷⁹⁸. Pour reprendre les termes de la chambre des

jurisconsultes (non pas en raison de l'autorité [juridique], mais par l'autorité de la raison [morale]). En ce sens, v. partic. E. A. Farnsworth, *Contracts*, 4^e éd., New York, Aspen, 2004, § 1.8, p. 27-28, et les références citées ; v. aussi C. L. Kunz et C. L. Chomsky, *Contracts - A contemporary approach*, Saint Paul, West, 2010, « introduction », § 2.2, p. 6.

⁷⁹⁵ Calamari and Perillo on contracts, 6^e éd. par J. M. Perillo, Saint Paul, West, 2009, « introduction », § 1.6, « sources of contract law », p. 14 (trad. libre). Même constat : E. A. Farnsworth, *United States contract law*, Juris Publishing, 1999, n° 3.1, p. 53, préc. ; C. L. Kunz et C. L. Chomsky, *Contracts - A contemporary approach*, Saint Paul, West, 2010, « introduction », § 2.2, p. 6 (« Because the Restatements [...] are the products of the ALI [...], they are persuasive statements of the law, but they are not themselves law, unless and until a particular provision is adopted by a court or legislature ») et § 2.3, p. 7 (« the UCC is a proposal to the states, but does not become effective as law in a state until adopted by the state's legislature »).

⁷⁹⁴ Dans le même sens, E. A. Farnsworth, *United States contract law*, Juris Publishing, 1999, n° 3.1, p. 53, et n° 1.7, p. 15-16. *Adde*, pour les Restatements, R. A. Hillman, *Principles of contract law*, 2^e éd., Saint Paul, West, 2009, p. 13 (« The Restatements are not state law in that they have not been enacted by any legislature. However, if a court pronounces that it is following a restatement section, the rule of that section becomes part of the common law of that state »).

⁷⁹⁵ L. M. Friedman, *A history of American law*, 2^e éd., New York, Touchstone, 1985, « Epilogue », p. 675, trad. libre (pour le UCC). *Adde* M. Franklin, « On the legal method of the Uniform commercial code », *Law and contemporary problems* 1951, vol. 16, II, p. 330 s. (16 Law & contemp. probs. 330). V. aussi, pour le Restatement of contract, C. L. Kunz et C. L. Chomsky, *Contracts - A contemporary approach*, Saint Paul, West, 2010, « introduction », § 2.2, p. 6.

⁷⁹⁶ Qui n'est donc pas la seule. Par exemple, c'est à propos du droit commun territorial et non du droit commun matériel qu'a été dégagé un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République : Cons. const. 5 août 2011, n° 2011-157 QPC – 28 sept. 2012, n° 2012-274 QPC, consid. n° 6.

⁷⁹⁷ V. par ex. C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude du droit commun et du droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, et « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, fév. 2013, p. 29 s. ; S. Mauclair, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse Orléans, 2011.

⁷⁹⁸ Rapp. P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, 2013, n° 293, qui se réfère aux règles juridiques « qui visent l'intégralité d'une catégorie et en constituent le droit commun » et cite celles des dispositions sur le bail qui permettent de « pouvoir fournir une solution à toutes les figures de bail ». V. aussi R. David, « Droit commun et

requêtes de la Cour de cassation, il comprend, pour une institution donnée, toute « règle générale » à laquelle « toute personne, quelle que soit sa situation ou sa profession, est soumise »⁷⁹⁹. Il repose sur une subdivision du domaine d'application des règles, le domaine d'application *ratione materiae et personae*, celui-ci étant indéfini⁸⁰⁰.

215. **Le domaine *ratione materiae* et *ratione personae* indéfini.** Le domaine d'application matériel et le domaine d'application personnel sont en effet deux des subdivisions du domaine d'application des règles de droit⁸⁰¹. Le domaine *ratione materiae* indique quelle situation, quelle activité, est concernée par la règle⁸⁰². C'est le champ d'application relatif à l'objet de la règle : il répond à la question « quoi ? ». Le domaine *ratione personae* détermine les personnes concernées par la règle⁸⁰³. C'est le champ d'application relatif aux sujets de la règle : il répond à la question « qui ? ». Lorsque le domaine d'application *ratione materiae et personae* d'une règle juridique est indéfini, celle-ci relève du droit commun matériel de l'institution concernée⁸⁰⁴.

216. **Imbrication des critères matériel et personnel, prévalence du critère matériel.** Deux précisions s'imposent. D'abord, le critère matériel et le critère personnel d'une règle de droit apparaissent mêlés, imbriqués. Kelsen le remarquait, « ces deux éléments sont indissolublement unis l'un à l'autre »⁸⁰⁵ : le sujet d'une règle de droit est toujours visé conjointement à l'objet de cette règle, et réciproquement⁸⁰⁶. Ensuite, s'il est difficile de *séparer* les

common law», in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milan, Giuffrè, 1969, vol. 1, p. 345 s., spéc. p. 357 (les règles « intéressant tous les citoyens ») ; M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, « La librairie du XX^e siècle », 1994, p. 7 (le droit commun « à différents secteurs du droit »). Adde J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 s., spéc. p. 283.

⁷⁹⁹ Req. 21 juill. 1862, *S.* 1862, 1, 817 s. (pour la responsabilité civile).

⁸⁰⁰ Rappr. J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 s. : les critères d'identification de cette deuxième application sont ce que l'auteur nomme le critère subjectif (p. 294) et le critère matériel (p. 298).

⁸⁰¹ Kelsen le rappelait, « dans toute conduite déterminée par une norme, on peut distinguer un élément personnel : l'homme qui doit se conduire d'une certaine façon, et un élément matériel : la façon dont il doit se conduire ». Ainsi, « les normes n'ont pas seulement un domaine de validité spatial [...] ; elles ont encore un domaine de validité personnel et un domaine de validité réel (ou matériel) » (*Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 19). De même, dans son étude générale, M. Virally distingue « l'élément matériel » et « l'élément personnel » de la règle juridique (*La pensée juridique*, 1960, rééd. Panthéon-Assas, 2010, p. 45 s.).

⁸⁰² Rappr. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 19 : « La notion de domaine de validité objectif ou matériel se rapporte aux différents secteurs de la conduite humaine que l'ordre juridique peut régler : ainsi, la conduite économique, la conduite religieuse, la conduite politique, etc. Des normes qui déterminent la conduite économique des individus, on dit qu'elles règlent l'économie ; des normes qui déterminent leur conduite religieuse, qu'elles règlent la religion, etc. On parle des différents objets de la réglementation, et l'on entend par là les différents secteurs de la conduite auxquelles les normes se rapportent ».

⁸⁰³ Rappr. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 19 : « Le domaine de validité personnel se rapporte à l'élément personnel de la conduite qui est définie par la norme ».

⁸⁰⁴ Rappr. P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, 2013, n° 293, pour qui la distinction entre règle de droit commun et règle spéciale est « une question de domaine d'application matériel ».

⁸⁰⁵ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 19. V. aussi, faisant explicitement le lien avec la notion de domaine, C. Eisenmann, « Sur la théorie kelsénienne du domaine de validité des normes juridiques », rééd. in *Écrits de théorie du droit, et de droit constitutionnel et d'idées politiques*, éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 404 s., spéc. p. 404 : Kelsen, dans la *Théorie pure*, « écrit (p. 19) que le domaine de validité personnel est, dans les normes, "indissolublement uni" au domaine de validité matériel ». Dans le même sens, É. Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, LGDJ, 2011, n° 275 s. (« La mise en doute de la distinction du sujet et de l'objet des règles juridiques »).

⁸⁰⁶ 1) Le débat sur le critère du droit de la consommation peut l'illustrer : s'agit-il du droit des opérations de consommation (critère matériel) ou du droit des consommateurs (critère personnel) ? Peut-être le débat est-il biaisé par une question qui force à un choix, en quelque sorte, impossible : à cette question, il n'y aurait pas de *bonne réponse*.

critères matériel et personnel, peut-être reste-t-il possible de les hiérarchiser : existe-t-il une prévalence de l'un sur l'autre ? La question est difficile⁸⁰⁷, mais le critère matériel pourrait néanmoins dominer, dans la mesure où c'est « souvent l'objet de la norme [...] qui permet de déterminer les sujets »⁸⁰⁸ : est sujet d'une règle de droit celui qui se trouve dans la situation qui fait l'objet de cette règle⁸⁰⁹. Beaucoup de règles de droit seraient forgées sur ce modèle⁸¹⁰ : celles-ci régiraient avant tout une *activité*, et sont sujets de la règle les personnes qui se livrent à cette activité⁸¹¹. Le critère matériel semble se voir reconnaître la primauté sur le critère personnel.

217. **Droit commun matériel.** Telles sont les raisons pour lesquelles, d'une part, le domaine d'application *ratione materiae* comme le domaine d'application *ratione personae* indéfinis sont traités ensemble comme formant une même application du droit commun et, d'autre part, ils sont regroupés sous le nom de « droit commun matériel ». Quelques illustrations de l'utilisation du droit commun matériel peuvent être ici succinctement évoquées.

B. Exemples

Peut-être n'y a-t-il pas à choisir entre ces deux critères et ce, parce qu'ils seraient imbriqués : les règles de droit de la consommation concernent à la fois les opérations de consommation (critère matériel) et les consommateurs ou non-professionnels (critère personnel). Les deux critères ne seraient pas exclusifs l'un de l'autre, mais cumulatifs et unis.

2) Même question classique, pour le critère du droit commercial, de savoir si le droit commercial se définit par les *actes* (critère matériel, ou de l'objet) ou par les *personnes* (critère personnel, ou du sujet). Le critère, irréductible à l'unité, serait à la fois matériel (l'acte de commerce) et personnel (le commerçant). Rapp. Y. Reinhard et J.-P. Chazal, *Droit commercial*, 6^e éd., Litec, 2001, n° 6 ; G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, n° 200, p. 401-402. *Adde* J.-L. Souriou, « En effeuillant une branche du droit », in *Mélanges Ph. Merle*, Dalloz, 2012, p. 665 s.

⁸⁰⁷ Pour les thèses en présence, v. É. Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, LGDJ, 2011, n° 276 s.

⁸⁰⁸ É. Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, LGDJ, 2011, n° 275 ; v. aussi n° 290 s.

⁸⁰⁹ Par ex., soit une règle « qui interdit la circulation des poids lourds dans les rues du centre-ville d'une commune » ; cette règle « ne désigne [...] pas explicitement les personnes qu'elles concerne » ; mais « l'objet de la norme [...] permet d'identifier ses sujets, à savoir tous les êtres humains chauffeurs de poids lourds qui sont amenés à circuler dans la commune en question » (É. Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, LGDJ, 2011, n° 290).

⁸¹⁰ Le propos peut être illustré par la controverse sur la conception du droit commercial. Pour illustrer la prévalence du critère matériel sur le critère personnel malgré l'imbrication des deux critères, Lyon-Caen et Renault écrivaient que « le commerçant est celui qui fait des actes de commerce sa profession habituelle. Aussi ne peut-on déterminer qui est commerçant que lorsqu'on sait quels sont les actes de commerce » (*Précis de droit commercial*, p. 26, cité par P. Didier et Ph. Didier, *Droit commercial*, t. 1, Economica, 2005, p. 5). V. aussi J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, t. 1, 2^e éd., Dalloz, 1980, n° 144. Rapp. Y. Guyon, *Droit des affaires*, t. 1, 11^e éd., Economica, 2001, p. 47 ; J. Mestre et M.-E. Pancrazi, *Droit commercial*, 26^e éd., LGDJ, 2003, n° 42 s.

⁸¹¹ 1) Durkheim le remarquait déjà, affirmant que le droit ne réglemente pas l'individu en tant que tel, mais plutôt dans son activité, dans la « fonction sociale » qu'il occupe (acheteur, vendeur, époux, etc.) : v. par ex. *De la division du travail social* (1893), PUF, 1998, p. 32-33. Rapp. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, p. 7.

2) État de fait qui peut par ailleurs prêter à la critique d'un point de vue axiologique. Serait en effet rejoint, en droit, le préoccupant constat selon lequel « dans les sciences humaines l'homme disparaît » (E. Morin, « "Science avec conscience", une lecture, un projet », *RRJ* 1984-1, p. 29 s., spéc. p. 31). *Adde* M. Foucault, *Les mots et les choses - Une archéologie des sciences humaines*, NRF, 1966, p. 398 : la notion d'homme ne serait au centre des préoccupations que depuis quelques siècles et pourrait en disparaître prochainement (« l'homme s'effacerait, comme à la limite de la mer un visage de sable »). Rapp. A. Supiot, *Homo juridicus - Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, 2005, p. 10-11 ; *adde* B. Edelman, *La Personne en danger*, PUF, 1999.

218. **Droit français.** De nombreuses utilisations du droit commun matériel existent dans le système juridique français ; trois peuvent être ici mentionnées, empruntées à des institutions diverses⁸¹².

219. **Responsabilité civile pour faute.** Les articles 1382 et 1383 du code civil relèveraient du droit commun matériel de la responsabilité civile pour faute, non pas parce qu'ils sont contenus dans le code civil ou encore parce que la responsabilité pour faute est le système traditionnel⁸¹³, mais dans la mesure où leur domaine d'application *ratione materiae* et *ratione personae* est indéfini⁸¹⁴ : ils concernent tout dommage et toute personne, pourvu qu'une faute soit commise. La jurisprudence le rappelle ponctuellement⁸¹⁵. Cependant, lorsque la question se posa, au XIX^e siècle, de savoir si ces articles sont applicables à la responsabilité de l'État⁸¹⁶, le Tribunal des conflits décida, dans une célèbre décision *Blanco* rendue le 8 février 1873, « que la responsabilité qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil pour les rapports de particulier à particulier ; que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés »⁸¹⁷. Au regard du domaine d'application des règles considérées, le raisonnement du Tribunal des conflits peut pourtant apparaître discutable : la décision *Blanco*, acte fondateur du droit administratif français contemporain, pourrait apparaître *contra legem*⁸¹⁸. La solution retenue en 1873 – c'est une litote –

⁸¹² Il s'agit seulement ici de quelques exemples (pour des développements, v. la deuxième partie). *Adde* que ce serait encore au droit commun matériel que l'on se réfère lorsqu'on évoque le « droit commun » des conflits de lois ou des conflits de juridiction, par opposition au droit matériel conventionnel, portant sur des domaines *ratione materiae* et *personae* plus restreints (pour les faillites par ex., G. Khairallah, « Le droit commun de la faillite internationale à l'heure du droit européen de l'insolvabilité », in *Mélanges Ph. Merle*, Dalloz, 2012, p. 417 s.) ; v. aussi Civ. 1^{re}, 25 sept. 2013, n° 11-19.758, *Bull. civ. I*, n° 178.

⁸¹³ Dans le même sens, Ph. Brun, « Les mots du droit de la responsabilité : esquisse d'abécédaire », in *Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2007, p. 117 s., spéc. p. 121, V° « Droit commun (de la responsabilité) » ; M. Poumarède, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, n° 26 et 29 s.

⁸¹⁴ Pour le dire avec le tribun Tarrible, « Cette disposition embrasse dans sa vaste latitude tous les genres de dommages, et les assujétit à une réparation uniforme [...]. Depuis l'homicide jusqu'à la légère blessure, depuis l'incendie d'un édifice jusqu'à la rupture d'un meuble chétif, tout est soumis à la même loi » (« Discussion devant le Corps législatif - Discours prononcé par le tribun Tarrible », in P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. 13, 1827, p. 488). V. M. Poumarède, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, n° 27. Dans le même sens, O. Descamps, « Le destin de l'article 1382 ou : de la fable du chêne et du roseau en matière de responsabilité civile », *Droits* n° 47, 2008, p. 23 s., spéc. p. 23. Et si le début de l'article 1382 du code civil, qui vise le fait quelconque de « l'homme », pourrait donner à penser que ne sont concernées que les personnes *physiques*, la suite de l'article dissipe le doute et amène à conclure que cette interprétation est erronée : elle vise à titre de responsable, sans opérer aucune distinction, « celui par la faute duquel [le dommage] est arrivé » ; l'article vise toutes les personnes, et non pas les seules personnes physiques, ou même les seules personnes privées.

⁸¹⁵ V. not., très net en ce sens, Req. 21 juill. 1862, *S.* 1862, 1, 817 s. : « Vu les articles 1382 et 1383 du code civil ; attendu que ces articles contiennent une règle générale [...] ; que toute personne, quelle que soit sa situation ou sa profession, est soumise à cette règle » (la Cour en conclut à l'époque que « les médecins restent soumis au droit commun, comme tous les autres citoyens »). *Adde* Req. 10 févr. 1925, *DP* 1925, 1, p. 97 s., note L. Jossierand (l'arrêt qualifie les dispositions précitées de « règle de droit commun ») – Civ. 1^{re}, 11 janv. 2005, n° 02-19.016, *Bull. civ. I*, n° 13.

⁸¹⁶ En filigrane, la question posée, et qui l'est souvent depuis lors, était de savoir si les règles du droit civil constituaient, selon l'expression consacrée, « le droit commun du droit public » (v. *supra*, n° 110 s.).

⁸¹⁷ TC 8 févr. 1873, *Blanco*, *Lebon* 1^{er} suppl. p. 61 s., concl. David ; *D.* 1873, 3, p. 20 s. ; *S.* 1873, 2, p. 153 s.

⁸¹⁸ Des auteurs particulièrement éminents se prononcent dans le même sens : M. Long et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 17^e éd., Dalloz, 2009, n° 1, qui écrivent qu'« on peut observer l'audace du juge dans le rejet d'un Code établi par le législateur », et qui jugent l'affirmation « péremptoire et prétorienne ».

n'était pas évidente⁸¹⁹. Plus satisfaisante techniquement pouvait apparaître la position défendue par la Cour de cassation, qui considérait avant cette date que « les règles de responsabilité tracées par les articles 1382 et suivants du code civil ont un caractère absolu de généralité, et que, dès lors, l'État ne saurait se soustraire à leur application qu'autant que ce code aurait fait, à son égard, une exception formelle, exception qu'on n'y rencontre pas »⁸²⁰. Une lecture littérale des textes pourrait aujourd'hui encore lui donner raison.

220. « **Infractions de droit commun** ». La référence – elliptique – aux « infractions de droit commun »⁸²¹ s'entend également d'une utilisation du droit commun matériel. Sous cette expression serait désigné le système des infractions qui relèvent du droit commun répressif, par opposition aux infractions politiques⁸²², militaires⁸²³ et, selon la doctrine, à des catégories plus nouvelles⁸²⁴. L'expression renvoie ainsi, non directement aux *infractions*⁸²⁵, mais aux *dispositions* relatives à ces infractions. Elle renvoie aux « règles de répression » matériellement communes à toutes les infractions sauf dérogation⁸²⁶, aux « dispositions dont la vocation est de s'appliquer à tous les crimes et délits »⁸²⁷. La formule vise ainsi le régime de droit commun matériel des infractions, composé des règles dont le domaine d'application *ratione materiae* et *personae* est indéfini⁸²⁸ ; un certain nombre des dispositions contenues dans le titre I^{er} du code pénal, aux articles 111-1 et suivants, entre par exemple dans cette catégorie.

221. « **Clauses exorbitantes du droit commun** ». C'est encore en ce sens que peut être compris le droit commun dans l'expression de « clause exorbitante du droit commun » : il s'agirait du droit commun matériel des contrats. Il y a là une illustration de ce que, tout comme le droit commun territorial est souvent confronté au droit local⁸²⁹, le droit commun matériel est confronté au droit spécial matériel⁸³⁰. L'émergence de la notion de « clause exorbitante du droit

⁸¹⁹ Rappr. D. Chabanol, « Et si la solution de l'arrêt *Blanco* avait été inversée ? », in *De l'intérêt de la summa divisio droit public - droit privé ?*, dir. B. Bonnet et P. Deumier, Dalloz, 2010, p. 285 s.

⁸²⁰ Position rapportée par les obs. sous TC 8 févr. 1873, *Blanco*, S. 1873, 2, p. 153. V. not. Civ. 1^{er} avr. 1845, S. 1845, 1, 363 s. : « les règles posées par les articles 1382, 1383 et 1384 du code civil sont applicables dans tous les cas où un fait quelconque de l'homme cause à autrui un dommage produit par la faute de son auteur ; que l'État [...] est passible des condamnations auxquelles le dommage causé par le fait, la négligence ou l'imprudence de ses agents peut donner lieu ». V. aussi Civ. 19 déc. 1854, S. 1855, 1, 265 s., dans lequel la Cour de cassation affirme que, concernant la responsabilité, l'État est soumis au « droit commun ».

⁸²¹ V. par ex. les articles 132-30 et 132-33 du code pénal, qui font référence aux « crime ou délit de droit commun » – si l'expression est souvent utilisée pour les crimes et délits, elle ne semble pas employée pour les contraventions. Adde É. Baron, « Existe-t-il un droit pénal commun ? », *Dr. pénal* sept. 2013, dossier 2.

⁸²² Y. Mayaud, *Droit pénal général*, 3^e éd., PUF, 2010, n° 303 s.

⁸²³ Y. Mayaud, *op. cit.*, n° 308 s.

⁸²⁴ Y. Mayaud, *op. cit.*, n° 311 s. : l'auteur cite notamment les infractions en matière économique et financière, en matière sanitaire, les actes de terrorisme, etc.

⁸²⁵ Car il n'existe pas une infraction de droit commun : dans leur énumération, les infractions sont nécessairement spéciales matériellement (rappr. Y. Mayaud, *op. cit.*, n° 295). Il existe, en revanche, un certain nombre d'infractions qui relèvent d'un régime répressif de droit commun : v. Y. Mayaud, *op. cit.*, n° 296 s.

⁸²⁶ Y. Mayaud, *op. cit.*, n° 296.

⁸²⁷ Y. Mayaud, *op. cit.*, n° 296 (« tant que le législateur n'y fait pas expressément exception, aucune n'est censée leur échapper », ajoute l'auteur). Pour un aperçu de ces règles, v. *ibid.*, n° 297 s.

⁸²⁸ En somme, ces règles « fixent la matière à l'usage de toutes les infractions, qui sont alors dites "de droit commun" » (Y. Mayaud, *op. cit.*, n° 296).

⁸²⁹ V. *supra*, n° 198, et *infra*, n° 350 s.

⁸³⁰ 1) Pour d'autres illustrations, v. *infra*, n° 663 s.

commun » est, pour le contrat, la suite logique de la décision *Blanco* – qui avant admis l'existence de « règles spéciales » à l'administration pour la responsabilité civile⁸³¹. Cette clause, qui est un critère du contrat administratif⁸³² dégagé dès 1912 par le Conseil d'État dans un arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges*⁸³³, participe ainsi du mouvement plus vaste de spécialisation du droit des contrats⁸³⁴. Que sont, en effet, les clauses exorbitantes du droit commun dans les contrats administratifs, sinon des clauses dont l'existence ne serait pas permise par les règles de droit commun matériel des contrats ? Cette lecture se recommande notamment d'une jurisprudence qui utilise fréquemment l'expression de clause *dérogatoire* au droit commun pour désigner l'exorbitance⁸³⁵. Quant à la doctrine, elle note que « l'exorbitance est l'attribut [...] de ce qui s'écarte de la règle commune »⁸³⁶, et que c'est la « “distance” par rapport au droit commun »⁸³⁷ qui permet d'emporter la qualification. Dans la pureté des principes, la clause exorbitante est celle dont le contenu est, en considération de la présence d'une personne publique au contrat, dérogatoire au contenu des clauses permises par le droit commun matériel des contrats⁸³⁸ : elle s'écarte des clauses permises par ce dernier, c'est-à-dire des clauses qui ne dépendent pas de la qualité des contractants ou de la nature de leur activité⁸³⁹. Les clauses ayant reçu la qualification

2) Droit commun matériel ici confronté au droit spécial matériel selon des modalités particulières : le droit spécial matériel reconnaît aux volontés la possibilité de déroger au droit commun matériel en stipulant des « clauses exorbitantes ».

⁸³¹ 1) TC 8 févr. 1873, *Blanco, Lebon* 1^{er} suppl. p. 61 s., concl. David ; *D.* 1873, 3, p. 20 s., concl. David ; *S.* 1873, 2, p. 153 s. Rapp. C. Himario, *Les clauses exorbitantes du droit commun dans les contrats administratifs*, thèse Paris, 1933, p. 9 et 15. En effet, les règles spéciales *ratione personæ* visées par le Tribunal des conflits en 1873 pour la responsabilité civile ne se sont pas limitées à cette institution ; elles en ont investi d'autres, notamment le contrat.

2) Sur la notion opposée de « sujétion exorbitante », V. Dufau, *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif*, thèse Paris II, 1998 ; É. Saillant, *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, 2011, *passim*.

⁸³² C'est « un des signes auxquels on reconnaît les contrats administratifs » (C. Himario, *Les clauses exorbitantes du droit commun dans les contrats administratifs*, thèse Paris, 1933, p. 91) ; ainsi, le contrat « ne sera administratif que si ses clauses sont d'une nature spéciale, d'une nature administrative » (*ibid.*, p. 24). V. cep., sur le déclin de ce critère dans la qualification du contrat administratif, J. Lamarque, « Le déclin du critère de la clause exorbitante », in *Mélanges M. Waline*, t. 2, LGDJ, 1974, p. 497 s. Pour les critères détaillés en droit contemporain, v. *GAJA*, 17^e éd., Dalloz, 2009, n° 25 (CE 31 juill. 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*), spéc. § 5 s. (et § 10, où il est précisé que « le critère de la clause exorbitante n'est ni toujours suffisant ni toujours nécessaire »).

⁸³³ CE 31 juill. 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, concl. L. Blum, *Lebon* p. 909 s. ; *D.* 1916, 3, p. 35 s. ; *S.* 1917, 3, p. 15 s. ; *RDP* 1914, p. 145 s., note (critique) G. Jèze ; *GAJA* 17^e éd., Dalloz, 2009, n° 25. L'expression semble cependant n'apparaître formellement qu'à partir de l'arrêt CE 7 mars 1923, *Iossifoglu, Lebon* p. 222.

⁸³⁴ Rapp. M.-É. André et J. Raynard, « Regards dubitatifs de juristes de droit privé sur la clause exorbitante », in *Mélanges M. Guibal*, t. 1, PU Montpellier, 2006, p. 783 s., spéc. p. 795. Sur ce mouvement, v. not. C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009.

⁸³⁵ Quelle que soit la juridiction à l'origine de la décision. V. par ex. TC 27 juill. 1950, *Peulabauf, Lebon* p. 668-669 – TC 2 juill. 1962, *Cazantets, Lebon* p. 823-824 – Civ. 1^{re}, 5 juin 1962, *Bull. civ.* I, n° 289. Dans le même sens, G. Vedel, « Remarques sur la notion de clause exorbitante », in *Mélanges A. Mestre*, Sirey, 1956, p. 527 s., spéc. n° 21, p. 545.

⁸³⁶ J.-B. Auby, « À propos de la notion d'exorbitance du droit administratif », in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, dir. F. Melleray, Université de Poitiers, 2004, p. 9 s., spéc. p. 21. V. aussi É. Saillant, *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, 2011, not. n° 3 ; G. Vedel, « Remarques sur la notion de clause exorbitante », in *Mélanges A. Mestre*, Sirey, 1956, p. 527 s.

⁸³⁷ B. Dacosta, concl. sous CE 19 nov. 2010, *Office national des forêts, JCP A* 2011, 2020. Rapp. J. Moreau, note sous le même arrêt, *ibid.*

⁸³⁸ En d'autres termes, toutes les clauses dérogatoires aux règles de droit commun matériel des contrats en considération de la présence d'une personne publique devraient être qualifiées d'exorbitantes du droit commun.

⁸³⁹ Dans le même sens : Feuilloley, concl. sous TC 4 juin 1910, *Compagnie d'assurances Le Soleil*, cité par G. Jèze, *RDP* 1910, p. 468 s., spéc. p. 471 : les « obligations de droit commun » sont celles « qui ne varient pas, quelle que soit la qualité des parties contractantes, État, département, commune, administration publique, et quelle que soit la destination publique ou privée de la chose, objet de la convention ».

d'« exorbitantes » sont variées⁸⁴⁰. Quelques exemples : la clause qui prévoit le recouvrement d'une créance contractuelle par voie d'état exécutoire⁸⁴¹, ou encore celle qui consent des exonérations fiscales au cocontractant de l'administration⁸⁴². La question demeure de déterminer avec précision le *critère* de la clause exorbitante⁸⁴³ et, partant, de savoir dans quelle mesure les clauses qualifiées telles par la jurisprudence sont toujours *véritablement* dérogoires au droit commun matériel des contrats⁸⁴⁴ : s'il apparaît qu'en opportunité, toutes les clauses qualifiées d'exorbitantes devraient être dérogoires à ce droit commun⁸⁴⁵, une étude de la jurisprudence montre qu'il arrive pourtant qu'elles ne le soient pas toujours – certaines clauses apparaissant tout à fait concevables et fréquentes hors d'un contrat administratif⁸⁴⁶. En somme, si toutes les clauses dérogoires sont exorbitantes, la jurisprudence qualifie parfois d'exorbitantes certaines clauses qui n'apparaissent pas véritablement dérogoires, ce qui peut paraître anormal⁸⁴⁷. Dans tous les cas, il reste qu'est exorbitante du droit commun toute clause qui, parce qu'une personne publique est partie au contrat, permet aux parties de déroger aux règles de droit commun matériel des contrats dans des conditions exceptionnelles⁸⁴⁸.

222. Droit espagnol. L'utilisation du droit commun matériel se retrouve hors du droit français. En droit espagnol par exemple, le *código de comercio* en fait un certain nombre

⁸⁴⁰ Illustrant la relative vanité de la tâche, le doyen Vedel insistait sur l'« inspiration empirique » du « catalogue des clauses exorbitantes » (« Remarques sur la notion de clause exorbitante », in *Mélanges A. Mestre*, Sirey, 1956, p. 527 s., spéc. p. 561). Pour une esquisse d'inventaire, v. *G.A.J.A.*, 17^e éd., Dalloz, 2009, n° 25 (CE 31 juill. 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*), spéc. § 2. Adde B. Dacosta, « Quelles sont les clauses exorbitantes du droit commun ? », *Bull. jur. des contrats publics* 2011, n° 74, p. 64 s.

⁸⁴¹ TC 27 juill. 1950, *Peulabœuf*, *Lebon* p. 668-669.

⁸⁴² TC 2 juill. 1962, *Cazantets*, *Lebon* p. 823-824.

⁸⁴³ Pour le doyen Vedel, est exorbitante du droit commun (matériel des contrats) la clause qui serait « impossible », « illicite » – voire même simplement « inusuell[e] » – hors d'un contrat administratif (« Remarques sur la notion de clause exorbitante », in *Mélanges A. Mestre*, Sirey, 1956, p. 527 s., spéc. n°s 22, 23 et 28, p. 546 et 552). Rapp. B. Dacosta, concl. sous CE 19 nov. 2010, *Office national des forêts*, *JCP A* 2011, 2020.

⁸⁴⁴ Ainsi, dans la mesure où la jurisprudence administrative semble parfois considérer qu'une clause exorbitante peut n'être qu'une clause « inusuelle » hors d'un contrat administratif (G. Vedel, « Remarques sur la notion de clause exorbitante », in *Mélanges A. Mestre*, Sirey, 1956, p. 527 s., spéc. n° 22, p. 552), il doit être déduit que l'existence d'une telle clause apparaît tout à fait concevable dans un contrat entre personnes privées qui, pourtant, n'est pas un contrat administratif (*G.A.J.A.*, 17^e éd., Dalloz, 2009, n° 25 [CE 31 juill. 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*], spéc. § 6). Un auteur estime que ces clauses simplement inusuelles, dès lors qu'elles peuvent être retrouvées hors d'un contrat administratif, ne méritent pas la qualification de clauses exorbitantes du droit commun (J. Moreau, *JCP A* 2011, 2020, note sous CE 19 nov. 2010, *Office national des forêts* : exemple de la clause de « résiliation unilatérale »).

⁸⁴⁵ Dans le même sens, v. J. Moreau, *JCP A* 2011, 2020, note sous CE 19 nov. 2010, *Office national des forêts*, qui estime que seule une clause véritablement dérogoire au droit commun matériel des contrats doit mériter la qualification de clause exorbitante.

⁸⁴⁶ Pourrait par exemple être mis en doute le caractère réellement exorbitant du droit commun de la clause qui ouvre à l'administration un droit de « résiliation unilatérale » (J. Moreau, *JCP A* 2011, 2020, note sous CE 19 nov. 2010, *Office national des forêts*), ou encore de celle qui permet à l'administration de surveiller, contrôler, diriger l'exécution d'un contrat (v., qualifiant la clause d'exorbitante : TC 27 juill. 1950, *Peulabœuf*, *Lebon* p. 668-669 – CE Sect., 10 mai 1963, *Société coopérative agricole de production La Prospérité fermière*, *Lebon* p. 289 s. ; RDP 1963, p. 584 s., concl. G. Braibant – Civ. 3^e, 13 mars 2002, n° 00-18.918, *Bull. civ.* III, n° 63 – CE 19 nov. 2010, *Office national des forêts*, n° 331.837, *Lebon* p. 448 s. ; *JCP A* 2011, 2020, concl. B. Dacosta, note J. Moreau) : ce type de clause n'est-il pas susceptible d'être retrouvé hors d'un contrat administratif ?

⁸⁴⁷ Rapp. J. Moreau, *JCP A* 2011, 2020, note sous CE 19 nov. 2010, *Office national des forêts*.

⁸⁴⁸ Il reste par ailleurs que l'administration n'est absolument pas empêchée de passer des contrats dont le régime relève entièrement du droit commun matériel des contrats. Concl. L. Blum sous CE 31 juill. 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, *S.* 1917, 3, p. 15 s., spéc. p. 16 : « la commune a passé, dans les conditions du droit commun, un contrat d'un type nettement déterminé par le Code civil, qui est purement et simplement un contrat de vente ». Pour un exemple : TC 4 juin 1910, *Compagnie d'assurances Le Soleil*, RDP 1910, p. 468 s., note G. Jèze.

d'emplois. Pour la réglementation des actes de commerce, l'article 2 renvoie, en dernier lieu, aux règles du « *derecho común* », entendues comme les règles du droit commun matériel des actes juridiques – toutes les règles relatives aux actes juridiques dont le domaine d'application *ratione materiae* et *personae* est indéfini, et inclut donc l'acte de commerce. Pour le dépôt, l'article 310 du même code fait une référence similaire au droit commun dans son application matérielle : sont visées toutes les règles relatives au dépôt dont le domaine d'application *ratione materiae* et *personae* est indéfini. Il en est encore ainsi, pour la vente d'un navire aux enchères publiques, à l'article 579 ou, pour la prescription extinctive, à l'article 943 du même code⁸⁴⁹.

223. **Droit québécois.** C'est également au droit commun matériel que ferait référence la disposition préliminaire du code civil du Québec : ce dernier vise le droit commun à « toutes matières ». Y renvoie encore l'article 1725, alinéa 1^{er}, du même code, lequel fait référence au « droit commun de la propriété »⁸⁵⁰. Et c'est toujours dans cette application matérielle que les juridictions purent utiliser, par exemple, le droit commun de la prescription opposé aux régimes particuliers à certains droits subjectifs⁸⁵¹.

224. **Autres illustrations.** De même, l'article 687, alinéa 2, du *código de comercio* colombien, renvoie, pour les effets d'une acceptation conditionnelle de la lettre de change – qui ne vaut pas acceptation de cette dernière –, au droit commun⁸⁵² ; il s'agit d'une référence au droit commun matériel des contrats. C'est encore sous ce prisme que semble pouvoir être lu l'article 2022, alinéa 2, du *código civil* péruvien, relatif à l'opposabilité des droits subjectifs. En outre, dans le droit anglais, les auteurs, s'ils n'emploient pas d'équivalent à l'expression « droit commun » pour les raisons terminologiques exposées⁸⁵³, décrivent des règles qui, par leur degré de généralité absolue, correspondent à la définition du droit commun matériel ; que le droit commun matériel ne soit pas nommé n'empêcherait pas, ici non plus, la réalité décrite d'y correspondre⁸⁵⁴. C'est semble-t-il déjà le cas dans le *Bracton*, somme datant de la première moitié du XIII^e siècle, qui vise une ébauche de droit commun matériel, dans les droits attribués à tous, sans distinction⁸⁵⁵. Le droit commun matériel, nommé ou non, se retrouve ainsi dans de

⁸⁴⁹ Pour d'autres exemples, *adde* M. Pasquau Liaño, *Código civil y ordenamiento jurídico*, Grenade, Comares, 1994.

⁸⁵⁰ Ce texte dispose : « le vendeur d'un immeuble se porte garant envers l'acheteur de toute violation aux limitations de droit public qui grèvent le bien et qui échappent au droit commun de la propriété ». Et, dans sa version anglaise : « *the seller of an immovable is warrantor towards the buyer for any violation of restrictions of public law affecting the property which are exceptions to the ordinary law of ownership* ».

⁸⁵¹ V. par ex. *Brouillard c. Perron* (C. A., 1989-01-04, cité par Baudouin et Renaud, *Code civil du Québec annoté*, t. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 7^e éd., 2004, p. 3746 : « la courte prescription est exorbitante et n'intervient que dans les cas prescrits par la loi. Donc, [...] dans le cas où une loi particulière ne prévoit aucune courte prescription, on s'en remet au régime de droit commun ». Et *Rousson c. Malartic*, 1963, cité par *ibid.*, p. 3739 et 3745 : « on doit interpréter strictement la prescription prévue par une loi particulière, puisqu'elle fait exception au régime de droit commun ». Pour d'autres exemples, v. M. Juneau, *La notion de droit commun en droit civil québécois*, Université Laval, Québec, 2009.

⁸⁵² Pour des développements sur cet article, v. par ex. J. A. Gaitán Martínez, *Lecciones sobre títulos-valores*, 1^{re} éd., Bogota, éd. Universidad del Rosario, 2009, p. 190.

⁸⁵³ V. *supra*, n^o 203 s.

⁸⁵⁴ V. aussi *supra*, n^o 206 s. V. déjà, par ex., J. Bentham, *Of laws in general*, par H. L. A. Hart, Londres, Athlone, 1970, chap. 9, n^o 1, p. 76 : « a law may be said to be particular throughout when its subjects of every class [and] its objects are all of them individuals : [...] general throughout, if they are none of them individual, but are each of them a class ». V. tout le chap. 9 pour des développements de cette distinction selon la « *generality of a law* ».

⁸⁵⁵ J. Hudson, *The formation of the English common law*, Longman, Londres, 1996, p. 18. V. H. de Bracton, *Bracton De legibus et consuetudinibus anglia*, par G. E. Woodbine, 4 t., New Haven, Yale University Press, 1915-1942.

nombreux systèmes juridiques. Il reste à envisager les relations entre les deux applications du droit commun.

Section II – Relations entre les deux applications

225. **Plan.** Le rapport théorique qu'entretiennent les deux applications du droit commun l'une avec l'autre (§ I), puis la nécessité pratique de les distinguer l'une de l'autre dans la mesure où elles ne désignent pas les mêmes règles (§ II), doivent être précisés.

§ I – Lien théorique entre les deux applications

226. **Une coexistence.** Ces développements s'essaieront à situer les deux applications l'une par rapport à l'autre sur un plan épistémologique⁸⁵⁶. Quels sont les liens entre le droit commun territorial et le droit commun matériel ? À ce stade, une chose est d'ores et déjà acquise : contrairement à une opinion parfois exposée, les deux applications *peuvent coexister*⁸⁵⁷ ; il n'y a donc pas de rapport d'exclusion entre le droit commun territorial et le droit commun matériel, mais un rapport de coexistence. Il reste ici à en déterminer la nature.

227. **Plan : nature de la coexistence.** Si en apparence, droit commun territorial et droit commun matériel seraient deux applications équivalentes du concept de droit commun, sur un même plan et sans véritable lien entre elles autre que leur rattachement au socle du concept (A), le droit commun territorial semble en réalité techniquement *premier* : pour toute institution, l'existence d'un droit commun matériel présupposerait toujours l'existence préalable d'un droit commun territorial (B).

A. Rapports de coexistence séparée ?

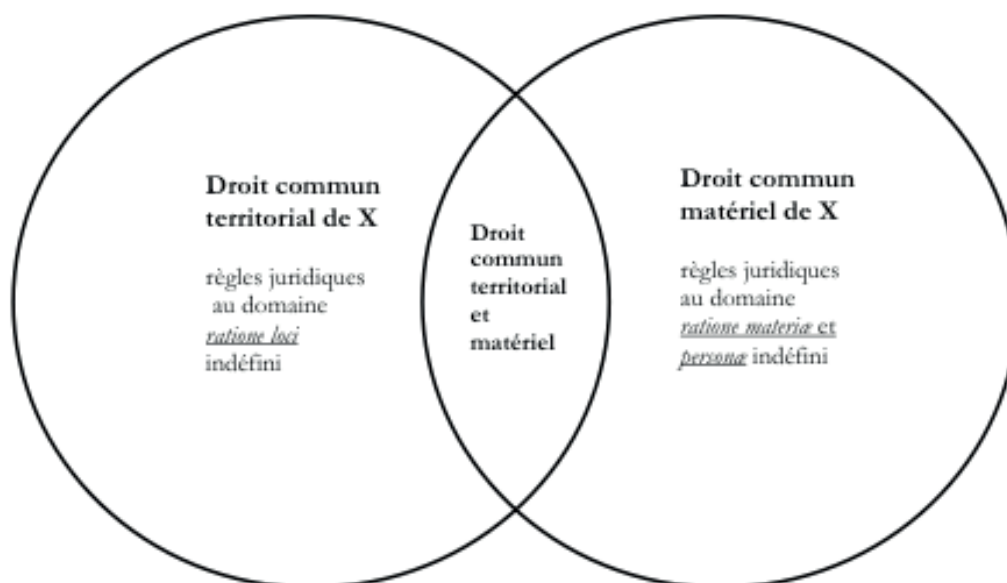
228. **Une coexistence pure et simple entre droit commun territorial et droit commun matériel ?** Dans une première conception, peut-être la plus intuitive, les deux applications du concept de droit commun seraient indépendants l'un de l'autre. Et, si certains

⁸⁵⁶ V. not. C. Atias, *Épistémologie juridique*, 1^{re} éd., Dalloz, 2002, *passim*.

⁸⁵⁷ Droit commun territorial et droit commun matériel peuvent exister *ensemble*, ce qui est d'ailleurs démontré par les faits en droit contemporain. Comp. J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 s., spéc. p. 283 ; *adde*, pour une reprise de cette idée de disparition du droit commun territorial du fait de l'édification d'un droit commun matériel, É. Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, LGDJ, 2011, n° 838. Pour d'autres références dans le même sens, v. *infra*, n° 317.

points de contact existent entre eux, ils ne répondraient à aucune nécessité et seraient fortuits⁸⁵⁸. Cette présentation renverrait au schéma suivant (« X » indiquant l'institution concernée⁸⁵⁹) :

228a. Coexistence pure et simple
du droit commun territorial et du droit commun matériel ?



229. **Commentaire.** Suivant cette conception, les deux applications du droit commun seraient séparées l'une de l'autre, indépendantes, avec un simple point de contact de fait entre elles. Pour une institution donnée, il existerait : un droit commun territorial (règles juridiques au domaine d'application *ratione loci* indéfini), avec des règles de droit commun territorial qui ne seraient pas de droit commun matériel ; un droit commun matériel (règles juridiques au domaine d'application *ratione materiae* et *personae* indéfini), avec des règles de droit commun matériel qui ne seraient pas de droit commun territorial ; un recoupement (cumul des deux définitions : règles juridiques aux domaines d'application *ratione loci*, *ratione materiae* et *ratione personae* indéfinis), sous la forme de quelques règles de droit commun à la fois territorial et matériel – par exemple, pour la prescription extinctive, article 2219 du code civil, ou encore, pour le contrat, article 1108 du même code, applicables partout et pour tout.

230. **Réfutation.** Il semble pourtant que ce schéma ne parvienne pas à décrire les rapports entre droit commun territorial et droit commun matériel. Car, s'il existe bel et bien certaines règles qui sont de droit commun territorial sans être de droit commun matériel – par

⁸⁵⁸ Autrement exprimé, les deux applications seraient séparées, et parfois réunies seulement « fortuitement » – certaines règles pouvant relever, à la fois, du droit commun territorial d'une institution et de son droit commun matériel.

⁸⁵⁹ Par ex. le contrat, la vente, le mariage, le gage, la responsabilité de la puissance publique, etc.

exemple, pour la prescription extinctive, l'article L. 137-2 du code de la consommation qui pose un délai de deux ans pour l'action des professionnels à raison des biens ou services fournis aux consommateurs⁸⁶⁰ –, il ne semble en exister aucune, en revanche, qui serait de droit commun matériel sans être de droit commun territorial – exemple parmi d'autres, toujours pour la prescription extinctive, les règles relatives à la computation des délais contenues aux articles 2228 à 2231 du code civil sont bien de droit commun matériel de la prescription extinctive⁸⁶¹, mais elles relèvent aussi de son droit commun territorial⁸⁶².

B. Rapports de coexistence liée

231. Antériorité logique du droit commun territorial sur le droit commun matériel. Synthétiser les conclusions précédentes peut mettre sur la piste des rapports qu'entretiennent les deux applications : d'abord, le droit commun territorial peut exister et le droit commun matériel faire défaut et, ensuite, le schéma inverse apparaît impossible. Il est possible d'en déduire que techniquement, l'édification d'un droit commun territorial est première ; son existence est un présupposé nécessaire à l'édification d'un droit commun matériel⁸⁶³. Il y aurait, sur un plan théorique, une antériorité logique du droit commun territorial sur le droit commun matériel. Ces points peuvent être brièvement développés.

232. La possibilité d'un droit commun territorial sans droit commun matériel. Un droit commun territorial sans droit commun matériel est tout à fait concevable. Les exemples cités plus haut l'attestent en pratique et Kelsen confirme théoriquement l'hypothèse : « l'ordre juridique peut prévoir l'édiction de normes de contenu différent pour des groupes d'hommes différents, [...] ces normes valant par ailleurs pour le territoire tout entier »⁸⁶⁴. Il résulte en substance de ces propos que, dans le cadre d'un système juridique, une règle de *droit commun territorial* peut n'être pas de droit commun matériel, mais de *droit spécial matériel*. Une telle hypothèse, fréquente, peut notamment être illustrée par la règle précitée de l'article L. 137-2 du

⁸⁶⁰ Cet article relève bien du droit commun territorial de la prescription extinctive : son domaine d'application *ratione loci* est indéfini ; il concerne toute la France (même les collectivités d'outre-mer soumises au régime dit de « spécialité législative » : v. l'article 25 de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile). Il ne relève pas, en revanche, du droit commun matériel de la prescription extinctive : son domaine d'application *ratione materiae* et *personae* n'est pas indéfini, puisqu'il ne s'étend pas à tous les droits prescriptibles et à toutes les personnes, mais est limité aux catégories spécifiques énumérées par le texte (les actions en justice des professionnels pour les biens ou services fournis aux consommateurs).

⁸⁶¹ Car leur domaine d'application *ratione materiae* et *personae* est indéfini – elles s'appliquent à toutes les personnes et tous les droits prescriptibles.

⁸⁶² Car leur domaine d'application *ratione loci* est indéfini (v. le même article 25 de la loi du 17 juin 2008 pour les collectivités soumises à la « spécialité législative ») – elles s'appliquent en tout lieu sur le territoire français.

⁸⁶³ 1) En d'autres termes, si, dans le cadre d'un système juridique et pour une institution donnée, une règle a un domaine d'application *ratione loci* indéfini, elle est de droit commun territorial ; mais pour qu'elle soit de droit commun matériel, il faut *en outre* (c'est-à-dire, en plus de la condition précédente) que son domaine d'application *ratione materiae* et *ratione personae* soit indéfini.

2) Cela n'implique pas nécessairement une primauté chronologique. En effet, le droit commun matériel peut être créé en même temps que le droit commun territorial : une même intervention des pouvoirs publics peut, d'un même mouvement, asseoir les deux – par exemple, le code civil de 1804 a assis, dans le même mouvement et par les mêmes règles, un droit commun territorial et un droit commun matériel pour de nombreuses institutions que concernait le code (ce qui ne doit pas constituer un motif de confusion entre droit commun et code civil : v. *supra*, n° 104 s.).

⁸⁶⁴ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 415-416.

code de la consommation pour la prescription extinctive. Les règles relatives à la communauté légale entre époux l'illustrent également : elles relèvent du droit commun territorial des régimes matrimoniaux (ainsi que l'indique d'ailleurs expressément l'article 1393, alinéa 2, du code civil ; elles ont un domaine d'application *ratione loci* indéfini, étendu à tout le territoire), mais elles ne relèvent pas de son droit commun matériel (elles sont un régime matrimonial spécial, *ratione materiae et personae*, à certains époux⁸⁶⁵). Une règle peut par conséquent être de droit commun territorial sans être de droit commun matériel.

233. L'impossibilité d'un droit commun matériel sans droit commun territorial. En revanche, un droit commun matériel sans droit commun territorial semble inconcevable. Il ne paraît pas exister d'exemple de règle de droit commun matériel qui ne soit, préalablement, une règle de droit commun territorial – les articles 2228 et suivants du code civil, précités, l'illustrent pour la prescription extinctive⁸⁶⁶. Les raisons en sont compréhensibles : comment, du point de vue d'un système juridique, une règle peut-elle recevoir la qualification de « commune matériellement », alors que cette règle ne concerne précisément pas tout ce système juridique, mais une simple fraction, territorialement restreinte de celui-ci⁸⁶⁷ ? Le droit commun territorial dans un système juridique donné serait ainsi une condition *sine qua non* d'émergence d'un droit commun matériel. Pour tout système juridique, la question du droit commun matériel ne se pose qu'en second, après l'édification d'un droit commun territorial⁸⁶⁸.

234. Inclusion du droit commun matériel dans le droit commun territorial. Les rapports entre le droit commun territorial et le droit commun matériel seraient donc plutôt décrits par le schéma suivant (« X » indiquant l'institution concernée⁸⁶⁹) :

⁸⁶⁵ Rappr. R. Cabrillac, *Droit des régimes matrimoniaux*, 8^e éd., LGDJ, première et deuxième parties (et n° 30) : ces règles, ne concernant pas tous les époux, ne relèvent pas du « droit commun [matériel] des régimes matrimoniaux ».

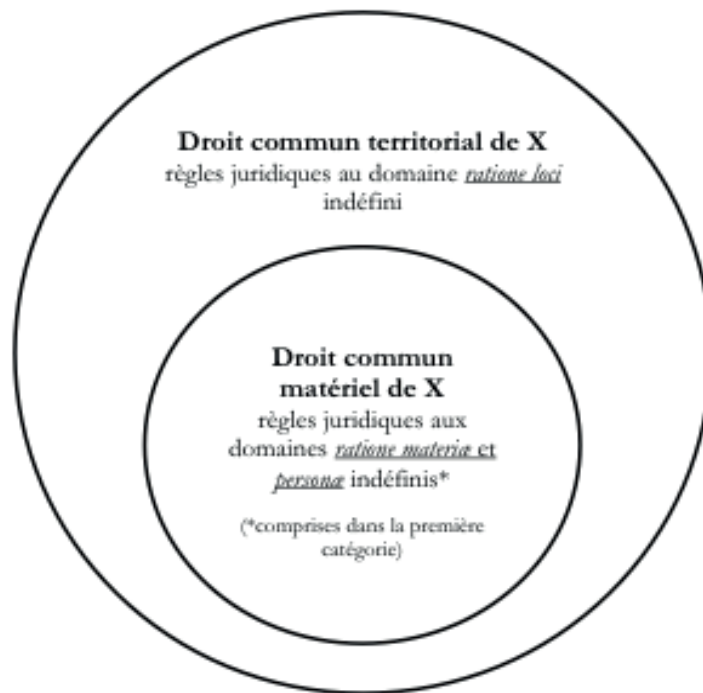
⁸⁶⁶ Car ils sont à la fois de droit commun matériel et de droit commun territorial de la prescription extinctive. *Tous les exemples semblent fonctionner à l'avenant* ; sur un plan méthodologique, cette dernière assertion apparaît cependant matériellement difficile à prouver de manière parfaite, car la nature du fait à prouver (le droit commun matériel n'existe jamais sans droit commun territorial préalable) impliquerait de recenser tous les exemples possibles. Le fait de simplement constater que, à chaque exemple pris, le droit commun matériel présuppose le droit commun territorial, et de poser une présomption générale, semble donc adapté à une argumentation de cette nature.

⁸⁶⁷ V. les exemples juste *infra*.

⁸⁶⁸ L'absence de droit commun territorial rend ainsi purement théorique la question de l'existence du droit commun matériel. Lorsqu'on veut, pour une institution donnée, créer un droit commun, *a minima*, on impose d'abord un droit commun territorial (qui s'applique à tout le territoire sur lequel est en vigueur l'institution, sans nécessairement concerner toutes les activités auxquelles s'applique l'institution). Ensuite seulement, on peut imposer un droit commun qui, en plus d'être territorial, est matériel (qui s'applique à toutes les activités régies par l'institution).

⁸⁶⁹ Par ex. le contrat, la vente, le mariage, le gage, la responsabilité de la puissance publique, etc.

234a. Inclusion du droit commun matériel dans le droit commun territorial



235. **Commentaire.** Quelle que soit l'institution considérée, toutes les règles de droit commun matériel sont nécessairement aussi des règles de droit commun territorial, mais les règles de droit commun territorial ne sont pas nécessairement aussi des règles de droit commun matériel. Le critère territorial est partagé par les deux applications du droit commun⁸⁷⁰ ; en ce sens, le droit commun territorial pourrait être dit « simplement territorial », et le droit commun matériel pourrait être dit « territorial et matériel »⁸⁷¹. Dans un langage emprunté aux mathématiques, il peut ainsi être affirmé que le droit commun matériel *est inclus dans* le droit

⁸⁷⁰ Ce qui peut d'ailleurs rejoindre le constat plus général selon lequel le droit serait un phénomène, *prima facie*, territorial. Constat notamment fait par la Cour suprême des États-Unis d'Amérique dans la décision du 26 avril 1909, *American Banana co. v. United Fruit co.*, 213 U. S. 347 (et 29 S. Ct. 511) : « *all legislation is prima facie territorial* » (p. 357).

⁸⁷¹ S'il convient de le garder à l'esprit, les appellations « droit commun territorial » et « droit commun matériel » seront préférées. Les expressions « droit commun simplement territorial » et « droit commun territorial et matériel » apparaissent difficiles ; les retenir n'apporterait probablement pas aux propos autant en exactitude que cela leur retrancherait en clarté.

commun territorial⁸⁷². Les combinaisons possibles sont donc les suivantes : une règle peut être simplement de droit commun territorial (elle sera alors dite *de droit commun territorial*) ; elle peut être à la fois de droit commun territorial et de droit commun matériel⁸⁷³ (elle sera alors dite, pour la distinguer de la première, *de droit commun matériel*) ; en revanche, une règle ne peut pas être de droit commun matériel sans être, aussi, de droit commun territorial.

236. Illustration de l'imbrication du droit commun matériel dans le droit commun territorial. Cela peut être illustré par l'organisation de la partie législative du récent code des procédures civiles d'exécution⁸⁷⁴. Elle est divisée en plusieurs livres : le livre I^{er} est intitulé « dispositions générales » ; les livres II à V sont relatifs à l'organisation spéciale des types de voies d'exécution (procédure d'exécution mobilière, saisie immobilière, expulsion, mesures conservatoires) ; le livre VI, quant à lui, est relatif aux dispositions applicables à l'outre-mer. Pour les voies d'exécution, la présentation est donc la suivante : leur droit commun territorial est constitué des règles contenues aux livres I^{er} à V (applicables territorialement à toute la France) ; leur droit commun matériel est constitué des règles contenues dans le seul livre I^{er} (applicables matériellement à toutes les mesures)⁸⁷⁵. Cet exemple schématique⁸⁷⁶ permet de l'illustrer : le droit commun matériel est inclus dans le droit commun territorial.

237. Illustration de la nécessité de l'existence du droit commun territorial pour l'existence du droit commun matériel. Comme déjà mentionné, dans le système des États-Unis d'Amérique, le droit des contrats ne relève pas de la compétence fédérale mais de la compétence locale de chacun des États, et il en résulte que le droit commun territorial des contrats n'existe pas⁸⁷⁷. Il apparaît dès lors dépourvu de sens d'envisager l'existence du droit commun matériel, lequel n'existe pas non plus (car *a minima*, il n'existe pas de règles communes à tout le territoire)⁸⁷⁸. En effet, si aucune disposition concernant les contrats n'a de domaine d'application territorial national, alors pour cette même raison aucune disposition de portée

⁸⁷² La formule qui le représenterait serait alors $DCM \subset DCT$ (le droit commun matériel est *inclus dans* le droit commun territorial).

⁸⁷³ V. encore, illustrant la possibilité pour une règle d'être à la fois de droit commun matériel et de droit commun territorial : « on est tenu de réparer le dommage causé par sa faute » ; « cette règle [...] est générale ; elle oblige tous les citoyens, s'applique sur toute l'étendue du territoire, frappe tous les délits et quasi-délits [...] ». C'est proprement du droit commun » (A. Rivard, « La notion du "droit commun" » *La Revue du droit*, vol. 3, n° 6, févr. 1925, p. 257 s., spéc. p. 262 [citant l'article 1053 de l'ancien code civil du Bas-Canada ; l'exemple est transposable au droit français]).

⁸⁷⁴ Si cette illustration est empruntée au droit français, des confirmations pourraient également être trouvées dans d'autres systèmes juridiques. V. par ex., en droit espagnol, l'organisation du « code des successions » : la première partie est consacrée au « *derecho civil territorial común* », et la deuxième, aux droits spéciaux territoriaux ; la première partie est elle-même subdivisée en règles générales matérielles et règles spéciales matérielles (*Código de sucesiones : derecho territorial común y foral*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002). Même s'il s'agit d'une compilation d'éditeur, la présentation confirme cette relation d'inclusion du droit commun matériel dans le droit commun territorial, tout comme les constats dressés plus haut à propos du droit espagnol.

⁸⁷⁵ Sur l'architecture de ce code, v. R. Perrot et P. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, 3^e éd., Dalloz, 2013, n° 14 s.

⁸⁷⁶ Schématique, car l'on suppose ici que toutes les « dispositions générales » du code sont de droit commun matériel, et que toutes les règles énoncées avant le livre VI sont de droit commun territorial ; il faudrait encore vérifier cette présentation règle par règle.

⁸⁷⁷ V. *supra*, n° 209.

⁸⁷⁸ Sur cette inexistence, dans le système des États-Unis d'Amérique, du droit commun territorial pour les institutions relevant traditionnellement du « droit civil », v. *supra*, n° 209 ; *addde*, pour l'exemple des contrats, *Calamari and Perillo on contracts*, 6^e éd. par J. M. Perillo, Saint Paul, West, 2009, « introduction », § 1.6, « sources of contract law », p. 14 ; C. L. Kunz et C. L. Chomsky, *Contracts - A contemporary approach*, Saint Paul, West, 2010, « introduction », § 2.1, p. 5.

nationale (car aucune disposition de ce type n'existe) n'a un domaine d'application *ratione personæ* et *materiæ* indéfini. À nouveau, l'exemple de la *consideration* l'illustre : si la notion existe bien dans le système des États-Unis, elle ne relève néanmoins que de chaque *state law* ; elle n'est relayée par aucune règle de droit commun territorial des contrats⁸⁷⁹. Dès lors et s'il manque cette condition préalable, aucune règle de droit commun matériel, commune à toutes les situations contractuelles et à tous les contractants en droit américain, ne peut exister. Pour la *consideration* comme pour les autres questions du droit des contrats, les seuls éléments « communs matériellement » dans le système des États-Unis sont des présentations doctrinales⁸⁸⁰. Ce qui s'impose pour les contrats est plus évident encore pour les *torts* : pour la doctrine, les *torts* constituent « une réponse à facettes multiples à un ensemble de problèmes très variés »⁸⁸¹. La question du droit commun matériel des *torts* est ainsi rapidement évacuée, les auteurs concluant à son inexistence en raison de la diversité et de l'hétérogénéité des cas rencontrés⁸⁸² ; rien que de très logique, dans la mesure où n'existe, préalablement, aucun droit commun territorial des *torts*. Faute de droit commun territorial pour une institution donnée, le droit commun matériel est, lui aussi, inexistant.

§ II – Nécessité pratique de distinguer entre les deux applications

238. **Des règles distinctes.** Déterminer, en présence d'une utilisation du concept en droit positif, si celle-ci renvoie au droit commun territorial ou au droit commun matériel, répond à des enjeux pratiques : les règles visées varient en fonction de l'application concernée (seules règles au domaine d'application *ratione loci* indéfini pour le droit commun territorial ; règles au domaine d'application *ratione materiæ* et *personæ* indéfini pour le droit commun matériel).

239. **Illustrations.** Par exemple – et l'illustration représente les hypothèses les plus nombreuses –, à quoi renvoie l'article L. 1221-1 du code du travail, qui dispose que « le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun » ? C'est d'une référence au droit commun *matériel* des contrats que la mention s'entend : sont ainsi visées toutes les règles dont le domaine *ratione materiæ* et *personæ* est indéfini – les règles applicables à tout type de contrat, et à tous les contractants quelle que soit leur qualité. Cependant, à côté de cette utilisation, l'article 2509 du code civil précité dispose que les règles relatives aux droits réels immobiliers applicables à Mayotte sont, sous réserve des dispositions qui le suivent, celles « de la législation civile de droit

⁸⁷⁹ V. *supra*, n° 209, et par ex. *United States Court of appeals (3rd circuit)*, 13 mars 2002, *Blair v. Scott specialty gases*, 283 F. 3d 595 (droit de Pennsylvanie).

⁸⁸⁰ V. par ex. la présentation symptomatique qu'en fait E. A. Farnsworth, *Contracts*, 4^e éd., New York, Aspen, 2004, § 2.2 s., p. 47 s. En droit des États-Unis, la *consideration* n'est jamais une règle de droit commun matériel des contrats, mais une présentation doctrinale dépourvue de juridicité.

⁸⁸¹ M. S. Shapo, *Principles of tort law*, 3^e éd., Saint Paul, West, 2010, § 1.02, p. 5 (trad. libre). Adde S. M. Speiser, C. F. Krause et A. W. Gans, *The American law of torts*, t. 1, Saint Paul, West, 2003, § 1.2 ; J. D. Lee et B. A. Lindahl, *Modern tort law - Liability and litigation*, 2^e éd., t. 1, Saint Paul, West, 2005, chap. 2, « *Definition of torts* » ; G. C. Christie, J. Sanders et W. J. Cardi, *Cases and materials on the law of torts*, 5^e éd., Saint Paul, West, 2012, « *Introduction* », p. 7 s., « *The theoretical structure of tort law and its capacity to expand to cover new situations* ».

⁸⁸² V. cep., pour un essai de définition unitaire, *Supreme court of Illinois*, 31 oct. 1889, *Gindele v. Corrigan*, 22 N. E. 516 : « *an injury or wrong committed, with or without force, to the person or property of another, and such injury may arise by either the non-feasance, malfeasance, or misfeasance of the wrong-doer* » – il ne s'agit pas pour autant de droit commun territorial des torts, mais de droit local de l'Illinois (la question de l'existence du droit commun matériel des torts en droit des États-Unis doit donc, quoi qu'il en soit, être tranchée par une réponse négative).

commun ». Qu'entendre par « droit commun » ici ? Il s'agit d'une référence au droit commun *territorial* : les règles applicables ne sont pas les seules règles de droit commun *matériel* relatives aux droits réels immobiliers (c'est-à-dire qui concernent, matériellement, *tous les droits réels immobiliers sans distinction* et, personnellement, *tous les titulaires de droits réels immobiliers sans distinction* ; il y en a peu⁸⁸³), mais toutes les règles de droit commun *territorial* relatives aux droits immobiliers (c'est-à-dire toutes les règles relatives aux droits réels immobiliers dont le domaine d'application *ratione loci* est indéfini, s'étend sur tout le territoire français, peu important qu'elles concernent matériellement tous les droits réels immobiliers et tous leurs titulaires, ou certains d'entre eux seulement ; il y en a beaucoup plus⁸⁸⁴). Entre les deux hypothèses, d'autres se révèlent plus difficiles : qu'en est-il de l'article 121-1 du *code du travail applicable à Mayotte*, qui soumet, lui aussi, le contrat de travail aux « règles du droit commun » ? D'un côté, ce code n'étant applicable qu'à une fraction du territoire, l'interprétation qui pourrait en être faite est qu'il vise logiquement le droit commun territorial ; mais d'un autre côté, n'est-il pas manifeste que l'article entend ici reproduire l'article L. 1221-1 du code du travail général qui, lui, s'entend d'une mention au droit commun matériel ? L'hésitation est permise. Et la distinction révèle ici ses enjeux, puisqu'une confusion entre les deux applications *modifie* la teneur de la référence et *les règles applicables*⁸⁸⁵.

240. Synthèse sur la mise en œuvre : caractère incomplet de la question « quel est le droit commun ? ». Puisque le droit commun est un concept relatif d'une part (toujours rattaché à une institution), et susceptible de deux applications d'autre part (droit commun territorial et droit commun matériel), la question de savoir quel est le droit commun applicable semble toujours devoir être précisée. Autrement exprimé, « quel est le droit commun ? » constitue l'archétype d'une question à laquelle aucune réponse correcte n'existe dans l'absolu⁸⁸⁶ et, partant, ne peut être donnée : y répondre implique de déterminer de quelle institution il s'agit, et si est visé le droit commun *matériel* – tel sera souvent le cas, mais néanmoins pas toujours – ou le droit commun *territorial* – qui connaît un certain nombre d'utilisations.

241. Conclusion de chapitre. La définition dégagée du droit commun permet d'identifier les deux applications du concept : le droit commun territorial – lorsque le domaine d'application *ratione loci* est concerné –, et le droit commun matériel – lorsque le domaine d'application *ratione materiae* et *personae* est concerné. Quant aux rapports entre ces deux applications, le droit commun territorial apparaît premier : pour une institution donnée, l'existence d'un droit commun matériel présuppose l'existence d'un droit commun territorial – à l'inverse, le droit commun territorial peut exister en l'absence de droit commun matériel. En pratique, ces deux applications doivent être distinguées, dans la mesure où les règles visées par l'une et l'autre ne sont pas identiques.

⁸⁸³ Pour les règles contenues dans le code civil par exemple, outre les règles applicables à Mayotte, le code ne contiendrait que deux articles qui se réfèrent, sans distinction, aux « droits réels immobiliers » : les articles 2019 et 2476 ; l'article 2227, qui vise les « actions réelles immobilières », peut y être ajouté.

⁸⁸⁴ Toutes les règles relatives à un droit réel immobilier principal (propriété d'un immeuble, nue-propriété d'un immeuble, servitude, etc.) ou à un droit réel immobilier accessoire (hypothèque, gage immobilier, etc.) sont visées.

⁸⁸⁵ Pour d'autres illustrations, v. *infra*, not. n° 481 et n° 655.

⁸⁸⁶ Ou plus précisément, une réponse correcte consisterait à affirmer que cette question n'est pas suffisamment précise pour qu'existe une réponse satisfaisante.

242. **Conclusion de titre.** La mise en œuvre du droit commun renvoie à deux points : il est relatif ; il connaît deux applications distinctes. D'abord, le droit commun est un concept relatif : il dépend nécessairement d'une institution de référence. Ensuite, le droit commun connaît deux applications : le droit commun territorial renvoie aux règles juridiques dont le domaine d'application *ratione loci* est indéfini, tandis que le droit commun matériel renvoie aux règles juridiques dont le domaine d'application *ratione materiae* et *personae* est indéfini.

CONCLUSION DE LA PARTIE PRELIMINAIRE

243. **Définition théorique.** Une fois dissipés les « nuages »⁸⁸⁷ qui l'entourent, la notion de droit commun ne se révèle pas si « imprécise »⁸⁸⁸ et « ambiguë »⁸⁸⁹. Le droit commun désigne les règles juridiques au domaine d'application indéfini. Plus qu'à une substance – le fond des solutions consacrées –, le droit commun fait ainsi davantage référence à une structure – la forme des règles qu'il désigne⁸⁹⁰. La combinaison de *deux critères cumulatifs*, évidences parfois oubliées⁸⁹¹, permet de dégager cette définition. D'abord, le droit commun est du *droit* : il est composé de règles juridiques⁸⁹² – raison pour laquelle les phénomènes qui ne relèvent pas des règles juridiques positives (théorie générale, droit naturel) n'y sont pas assimilables. Ensuite, le droit commun est *commun* : il est celui d'une généralité absolue, composé des règles au domaine d'application indéfini. Du fait de cette propriété, le droit commun jouit d'une vocation subsidiaire obligatoire : il est, par essence, potentiellement applicable à tous les cas qui se présentent⁸⁹³. Ce second caractère permet de distinguer le droit commun d'autres notions auxquelles il est parfois assimilé – code civil, droit civil, droit des obligations, droit dit « courant » ou droit de source internationale. Les mots de Beudant apparaissent ici fort à propos : « que de méprises, de désaccords et de conflits n'ont pas d'autre cause que les termes dont on use ! »⁸⁹⁴

244. **Mise en œuvre.** Deux précisions s'imposent. D'une part, le droit commun est relatif : il ne trouve de substance que lorsqu'il est rattaché à une institution (par exemple, gage, contrat, vente, délit) ; méthodologiquement, cette propriété impose de vérifier les constats sur la notion pour plusieurs institutions. D'autre part, le concept connaît deux applications, selon qu'est considéré le domaine d'application *ratione loci*, ou *ratione materiae* et *persona* : la première application correspond au *droit commun territorial*, la seconde au *droit commun matériel*. Les utilisations dont il fait l'objet en droit positif renvoient toujours à l'une ou l'autre de ces applications, lesquelles désignent des règles différentes. Ce constat ouvre les deux parties de l'étude.

245. **Plan : dualité des applications.** L'application renvoie à la « mise en pratique, mise en usage, mise à exécution »⁸⁹⁵. Or, la clef de voûte du droit commun tient dans ce qu'il

⁸⁸⁷ F. Bourjon, préc. (n° 1) : le droit commun serait une notion « chargée par les nuages ».

⁸⁸⁸ R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron. p. 91 s., spéc. n° 4, p. 92.

⁸⁸⁹ A. Rivard, « La notion du “droit commun” » *La Revue du droit*, vol. 3, n° 6, févr. 1925, p. 257 s. (3 R. du D. 257), spéc. p. 258.

⁸⁹⁰ Avec, en conséquence, la possibilité de modifier le contenu des règles sans modifier leur nature de droit commun.

⁸⁹¹ V. *ibid.* : « il est évident – les mots mêmes le disent – que ce doit être une règle juridique d'un caractère général ».

⁸⁹² Ce sont bien à des règles de droit que renvoient les textes qui font mention du droit commun (v. par ex. les articles 428 du code civil ou encore L. 1221-1 du code du travail), et ce sont bien des règles de droit qu'appliquent les tribunaux qui font application du droit commun (v. par ex. Civ. 1^{re}, 10 mai 2007, n° 05-12.140, *Bull. civ.* I, n° 181).

⁸⁹³ C'est notamment ce que reconnaît la jurisprudence. V. par ex. Civ. 1^{re}, 11 janv. 2005, n° 02-19.016, *Bull. civ.* I, n° 13, préc. – Civ. 2^e, 13 nov. 1964, *Bull. civ.* II, n° 716.

⁸⁹⁴ C. Beudant, *Le droit individuel et l'État*, Rousseau, 1891, n° 9, p. 17.

⁸⁹⁵ É. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, V^o « Application », sens 5.

connaît deux applications distinctes, le droit commun territorial d'une part (première partie), le droit commun matériel d'autre part (deuxième partie). Avec la grille d'analyse dégagée dans cette partie préliminaire, elles seront envisagées successivement en droit français⁸⁹⁶.

⁸⁹⁶ Une étude similaire pourrait probablement être menée pour d'autres systèmes juridiques (par ex., pour une ébauche en droit québécois, M. Juneau, *La notion de droit commun en droit civil québécois*, mémoire de maîtrise, faculté de droit de l'Université Laval, Québec, 2009 ; et, pour une mention des utilisations du concept dans divers systèmes, H. P. Glenn, *On common laws*, New York, Oxford University Press, 2005, p. 32 s. [*common law* d'Angleterre], p. 37 s. [*gemeines Recht* d'Allemagne], p. 40 s. [*derecho común* d'Espagne]).

PREMIERE PARTIE – LE DROIT COMMUN TERRITORIAL

246. **Rappel de la définition.** Pour une institution donnée, le droit commun territorial est constitué des règles communes à l'ensemble du territoire – des règles dont le domaine d'application *ratione loci* s'étend à l'ensemble de ce territoire⁸⁹⁷. Il est lié à la *situation territoriale* visée par les règles juridiques⁸⁹⁸ ; c'est « un droit commun à tout l'État »⁸⁹⁹.

247. **Démarche : histoire du droit ; droit contemporain.** C'est avant tout d'un point de vue historique que cette première application du droit commun prend son sens. Pourtant, si elle apparaît aujourd'hui moins fréquente que la seconde application, elle n'en est pas moins toujours présente en droit positif contemporain – ainsi que l'ont notamment rappelé plusieurs décisions solennelles du Conseil constitutionnel rendues à partir de 2011 dans le cadre de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité⁹⁰⁰. En outre, conditionnant l'existence du droit commun matériel, elle est techniquement première⁹⁰¹. Une recherche sur le droit commun ne peut donc se passer de son étude⁹⁰². Les développements suivront ici une perspective historique, pour mener au droit contemporain où le droit commun territorial apparaît toujours vivant et continue de poser un certain nombre de difficultés.

248. **Plan : des tendances convergentes.** La question de l'existence du droit commun territorial (Titre I) et celle de son effectivité (Titre II) seront successivement abordées ; elles révèlent toutes deux des *tendances convergentes* pour les institutions étudiées.

⁸⁹⁷ Pour une institution donnée, le *droit commun de la France* est composé de toutes les règles qui « valent pour son territoire tout entier, aucune ne valant seulement pour une partie de ce territoire » (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 412 ; l'auteur ne fait, cependant, pas explicitement de lien avec le droit commun). Le droit commun territorial national d'une institution est composé des règles qui régissent cette institution et qui sont « en vigueur et valables de la même façon pour le territoire de l'État tout entier » (*op. et loc. cit.*).

⁸⁹⁸ V. *supra*, n° 193 s.

⁸⁹⁹ R. David, « Droit commun et *common law* », in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milan, Giuffrè, 1969, vol. 1, p. 345 s., spéc. p. 353.

⁹⁰⁰ Cons. const., 5 août 2011, n° 2011-157 QPC, consid. n° 4 – 28 sept. 2012, n° 2012-274 QPC, consid. n° 6.

⁹⁰¹ V. *supra*, n° 231 s.

⁹⁰² C'est en droit français que sera ici envisagé le droit commun territorial. Son étude pourrait être prolongée pour d'autres systèmes juridiques. Pour le droit espagnol, J. L. Lacruz Berdejo, *Estudios de derecho privado común y foral*, t. 1 (*parte general y reales*), t. 2 (*obligaciones y sucesiones*) et t. 3 (*familia y otros temas*), Saragosse, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, 1992-1993 ; pour une étude spécifiquement consacrée aux successions, J. J. Rivas Martínez, *Derecho de sucesiones - Común y foral*, 3^e éd., Madrid, Dykinson, 2004-2005, 3 t. (et, pour les sources, *Código de sucesiones : derecho territorial común y foral*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002) ; pour une étude historique, B. Clavero, *Temas de historia del derecho : derecho común*, 2^e éd., Séville, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979 ; adde M. Pasquau Liaño, *Código civil y ordenamiento jurídico*, Grenade, Comares, 1994, p. 52-53 ; et, pour des éléments historiques, I. de Casso y Romero (dir.), *Diccionario de derecho privado - Derecho civil, común y foral, derecho mercantil, derecho notarial y registral, derecho canónico*, t. 1, Barcelone, Labor, 1961, V^o « *Derecho foral* », p. 1457 s. Pour le droit québécois, M. Juneau, *La notion de droit commun en droit civil québécois*, Université Laval, Québec, 2009. Pour le droit anglais, v. déjà les mentions qu'en fait W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769), 14^e éd. par E. Christian, Londres, Strahan, 1803, introd., « *Of the Laws of England* », p. 63 s. Pour les droits latino-américains, B. Bravo Lira, *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1989.

TITRE I – LES TENDANCES CONVERGENTES DANS L’EXISTENCE

249. **L’émergence et la permanence du droit commun territorial.** Le droit commun territorial est parfois nommé, notamment par la doctrine et l’article 1393 du code civil, *droit commun de la France*⁹⁰³. Parce que sa construction fut lente et progressive, c’est une approche essentiellement historique qui s’impose dans les développements qui suivent, pour mener au droit contemporain⁹⁰⁴.

250. **Plan.** Pour les institutions étudiées, des tendances convergentes peuvent être mises au jour. Elles tiennent dans ce que, pour répondre au morcellement territorial des règles d’ancien droit français, la doctrine proposa la création d’un *droit commun de la France*, à travers les théories du *jus commune* et du *droit commun coutumier* ; il s’agit de *propositions* de droit commun (Sous-titre I). Le pouvoir royal, seul disposant de la compétence pour édicter un véritable *droit commun de la France*, reprit ces propositions à son compte ; contrairement à une idée souvent reçue, le droit commun territorial contemporain, héritier de la législation royale réalisant le *droit commun de la France*, demeure aujourd’hui solidement installé (Sous-titre II).

⁹⁰³ 1) Par ex., v. déjà F. Bourjon, *Le droit commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principes*, Grangé et Cellot, 1770. Adde G. Ripert, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, réimpr. 1998, n° 1. Boucher d’Argis y fait également référence lorsqu’il écrit que « le droit commun d’un État, par exemple de la France », est « ce que toute la nation observe sur certaines matières » (*Encyclopédie*, dir. Diderot et d’Alembert, V° « Droit commun » – « quoique sur d’autres chaque province ait ses lois ou coutumes propres », ajoute l’auteur).

2) Une réflexion similaire aurait pu être menée à propos d’une entité territoriale plus restreinte (par ex. une province : la Bretagne, la Bourgogne ; ou, plus actuel, l’Alsace-Moselle ou la Nouvelle-Calédonie, etc. [J.-M. Carbasse, *Manuel d’introduction historique au droit*, 3^e éd., PUF, 2009, n° 77 – rappr. *Encyclopédie*, dir. Diderot et d’Alembert, V° « Droit commun », par Boucher d’Argis : « le *droit commun* d’une province, est la loi qui est suivie sur certains points par tous ses habitants, quoique sur d’autres matières chaque ville ou canton ait ses statuts ou usages particuliers ; ainsi la coutume générale d’Auvergne fait le *droit commun* du pays, et le *droit* particulier est composé de toutes les coutumes locales ») ou plus vaste (par ex. l’Europe). Deux raisons font opter pour le *droit commun de la France* : d’une part, le souci, déjà relevé, d’étudier les deux applications du concept de droit commun *du point de vue du droit français* et l’observation que, de ce point de vue, l’entité d’étude la plus pertinente est celle du droit commun territorial étatique ; d’autre part, la circonstance que la question du *droit commun de la France* est celle que les juristes d’Ancien Régime ont le plus souvent posée, et que reprennent aujourd’hui les auteurs, les textes et la jurisprudence.

⁹⁰⁴ Il s’agit de retracer l’émergence et l’installation de ce dernier, depuis les début du droit moderne au XVI^e siècle jusqu’au droit contemporain.

1) Pour autant, la question du droit commun se pose antérieurement : on se souvient que déjà, au XIII^e siècle, Philippe de Beaumanoir dit s’inspirer, entre autres sources complémentaires aux *Coutumes de Beauvaisis*, du « droit qui est communs a tous ou royaume de France » (*Coutumes de Beauvaisis* [1283], texte critique par A. Salmon, t. 1, Picard, 1899, n° 6, p. 4). Une controverse existe d’ailleurs quant à ce que recouvre exactement l’expression : droit romain, règles retrouvées dans la plupart des coutumes, droit royal applicable à l’entier royaume (v. par ex. la note 1 sous l’expression précitée) ? Adde J.-M. Carbasse, « Philippe de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis* », *RHFDJSJ* 2002, p. 135 s., spéc. note 19, p. 142 ; P. Petot, « Le droit commun selon les coutumiers », *RHDFE* 1960, p. 412 s., spéc. p. 417 s. ; P. Ourliac et J.-L. Gazzaniga, *Histoire du droit privé français de l’An mil au Code civil*, Albin Michel, 1985, p. 138 ; A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 3^e éd., Dalloz, 2006, n° 428, « la question du “droit commun” coutumier ». V. aussi A. Guzmán Brito, « *Sobre la historia de las nociones de derecho común y derecho propio* », préf. à B. Bravo Lira, *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1989, p. XI s., spéc. II et III, p. XIII s., qui résume la position des glossateurs. Rappr. Ph. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 53.

2) Il semble toutefois que ce soit à partir du XVI^e siècle et de la construction de l’État moderne que la question du droit commun territorial prend son sens actuel : le processus contemporain y trouve ses fondements. La démarche d’y lier la période médiévale apparaît approximative au regard des discontinuités entre l’époque médiévale de l’Ancien Régime recensées par l’historiographie. Aussi l’étude sera-t-elle menée principalement à partir du XVI^e siècle (pour la période antérieure, v. G. Giordanengo, « *Jus commune* et “droit commun” en France du XIII^e au XV^e siècle », in *Droit romain, jus civile et droit français*, dir. J. Krynen, PU Toulouse, 1999, p. 219 s. ; P. Petot, « Le droit commun selon les coutumiers », *RHDFE* 1960, p. 412 s., spéc. p. 422 s.).

SOUS-TITRE I – L’ASPIRATION AU DROIT COMMUN TERRITORIAL

251. **Plan : l’éclatement de l’ancien droit français ; une mosaïque de droits locaux.** À compter du début de l’ère féodale, l’ancien droit se caractérise par une extrême diversité des droits applicables dans chaque province⁹⁰⁵ : aucune institution n’échappait à l’éclatement territorial (Chapitre I), de même qu’aucune ne fut exclue des aspirations des juristes à proposer un *droit commun de la France* durant les siècles qui précédèrent la fin de l’Ancien Régime ; c’est, en effet, en réaction contre l’état d’éclatement de l’ancien droit que naquirent ces propositions tendant à la constitution d’un *droit commun de la France* (Chapitre II).

⁹⁰⁵ V. par ex. *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, V^o « Privilège », par F. Saint-Bonnet, Lamy-PUF, 2003, p. 1209 s., spéc. p. 1211 : « à la fin de l’époque carolingienne, [...] chaque seigneurie, chaque principauté est régie territorialement par une coutume propre ».

Chapitre I – L'obstacle initial : la profusion des droits locaux

252. **Le droit français éclaté.** La comparaison de Voltaire est célèbre : « un homme qui court la poste, en France, change de lois plus souvent qu'il ne change de chevaux »⁹⁰⁶. Les juristes d'ancien droit connaissent bien la réalité dénoncée de manière imagée par le philosophe : la France juridique d'Ancien Régime, depuis l'époque féodale, est territorialement éclatée, divisée, en une multiplicité de coutumes⁹⁰⁷ ; le droit français d'alors consiste principalement en une multitude de droits spéciaux territoriaux, locaux. Cet éclatement en la forme se double d'une diversité au fond, dans les solutions qui coexistent⁹⁰⁸. Ainsi, faute notamment de pouvoir central suffisamment fort et du fait des résistances locales, le droit français d'Ancien Régime est particulièrement morcelé. Cette profusion de droits locaux gêne l'émergence d'un *droit commun de la France* : elle en est l'antithèse.

253. **Plan.** La profusion des droits locaux rend à la fois difficile et souhaitable l'émergence d'un droit commun territorial, *droit commun de la France*, pour toutes les institutions recouvertes par la pratique du droit. D'une part, l'éclatement dans les sources des droits locaux rend *impossible* de considérer que ceux-ci forment un *droit commun de la France* : ils sont formellement tous différents ; l'idée même d'un droit commun à partir de leur somme ne peut prospérer (Section I). D'autre part, l'éclatement des droits locaux quant au contenu des solutions consacrées rend *souhaitable*, par la diversité et la complexité qu'il implique, un *droit commun de la France* (Section II).

⁹⁰⁶ Voltaire, *Précis du siècle de Louis XV*, 1768, chap. 42, « Des lois ».

⁹⁰⁷ 1) En effet, contrairement à une idée souvent développée, les pays dits de droit écrit ne suivaient pas directement le droit romain, mais une *coutume* inspirée de celui-ci, avec l'assentiment du roi de France. C'est ce qui résulte notamment de l'ordonnance de juillet 1312 de Philippe le Bel sur les privilèges de l'Université d'Orléans (reprod. in *Ordonnances des rois de France de la troisième race*, vol. 1, 1723, par E. de Laurière, p. 501). C'est ainsi que même le prétendu « droit écrit » est, lui aussi, coutumier. Dans le même sens, v. not. : J.-L. Thireau, « L'alliance des lois romaines avec le droit français », in *Droit romain, jus civile et droit français*, dir. J. Krynen, PU Toulouse, 1999, p. 347 s., spéc. p. 359 ; « Le comparatisme et la naissance du droit français », *RHFDSJ* 1990, n^{os} 10-11, p. 153 s., spéc. p. 163 ; *Introduction historique au droit*, 3^e éd., Flammarion, 2009, p. 229 ; J.-M. Carbasse, *Manuel d'introduction historique au droit*, 3^e éd., PUF, 2009, n^o 112 ; J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 23.

2) Les coutumes dites générales (parmi lesquelles les coutumes de Normandie, de Bretagne, de Paris, d'Orléans, de Bourgogne, etc.) sont estimées à une soixantaine, et les coutumes dites locales, au ressort territorial encore plus restreint (par exemple, coutumes de Meaux ou de Bourges), à plusieurs centaines (v. not. J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 20 ; R. Filhol, « La rédaction des coutumes en France aux XV^e et XVI^e siècles », in *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, Bruxelles, ULB, 1962, p. 63 s., spéc. p. 77 ; adde P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, 2013, n^o 172 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, 9^e éd., Dalloz, 2012, n^o 74). L'éclatement n'est pas propre au droit français ; ainsi, par exemple, en Allemagne, au XVII^e siècle, coexistent plus de cent systèmes successoraux différents (J.-L. Halpérin, « L'approche historique et la problématique du *ius commune* », *RIDC* 2000, p. 717 s., spéc. p. 723, se référant à W. Brauner, « *Europäisches Privatrecht- aber was ist es ?* », *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 1993, p. 225 s.)

⁹⁰⁸ C'est pourquoi Voltaire ajoute ailleurs : « Voyez à Paris le quartier des Halles, de Saint-Pierre-aux-bœufs, la rue Brise-miche, celle du Pet-au-diable contraster avec le Louvre ou les Tuileries ; voilà l'image de nos lois » (*Œuvres complètes*, Perronneau et Cérioux, 1819, vol. 31, partie 2, p. 881).

Section I – L'éclatement dans les sources : le droit commun impossible

254. **Plan.** Du point de vue de leur source, les droits locaux sont différents les uns des autres par le fait même que leur ressort territorial est limité. C'est tout le contraire d'un *droit commun de la France* qui résulte de cette coexistence de droits locaux : du fait de ceux-ci, le droit français subissait un important « compartimentage géographique »⁹⁰⁹, source, non pas d'un droit commun territorial, mais d'une multiplicité de droits spéciaux territoriaux. Il existait avant tout une mosaïque de droits locaux distincts les uns des autres, applicables en fonction des ressorts des coutumes (§ I) et des parlements (§ II).

§ I – Impossibilité d'un droit commun territorial par les coutumes : caractère limité du ressort territorial des coutumes

255. **La multiplicité des droits coutumiers, ou le contraire d'un droit commun territorial.** L'une des caractéristiques des coutumes était leur domaine d'application territorial, *ratione loci*, limité à une fraction du territoire français. Le ressort territorial d'une coutume s'arrêtait là où celui d'une autre commençait : aucune ne pouvait prétendre asseoir son autorité sur tout le territoire du royaume, et toutes voyaient au contraire leur domaine d'application territorial limité par les coutumes voisines, conséquence d'un postulat d'égalité absolue entre celles-ci. C'est ainsi que tout droit coutumier n'était que du droit *local* et ne pouvait consacrer, écrit Bouhier, « que des *Règles Locales* »⁹¹⁰ ; et le même auteur d'ajouter que « personne ne contestera sans doute cette proposition, que les Coutumes n'ont aucune autorité coactive hors de leur territoire »⁹¹¹. Dans ce contexte, les coutumes étaient par définition même toutes formellement différentes les unes des autres⁹¹² et leur somme ne pouvait constituer un droit commun territorial. Charondas Le Caron l'explique dans ses *Pandectes*, les coutumes « ne contiennent qu'un droit particulier de la Province, en laquelle elles sont introduites »⁹¹³ ; elles « sont limitées par les Provinces et territoires où elles sont introduites », si bien que leur « force et autorité [...] ne se peut étendre hors lesdits territoires et limites »⁹¹⁴. Aucune institution⁹¹⁵ ne fait ainsi l'objet d'une réglementation uniforme :

⁹⁰⁹ J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 24.

⁹¹⁰ J. Bouhier, Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne, in *Les Coutumes du Duché de Bourgogne*, t. 1, Dijon, Auge, 1742, chap. 2., p. 189.

⁹¹¹ J. Bouhier, *op. et loc. cit.* Il ajoute encore : « la Coutume de Paris ne me paroît pas sur cela plus privilégiée » (*ibid.*).

⁹¹² J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 20. Même les pays de droit écrit étaient divisés : contrairement à ce qui est souvent pensé, ils ne constituaient pas un « bloc monolithique » soumis à des « règles juridiques uniformes », ne serait-ce que parce que les parlements chargés d'appliquer le droit écrit développaient chacun leur propre jurisprudence (*ibid.*, p. 23). *Adde* P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, 2013, n° 167 : la France était divisée « en une multitude de terres juridiques, aux frontières imprécises et souvent sécantes ».

⁹¹³ L. Charondas Le Caron, *Pandectes ou Digestes du Droit François*, Richer, 1637, livre I, chap. 25, p. 166. Il ajoute, et c'est fondamental (v. *infra*, le *droit commun de la France* par les lois du roi) : « en quoy gist la différence d'icelles, et du droict universel de France, fondé sur les loix et ordonnances générales des Rois ».

⁹¹⁴ L. Charondas Le Caron, *op. cit.*, p. 170. Pour une reprise de cette idée, v. F. de Boutaric, *Les institutes de l'empereur Justinien conférées avec le droit français*, Toulouse, Hénauld et Forest, 1740, préface, p. VII (se référant à Du Moulin).

⁹¹⁵ Il est enseigné que le droit des obligations (contrats et responsabilité civile) était, pour tout le royaume, régi par l'application du droit romain, lequel faisait, en la matière, office de « loi commune » à la France (J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 26 ; v. aussi R. Filhol, « La rédaction des coutumes en France aux XV^e et XVI^e siècles », in *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, Bruxelles, ULB, 1962, p. 63 s., spéc. p. 73). Cependant, en premier lieu, cette utilisation du droit romain à l'échelle de la France était davantage *imperio rationis* que

réglementées par les droits locaux, toutes en suivent les divisions⁹¹⁶. Mettre en évidence un *droit commun de la France* à partir de ces droits locaux est impossible puisque, formellement, le domaine d'application territorial des règles de droit local est par définition limité à une portion du territoire : il ne dépasse pas les ressorts coutumiers pour lesquels les règles sont instituées. Quelle que soit l'institution concernée, la validité *ratione loci* des règles contenues dans les coutumes ne dépasse pas le ressort de la coutume qui les édicte (Normandie, Bretagne, Bourgogne, Paris, Orléans, Auvergne, etc.).

256. **La somme des droits coutumiers, ou l'impossibilité d'un droit commun territorial.** Il advient certes, sur certains points, que des coutumes prévoient des règles semblables les unes aux autres⁹¹⁷ ; ces similitudes entre les règles locales ne doivent pas induire en erreur. En effet, comment considérer que ces règles sont constitutives d'un *droit commun de la France*, alors même que le domaine de validité territoriale de chacune de ces règles prises individuellement ne s'étend qu'au ressort d'une seule province (et non à la France entière) ? La somme de droits locaux ne saurait parvenir à la constitution d'un droit commun territorial : elle reste une somme de droits territorialement spéciaux, qui ne peut pas changer de nature⁹¹⁸. La doctrine l'a déjà relevé : ce caractère intrinsèquement limité du ressort territorial des règles de droit local constitue un « obstacle naturel à tout droit commun »⁹¹⁹ de la France. À cette spécialité territoriale coutumière s'ajoute une spécialité territoriale jurisprudentielle.

§ II – Impossibilité d'un droit commun territorial par les décisions des parlements : caractère limité du ressort territorial des parlements

257. **La multiplicité des droits « jurisprudentiels », ou le contraire d'un droit commun territorial.** À ce caractère intrinsèquement limité du ressort territorial d'application des coutumes s'ajoute le caractère également limité du ressort de chaque parlement chargé d'en faire application : à la veille de la Révolution, le royaume de France compte treize parlements⁹²⁰. Or, d'une part, chacune de ces juridictions dispose d'une compétence qui n'est que locale,

ratione imperii : il s'agissait surtout d'un modèle doctrinal à même de combler une lacune des droits locaux et du droit royal ; mais, en lui-même, le droit romain ne semblait pas avoir en droit français de caractère juridiquement obligatoire – son autorité était avant tout morale (v. *infra*, n° 280 s.). Et, en second lieu, c'est sans compter sur les « exceptions » à cette vocation du droit romain (J.-L. Halpérin, *op. et loc. cit.*), au titre desquelles figurent les institutions régies par telle ou telle coutume : ainsi, la plupart sinon la totalité des coutumes régleme la prescription extinctive (dont il est souvent enseigné qu'elle relève en grande partie du droit des obligations), et relègue par là même le droit romain à la portion congrue (v. par ex., significatif de cette tendance, l'article unique du titre XIV de la coutume de Bourgogne : « De toutes choses prescriptibles, toutes prescriptions sont uniformes et réduites à trente ans » ; il ne restait plus de place pour le droit romain). Enfin, en troisième lieu, rien n'exclut des interprétations locales divergentes – fréquentes ailleurs – de ces règles empruntées au droit romain.

⁹¹⁶ Dans le même sens, v. G. Leyte, « Prescriptibilité et imprescriptibilité dans l'ancien droit public français (XVI^e-XVIII^e siècle) », *Droits* 2000, n° 31, p. 3 s., spéc. p. 4. Par conséquent, seules les « lois du roi » pouvaient être perçues comme la source d'un véritable *droit commun de la France*. Nous y reviendrons (v. *infra*, n° 304 s.).

⁹¹⁷ Par exemple, il arrive assez souvent que le délai de prescription au domaine *matériel* le plus vaste soit de trente ans : v. *infra* et, par ex. l'article 522 de la coutume de Normandie.

⁹¹⁸ V. *supra*, n° 161.

⁹¹⁹ G. Leyte, « “Le droit commun de la France”. Observations sur l'apport des arrêtistes », *Droits* 2003, n° 38, p. 53 s., spéc. p. 58.

⁹²⁰ Paris, Toulouse (1420), Bordeaux (1451), Grenoble (1453), Dijon (1477), Aix (1501), Rouen (1515), Rennes (1554), Pau (1620), Metz (1633), Besançon (1676), Douai (1714), Nancy (1775).

directement liée à son ressort territorial limité – plus vaste, il est vrai, pour le parlement de Paris. Et, d'autre part, aucun parlement n'est subordonné à un autre. Il en résulte que chaque parlement dispose des moyens juridiques de développer sa propre « jurisprudence », distincte des jurisprudences des autres parlements du royaume⁹²¹. Peut ainsi être évoqué un morcellement jurisprudentiel⁹²², dans la mesure où l'autorité *ratione loci* des arrêts de règlement édictés par les parlements ne dépasse pas le ressort territorial de compétence du parlement qui les édicte, ressort par hypothèse limité à une portion du territoire. La conclusion s'impose : l'ancien droit connaissait formellement autant de jurisprudences différentes que de parlements⁹²³.

258. **La somme des droits « jurisprudentiels », ou l'impossibilité d'un droit commun territorial.** Pour les mêmes raisons que celles exposées à propos de la division des coutumes, la somme des « jurisprudences » locales ne peut davantage constituer un droit commun territorial : celles-ci restent par nature source de droit territorialement spécial et leur somme ne saurait techniquement modifier cette nature. En outre et quant au fond – mais c'est déjà empiéter sur les développements suivants –, la recherche de similitudes entre les décisions rendues par divers parlements locaux apparaîtrait artificielle : faute d'obligation de motivation des décisions⁹²⁴, leur interprétation, à partir du seul dispositif, apparaît relativement divinatoire et risquerait de conduire à les dénaturer⁹²⁵. De toute manière, le constat selon lequel les droits « jurisprudentiels » sont formellement éclatés apparaît suffisant pour conclure qu'ils ne sauraient jamais être la source d'un *droit commun de la France*. Cet éclatement des sources se double d'un éclatement quant au contenu même des règles.

⁹²¹ V. not. J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 23. Par exemple, le parlement d'Aix qui était amené à faire application de la coutume de Normandie n'était absolument pas lié par la jurisprudence du parlement de Rouen – au demeurant particulièrement difficile à connaître, si l'on ajoute au caractère limité des communications le fait que les arrêts des parlements n'étaient pas motivés et ne faisaient l'objet d'aucune publication officielle (*ibid.*, p. 25).

⁹²² La doctrine contemporaine constate que, dans l'ancien droit, « l'œuvre jurisprudentielle est très variée » car « il existe, en effet, dans la France d'Ancien Régime, autant de jurisprudences que de cours souveraines » (G. Leyte, « Le droit commun de la France ». Observations sur l'apport des arrêstistes », *Droits* 2003, n° 38, p. 53 s., spéc. p. 54-55 ; il conclut : « la très grande diversité juridique de la France d'avant le Code civil n'apparaît peut-être nulle part mieux que dans les ouvrages des arrêstistes » [p. 67]).

⁹²³ J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 25 : « comme on comptait, en 1789, treize parlements dans le royaume, il y avait au moins treize jurisprudences différentes qui s'appliquaient ». À noter, en outre, que les ressorts des parlements ne correspondaient pas aux ressorts coutumiers – ce qui était particulièrement flagrant pour le parlement de Paris, dont le ressort n'était pas limité à celui de la coutume de Paris.

⁹²⁴ Les arrêts des parlements ne sont plus motivés depuis une ordonnance de 1344 « sous le prétexte de respecter le secret du délibéré et d'éviter la chicane » (M.-R. Santucci, « Les divergences jurisprudentielles dans l'Ancien droit », in *Les divergences de jurisprudence*, PU Saint-Étienne, 2003, p. 27 s., spéc. p. 30). V. aussi, pour le constat, J.-L. Halpérin, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *RIDC* 2000, p. 717 s., spéc. p. 724 ; M.-F. Renoux-Zagamé, « Du droit commun doctrinal au droit commun positif : leçons des plaidoyers du Parquet », in *Traditions savantes et codifications*, LGDJ, 2007, p. 3, spéc. p. 7 ; *adde Rép. civ.* Dalloz, V° « Jurisprudence », 2009, n° 259, par L. Bach (et les références citées).

⁹²⁵ Rapp. J.-L. Halpérin, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *RIDC* 2000, p. 717 s., spéc. p. 724 : « en l'absence d'études assez complètes sur le droit réellement appliqué par ces juridictions, la prudence s'imposerait sur le rôle du droit commun et il faudrait renoncer à présenter ce dernier, de manière systématique, comme un droit uniforme et matériel ». V. ég. Ph. Théry, « La "jurisprudence" des cours d'appel et l'élaboration de la norme », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, dir. N. Molfessis, Economica, 2004, p. 129 s., spéc. p. 131, qui rappelle que la jurisprudence est « structurellement liée à la motivation de la décision ».

Section II – L'éclatement dans le contenu : le droit commun souhaitable

259. **Plan : une géographie coutumière éclatée.** « Autant de Coutumes, autant de dispositions différentes, sinon en tout, du moins en beaucoup de choses »⁹²⁶. S'il y a une part d'excès dans les propos de Bouhier, les oppositions entre les droits locaux sont réelles et profondes⁹²⁷ quelle que soit l'institution concernée⁹²⁸ : des ressemblances ont pu exister⁹²⁹, mais il convient de constater la diversité qui règne, à travers les nombreuses dissemblances dans les solutions consacrées. Plus tard, dans son *Discours préliminaire*, Portalis le résumera : « on eût dit que la France n'était qu'une société de sociétés »⁹³⁰. La diversité au fond est parfois si profonde qu'elle put justifier des essais de *géographie coutumière*⁹³¹. Les exemples qui suivent, tirés pour la plupart de la comparaison des coutumes rédigées à partir du XVI^e siècle⁹³², sont relatifs aux successions et libéralités (§ I), aux sûretés (§ II), aux incapacités (§ III) et à la prescription (§ IV).

⁹²⁶ J. Bouhier, *Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne*, in *Les Coutumes du Duché de Bourgogne*, t. 1, Dijon, Auge, 1742, chap. 2, p. 189.

⁹²⁷ Rapp. J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 27. Ainsi, même les pays dits de « droit écrit » présentent une grande diversité (v. J. Bart, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, 2^e éd., Montchrestien, 2009, p. 101).

⁹²⁸ Ici encore, de nombreuses institutions pourraient probablement être citées en exemple. D'ailleurs, de nombreuses études historiques sont consacrées à l'étude d'un pan (pour une institution donnée, et un domaine territorial spécifique) de ce qu'Yver appellera, après d'autres, la « géographie coutumière ». À titre d'illustration supplémentaire, il est possible d'élargir l'étude aux régimes matrimoniaux, pour lesquels les spécificités locales sont nombreuses ; par exemple, en Bretagne, la communauté de biens entre époux ne commence qu'après l'écoulement d'un délai d'an et jour à compter du mariage (J. Brejon de Lavergnée, « Droit privé au XVI^e siècle d'après les registres de la communauté de la ville de Rennes », in *Mélanges J. Yver*, PUF, 1976, p. 113 s., spéc. p. 116).

⁹²⁹ Il existe aussi des règles semblables dans les droits locaux. V. not. J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n^o 6, qui relèvent que, plutôt que de voir « un éparpillement, [...] une poussière de coutumes », « on a toujours constaté de nombreuses analogies de détail entre les diverses coutumes », plus particulièrement entre plusieurs groupements de coutumes : « Normandie, Anjou et Maine, longtemps unis, Bretagne et même, dans une certaine mesure, Poitou » ; « apparaît également un groupe de coutumes parisien et orléanais ». Les auteurs signalent néanmoins qu'il existait « de grosses différences » entre ces droits locaux. V. aussi J. Bart, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, 2^e éd., Montchrestien, 2009, p. 101.

⁹³⁰ J.-É.-M. Portalis, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Confluences, 1999, p. 14. Pour un exemple concret : dans la grande majorité des droits locaux, le délai de prescription de « droit commun matériel » est de trente ans (v. not l'article 522 de la coutume de Normandie : « toutes actions personnelles et mobilières, sont prescrites par trente ans » ; v. aussi l'article unique du titre XIV de la coutume de Bourgogne : « de toutes choses prescriptibles, toutes prescriptions sont uniformes et réduites à trente ans »).

⁹³¹ V. par ex. J. Yver, *Égalité entre les héritiers et exclusion des enfants dotés - Essai de géographie coutumière*, Sirey, 1966.

⁹³² 1) À compter de cette période, les différents droits locaux sont consignés par écrit, et ce, de manière officielle. La circonstance rend, dès lors, leur étude plus facile et limite les risques d'erreurs. Toutefois, « les textes officiels des coutumes rédigées ne constituent qu'un point d'aboutissement. Les sources de leur diversité comme de leurs points communs ne peuvent, à l'évidence, s'éclairer qu'à la condition de remonter dans le passé » (J. Yver, *Égalité entre héritiers et exclusion des enfants dotés - Essai de géographie coutumière*, Sirey, 1966, p. 5).

2) L'exercice n'est pas usuel : la doctrine se livre rarement à des études historiques de « droit comparé interne » portant sur une institution spécifique ; c'est pourquoi, dans leur majorité, les exemples qui suivent ne sont pas tirés de la lecture de travaux doctrinaux, mais sont puisés à la source, c'est-à-dire, tirés directement de la comparaison des droits locaux tels que constatés dans les coutumes.

3) À la diversité des solutions consacrées par les coutumes, il conviendrait idéalement d'ajouter la diversité résultant de la jurisprudence des parlements (J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 25) et de l'illustrer (pour des approfondissements sur ce thème, v. M.-R. Santucci, « Les divergences jurisprudentielles dans l'Ancien droit », in *Les divergences de jurisprudence*, PU Saint-Étienne, 2003, p. 27 s.). Néanmoins, en raison de sa disparité, de la rareté des sources qui la recensaient et de l'absence de devoir de motivation des décisions, la démarche apparaît méthodologiquement incertaine.

§ I – Successions et libéralités

260. **Le droit des successions et libéralités morcelé.** Pour ces institutions, la doctrine souligne « l'extrême variété »⁹³³ des droits locaux, et présente comme « impossible »⁹³⁴ la tâche d'en présenter une synthèse. Quelques illustrations peuvent être développées.

261. **Diversité et égalité des vocations *ab intestat* entre héritiers.** La question de l'égalité ou non entre les héritiers est peut-être la question la plus célèbre sur le plan des divergences entre droits locaux. Elle livre de riches et nombreuses différences⁹³⁵ ; un aperçu de l'hétérogénéité de la matière peut être donné. La présentation généralement retenue relève que dans les pays dits de « droit écrit », c'est généralement l'égalité successorale qui règne, chez les nobles comme chez les roturiers, égalité inspirée de la *novelle* 118 de Justinien, alors que dans les pays coutumiers, les successions nobles, ainsi que certaines successions roturières – mais pas toutes – reposent sur des privilèges d'âge et de masculinité⁹³⁶. Cette présentation, déjà complexe, l'est encore pourtant insuffisamment pour rendre compte de la diversité réelle. Le privilège d'âge en est un exemple : des coutumes, comme celle de Bourgogne, l'ignorent⁹³⁷ ; d'autres coutumes avantagent l'aîné⁹³⁸ ; dans une autre série de coutumes, l'avantagé est non pas l'aîné, mais le dernier-né (le privilège est alors dit du « juveigneur » en Basse-Bretagne et droit de « maineté » dans le Nord⁹³⁹). La diversité est si grande que des auteurs d'alors s'en indignent⁹⁴⁰.

262. **Diversité et représentation successorale.** La question de la représentation est celle choisie par Charondas dans ses *Pandectes*, au chapitre consacré à la coutume, en guise d'illustration de la diversité qui règne : « par quelques coutumes de France, écrit-il, les petits enfants estoient exclus de la succession de leurs ayeuls, n'ayant lieu la représentation en ligne directe »⁹⁴¹ ; en d'autres termes, un certain nombre de coutumes, telles les coutumes d'Artois, de

⁹³³ J. Bart, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, 2^e éd., Montchrestien, 2009, p. 315 ; ce n'est pas à dire que sur certains points, comme en matière de saisine, d'option et de partage, des similitudes ne peuvent être mises en évidence (*ibid.*, p. 331 s.). Et J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 796 (« Ce qui frappe, dans l'ancien régime des successions, c'est l'extraordinaire diversité des coutumes, sans compter les pays de droit écrit [...] La première impression est celle d'un fouillis ») et n° 813 ; J.-L. Halpérin, *L'impossible code civil*, PUF, 1992 ; P. Lefebvre, *Le droit commun des successions d'après les coutumes rédigées et la jurisprudence du Parlement de Paris*, Sirey, 1911, p. 10 (« la variété des coutumes était particulièrement grande dans le droit des successions »).

⁹³⁴ J. Bart, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, 2^e éd., Montchrestien, 2009, p. 315.

⁹³⁵ Pour une étude approfondie, v. J. Yver, *Égalité entre héritiers et exclusion des enfants dotés - Essai de géographie coutumière*, Sirey, 1966. L'auteur résume ainsi sa démarche (p. 10) : « sur la rigueur d'application du principe d'égalité et le caractère obligatoire ou facultatif du rapport, on sait qu'à l'époque des coutumes rédigées le droit français était partagé. Il comprenait des coutumes d'égalité parfaite, des coutumes de simple égalité et des coutumes de préciput ».

⁹³⁶ J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 799 s. ; J.-L. Thireau, *Histoire du droit et des institutions*, 3^e éd., Flammarion, 2009, p. 296-297. Ainsi, pour résumer cette présentation classique : institution de l'aînesse coutumière contre égalité en pays de « droit écrit ».

⁹³⁷ J. Bart, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, 2^e éd., Montchrestien, 2009, p. 323.

⁹³⁸ J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 799, qui citent, pour les successions roturières, le Boulonnais, le pays de Caux, les environs de Guingamp et les vallées pyrénéennes.

⁹³⁹ *Ibid.* ; J. Bart, *op. cit.*, p. 323. *Adde* J. Gilissen, « Le privilège du cadet ou droit de maineté dans les coutumes de la Belgique et du Nord de la France », in *Mélanges P. Petot*, LGDJ, 1959, p. 231 s.

⁹⁴⁰ V. not., pour la succession aux fiefs, L. Charondas Le Caron, *Pandectes ou Digestes du Droit Français*, Richer, 1637, livre I, chap. 25, p. 167 : l'auteur, critiquant la diversité, déplore que dans certaines provinces, « les seuls enfants aînez succèdent aux fiefs ».

⁹⁴¹ L. Charondas Le Caron, *Pandectes ou Digestes du Droit Français*, Richer, 1637, livre I, chap. 25, p. 167.

Ponthieu, de Boulenois⁹⁴², refuse la représentation successorale. À l'inverse, la représentation en ligne directe est par exemple admise par la coutume réformée de Meaux⁹⁴³. Des recherches approfondies ont révélé que nombre de coutumes, jusqu'à leur rédaction, ont ignoré la représentation successorale, tandis que nombre d'autres l'admettaient à l'infini, et que d'autres enfin, moins nombreuses, admettaient une représentation limitée⁹⁴⁴. C'était en outre sans compter sur des coutumes plus complexes, telle la coutume de Normandie, où le degré jusqu'auquel la représentation a lieu varie en fonction de l'origine des biens⁹⁴⁵. Le Brun, dans une tentative de synthèse, écrit : « tant plus les Provinces tirent au Nord, tant plus elles sont opposées au droit de représentation »⁹⁴⁶ ; mais la représentation reste évidemment schématique.

263. **Autres questions.** Bien d'autres questions pourraient être étudiées⁹⁴⁷. Par exemple, celle de la forme des testaments souffre de la disparité des droits locaux⁹⁴⁸, et la question de son contenu pourrait également fournir des illustrations : en particulier, l'institution d'héritier⁹⁴⁹ est généralement interdite en pays dits coutumiers – c'est ainsi, notamment, que l'article 299 de la coutume réformée de Paris dispose qu'« Institution d'héritier n'a lieu » –, alors qu'elle est souvent admise, et fréquente, en terres dites de « droit écrit »⁹⁵⁰. Quant aux substitutions fidéicommissaires⁹⁵¹, de nombreuses coutumes les autorisaient sans limitation de degrés, mais tel n'était pas le cas partout et, « là même où on avait jugé à propos de les limiter, on les déclarait licites, en certains lieux, pour dix degrés, en d'autres, pour un siècle tout entier »⁹⁵². Le retrait lignager enfin, connu de nombreux droits locaux – comme par exemple les droits normand, parisien et orléanais –, semble absent d'autres coutumes, telle celle de Bourgogne⁹⁵³.

⁹⁴² J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 810.

⁹⁴³ Citée par L. Charondas Le Caron, *Pandectes ou Digestes du Droit François*, Richer, 1637, livre I, chap. 25, p. 170.

⁹⁴⁴ J. Yver, *Égalité entre héritiers et exclusion des enfants dotés - Essai de géographie coutumière*, Sirey, 1966, p. 267 s.

⁹⁴⁵ En effet, en Normandie, la représentation pour la succession aux acquêts (art. 304 s. de la coutume) est admise de manière plus restreinte que la représentation pour la succession aux propres (limitée au septième degré par les articles 41 et 42 des articles placités – *contra* : J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 810, qui enseignent que la représentation pour la succession aux propres a lieu à l'infini).

⁹⁴⁶ D. Le Brun, *Œuvres*, t. 1, *Traité des successions*, 5^e éd., Paulus-du-Mesnil, 1743, livre III, chap. 5, sect. 2, n° 2, p. 460.

⁹⁴⁷ Pour davantage d'exemples, v. J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 785 s. *Adde* N. Laurent-Bonne, *Les donations entre époux - Doctrine, coutumes et législation (XIX^e-XVII^e siècle)*, thèse Paris II, 2012, p. 365 s.

⁹⁴⁸ V. J. Bart, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, 2^e éd., Montchrestien, 2009, p. 328-329. Ces disparités seront maintenues jusqu'à l'entrée en vigueur du code de 1804 : les auteurs de l'ordonnance de 1735 ne les supprimèrent pas, n'imposant que partiellement un droit territorialement commun à toute la France (v. *infra*).

⁹⁴⁹ C'est-à-dire la « disposition testamentaire par laquelle le testateur confère le titre et la qualité d'héritier (avec vocation universelle) à la personne à laquelle il laisse ses biens par testament » (G. Cornu [dir.], *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2013, V° « Institution d'héritier »).

⁹⁵⁰ Pour une étude comparée de différentes solutions consacrées par les droits locaux, v. J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 905 s. V. aussi J. Bart, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, 2^e éd., Montchrestien, 2009, p. 330-331. Pour les droits qui refusent l'institution d'héritier, l'héritier institué est, au mieux, légataire, lorsque toutefois l'institution n'est pas nulle.

⁹⁵¹ C'est-à-dire les libéralités dans lesquelles « un tiers recueille le bien au décès d'une autre personne initialement gratifiée » (*Droit patrimonial de la famille*, dir. M. Grimaldi, 4^e éd., Dalloz, 2011, n° 33.08, par J.-F. Sagaut).

⁹⁵² E. Caillemer, « Des résistances que les Parlements opposèrent, à la fin du XVI^e siècle, à quelques essais d'unification du droit civil », *Livre du centenaire du Code civil*, t. 2, 1904, p. 1075 s., spéc. p. 1082. L'auteur explique notamment que, dans le sud de la France, l'on s'inspirait de la *novelle* 159 de Justinien pour limiter le nombre de substitutions à quatre (*op. et loc. cit.*).

⁹⁵³ J. Bart, « Esquisse d'une géographie juridique bourguignonne », in *Mélanges J. Yver*, PUF, 1976, p. 33 s., spéc. p. 36 (qui, en dépit du silence des coutumes, reste néanmoins prudent). Comp. J.-P. Casimir, *L'offre et la consignation dans le retrait lignager en droit bourguignon (recherches)*, mémoire de DES, Dijon, 1971.

§ II – Sûretés

264. **Le droit des sûretés morcelé.** Les sûretés, réelles comme personnelles, n'échappent pas au morcellement. Lorsque la matière n'est pas réglée par les coutumes, il est certes enseigné que les tribunaux et la pratique s'inspirent du droit romain, mais aucune conclusion ferme ne paraît véritablement pouvoir en être tirée : en raison de l'absence de fiabilité absolue des sources (arrêts non soumis à une obligation de motivation, actes peu nombreux et difficiles à consulter), il ne semble pouvoir être conclu ni à l'identité, ni à la diversité des solutions consacrées – la seconde piste ne semblant donc aucunement à exclure. En revanche, lorsque la matière est réglée par les coutumes, une grande variété peut cette fois-ci être constatée dans les règles applicables en fonction des droits locaux. Quelques exemples peuvent être développés.

265. **Diversité et discussion en matière hypothécaire.** La question de savoir si, en matière d'« action hypothécaire », la discussion doit ou non être demandée par le créancier lorsque le bien hypothéqué a été aliéné⁹⁵⁴ fait l'objet de réponses différentes en fonction des droits locaux. Basnage enseigne que certaines « Coutumes de France, ordonnent la discussion en toutes sortes d'hypothèques »⁹⁵⁵ (notamment celles de Clermont et de Châlons), tandis que d'autres « Coutumes au contraire, permettent indistinctement d'intenter l'action hypothécaire contre le tiers détenteur, sans discuter les biens du principal obligé »⁹⁵⁶. Basnage ajoute encore que, relativement à la même question, « quelques Coutumes font distinction entre l'hypothèque générale et la spéciale : pour la première, la discussion est nécessaire, et non pour la seconde »⁹⁵⁷ ; enfin, il n'est pas certain que la discussion soit admise par toutes les coutumes⁹⁵⁸. Ainsi, selon la coutume étudiée, le bénéfice de discussion peut-il être refusé, obligatoire ou simplement possible, étant entendu que, dans certaines coutumes, c'est un système distributif qui s'applique, en fonction de l'assiette de l'hypothèque. Les solutions pourraient-elles être davantage morcelées ?

266. **Autres illustrations.** D'autres exemples peuvent être mentionnés. Notamment, les auteurs rapportent que de nombreuses coutumes du sud de la France, telle celle de Toulouse, ignorent le bénéfice de division, et que d'autres, comme les coutumes de Carcassonne ou de Montpellier, le refusent expressément⁹⁵⁹. Les droits locaux étaient encore partagés sur la question de la publicité de l'hypothèque : si la majorité d'entre eux retenait l'absence de publicité, d'autres, cependant, particulièrement dans le Nord et en Bretagne, instituaient une telle publicité⁹⁶⁰. En outre, les règles applicables à la plègerie, sûreté personnelle ressemblant à un cautionnement et très pratiquée à partir du Moyen Âge, appelée plévine en

⁹⁵⁴ En d'autres termes, la question est de savoir si, dans l'hypothèse où le bien grevé a été aliéné, le créancier doit ou non, avant de poursuivre le débiteur, discuter les biens du tiers acquéreur.

⁹⁵⁵ H. Basnage, *Traité des hypothèques*, 2^e éd., Rouen, Lucas, 1687, chap. 16, p. 297.

⁹⁵⁶ *Ibid.* Notamment, « En Normandie, [...] la discussion n'est point nécessaire, mais l'on permet aux créanciers hypothécaires de s'adresser directement aux propriétaires et détenteurs de l'héritage hypothéqué » (p. 294).

⁹⁵⁷ *Ibid.*, p. 297.

⁹⁵⁸ J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 766.

⁹⁵⁹ J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.*, n° 752.

⁹⁶⁰ J.-Ph. Lévy, « Coup d'œil historique d'ensemble sur les sûretés réelles », in *Diachroniques*, Loysel, 1995, p. 169 s., spéc. p. 202 ; J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 764 ; J. Bart, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, 2^e éd., Montchrestien, 2009, p. 385.

Normandie, connaissent des variations en fonction des droits locaux⁹⁶¹. Et, pour le cautionnement – pourtant réputé fidèle à la réglementation du droit romain, ce qui pourrait laisser penser qu'il subit moins l'éclatement des solutions en fonction des droits locaux –, Pothier illustre des différences, à travers l'hypothèse suivante : une personne se rend caution pour une somme déterminée, mais pour un débiteur dont la dette n'est pas encore liquidée ; s'il apparaît que la somme due par la caution (trois cents livres), sera supérieure à la somme due par le débiteur principal (deux cent cinquante livres), « Le créancier peut-il en ce cas, avant la liquidation de la dette, contraindre la caution au paiement de la somme de trois cents livres par provision, nonobstant qu'elle demande qu'il soit procédé à la liquidation de la dette, qu'elle soutient ne devoir pas monter à une si grande somme ? La coutume de Bretagne, article 189, décide pour l'affirmative : mais cette décision ne doit pas être suivie hors de son territoire »⁹⁶². En effet et au contraire, dans d'autres localités, il est admis que, « la caution ne pouvant être tenue à plus que le débiteur principal », elle ne doit être contraignable au paiement « qu'après la liquidation de la dette »⁹⁶³. Dans le détail des règles applicables, c'est encore l'éclatement qui règne.

§ III – Incapacités

267. **Le droit des incapacités morcelé.** L'ancien droit français des incapacités n'échappe pas non plus à l'éclatement des solutions prévues par les droits locaux. Quelques exemples peuvent être présentés.

268. **Diversité et âge de la majorité.** Les droits locaux apportent des solutions différentes à la question de l'âge de la majorité auquel prend fin la tutelle des mineurs. Pour en rendre compte, Boutaric enseigne que dans les provinces sous l'influence des solutions du droit romain, la tutelle des mineurs s'achève à la puberté, alors que dans les pays dits coutumiers, elle ne prend fin la plupart du temps qu'à vingt-cinq ans⁹⁶⁴. Pourtant, la division des solutions entre le Nord et le Sud apparaît trop schématique : l'étude des droits locaux révèle que l'âge de la majorité « varie d'une coutume à l'autre »⁹⁶⁵. Pothier rapporte ainsi qu'en Normandie, l'âge de la majorité est fixé à vingt ans, tout comme en Artois et en Anjou, mais que même cette présentation reste insuffisante car, dans les deux derniers cas, le majeur est « restituable, pour la lésion par lui

⁹⁶¹ V. J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 749. Pour approfondir la question, du point de vue du droit normand, v. not. J. Yver, « Les sûretés personnelles en Normandie », in *Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, t. 29, *Les sûretés personnelles*, Bruxelles, Librairie encyclopédique, 1974, p. 221 s., et les références citées (not. Fricaudet, *La fidéjussion dans l'ancienne Bourgogne*, thèse Dijon, 1907) ; l'auteur démontre, entre autres, que la saisie privée contre le plège, connue de divers droits locaux, ne se retrouve pas en droit normand (p. 243 s.) ; il estime cependant que la spécificité normande en la matière s'atténue à partir du XIV^e siècle (p. 253 s., en partic. p. 257 – mais elle ne disparaît pas pour autant [v. p. 259]).

⁹⁶² R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, t. 1, in *Œuvres*, t. 1, Thomine et Fortic, 1821, n° 370, p. 356.

⁹⁶³ *Ibid.*, p. 356-357 (pour les deux dernières citations). En outre, cette dernière solution résulte de l'article 2 du titre XXXI d'une ordonnance de 1661 (citée par Pothier) ; à compter de cette date, il est permis d'émettre des doutes sur la vigueur de la solution bretonne.

⁹⁶⁴ F. de Boutaric, *Les institutés de l'empereur Justinien conférées avec le droit français*, Toulouse, Hénauld et Forest, 1740, p. 105.

⁹⁶⁵ J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 188.

soufferte, jusqu'à vingt-cinq ans accomplis », ce qui fait que les auteurs semblent considérer sa majorité imparfaite jusqu'à cet âge⁹⁶⁶.

269. **Diversité et garde des biens du « sous-âgé ».** La question du gardien des biens du mineur incapable (le « sous-âgé ») fait également l'objet d'un traitement différent en fonction des droits locaux. En Normandie notamment, c'est le système de la garde seigneuriale qui s'applique – où la garde des biens du sous-âgé est confiée au seigneur –, alors qu'en région parisienne, est appliqué le système de la garde familiale du fief – où le bien est confié à la garde du plus proche parent du mineur, dans la ligne d'où provient le bien⁹⁶⁷.

§ IV – Prescription

270. **Le droit de la prescription morcelé.** Le constat ne diffère pas quant à la prescription. C'est à son égard que Vazeille évoquait « la multiplicité et la diversité presque infinies des règles du droit »⁹⁶⁸ d'Ancien Régime. Les différences entre les droits locaux existent pour la prescription extinctive comme pour la prescription acquisitive⁹⁶⁹. Quelques illustrations.

271. **Diversité et délais de prescription extinctive.** Quant à la durée des délais d'abord, Domat résume la situation : en fonction des provinces, écrit-il, « les temps des prescriptions se règlent différemment »⁹⁷⁰. Ainsi notamment, si le droit de revendication d'un meuble en cas de perte ou de vol est permis à peu près partout en France⁹⁷¹, le délai après lequel ce droit s'éteint n'est pas le même dans tous les droits locaux : en particulier, cinq à dix ans dans la coutume de Bretagne, vingt ans dans la coutume du Boulonnais, et trente ans dans la coutume du Berry ; quant à la coutume de Paris, elle ne contient pas de solution explicite sur ce point⁹⁷². Ainsi, encore, si la majorité des droits locaux instituait un délai de prescription de « l'action criminelle publique » de vingt ans⁹⁷³, quelques coutumes n'en fixaient pas moins leurs propres délais de prescription de l'action publique⁹⁷⁴ : par exemple, la coutume de Bretagne fixait une

⁹⁶⁶ R.-J. Pothier, *Traité de la procédure criminelle* in *Œuvres*, t. 25, Thomine et Fortic, 1821, p. 146.

⁹⁶⁷ J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 183. Ici encore, la présentation est caricaturale, dans la mesure où même le droit parisien n'est pas si unifié : il prévoit par exemple, pour les bourgeois de Paris, le privilège de la garde bourgeoise (*ibid.*, n° 183).

⁹⁶⁸ F.-A. Vazeille, *Traité des prescriptions*, t. 1, Videcoq, 1832, introd., p. VII.

⁹⁶⁹ La distinction entre les deux types de prescription répond ici surtout à un objectif de clarté ; dans l'esprit des juristes d'alors, celle-ci est loin d'être évidente. V. not. F. Olivier-Martin (*Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, t. 2, fasc. 1, p. 82), qui relève qu'« aucune distinction ne fut faite entre la prescription acquisitive et la prescription libératoire » dans la coutume de Paris. Il semble que Pothier ait été l'un des premiers à formellement distinguer, en consacrant des développements séparés aux deux types de prescription (not. *Œuvres*, t. 17, Thomine et Fortic, 1821, p. 249 : « il est traité sous ce titre [de la coutume d'Orléans commentée] de deux espèces de prescriptions, qui n'ont rien de commun que le nom »). V. aussi les travaux de Ferrière et de Bourjon, cités *infra*.

⁹⁷⁰ J. Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Bailly, rééd. 1777, p. 302.

⁹⁷¹ J.-L. Halpérin, *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008, p. 105.

⁹⁷² J.-L. Halpérin, *op. cit.*

⁹⁷³ D. Jousse, *Traité de la justice criminelle de France*, t. 1, Debure, 1771, p. 580.

⁹⁷⁴ C. Hardouin-Le Goff, « Indéfectible prescription de l'action publique », in *Livre du bicentenaire du Code pénal et du Code d'instruction criminelle*, p. 309 s., spéc. p. 312.

durée de dix ans s'il y avait eu plainte déposée et information en cours, et de cinq ans à défaut⁹⁷⁵. Ainsi, enfin, si plusieurs droits locaux connaissent une prescription de trente ans par laquelle les « gens de mainmorte » – c'est-à-dire les membres du clergé – sont libérés⁹⁷⁶ du droit qu'a le seigneur de les contraindre à « vider leurs mains » – c'est-à-dire à aliéner leurs biens –, certains droits locaux consacrent des délais dont la durée est autre : notamment, remarque Pothier, la coutume d'Orléans « a une disposition, par rapport à cette prescription, qui lui est particulière, en ce qu'elle exige pour le temps de cette prescription un temps de soixante ans »⁹⁷⁷. D'autres exemples peuvent être donnés ; notamment, pour la prescription de l'action rédhibitoire, « le temps est différemment réglé par les Coutumes, et les différents usages des lieux »⁹⁷⁸. Quant à l'objet des délais ensuite, même si un certain nombre de coutumes consacrent un délai de prescription trentenaire pour la majorité des droits⁹⁷⁹, les droits visés varient en fonction des localités ; il ne s'agit donc pas de règles semblables. Par exemple, l'article 522 de la coutume de Normandie dispose que « toutes actions personnelles et mobilières, sont prescrites par trente ans »⁹⁸⁰ ; quant à l'article 118 de la coutume de Paris, il prévoit que « si aucun a jouï, usé et possédé un heritage, ou rente, ou autre chose prescriptible, par l'espace de trente ans [...], il a acquis Prescription »⁹⁸¹. Ensuite, certains droits locaux consacrent des prescriptions qui ne sont admises que par eux : il en est notamment ainsi des coutumes d'Anjou et du Maine, de Tours de du Loudunois⁹⁸², qui admettent le tènement, prescription de cinq ans par laquelle le propriétaire de terres est libéré des charges réelles grevant celles-ci⁹⁸³ ; cette variété particulière de prescription extinctive n'est admise que par un nombre restreint de droits locaux – au demeurant très concentrés géographiquement.

272. **Diversité et durée des délais de prescription acquisitive.** La diversité règne également pour les délais de prescription acquisitive, notamment quant à la durée. Cette diversité règne pour la durée de la prescription acquisitive des immeubles : une majorité de droits locaux retient une durée de trente ans, mais de nombreuses coutumes s'écartent de cette règle : quarante

⁹⁷⁵ *Ibid.* Il s'agit de l'article 288 de la coutume réformée de Bretagne (*Nouveau coutumier général*, Bourdot de Richebourg, 1724, t. 4, p. 379, cité par G. Leyte, « Prescriptibilité et imprescriptibilité dans l'ancien droit public français », *Droits* 2000, n° 31, p. 3 s., spéc. p. 14-15).

⁹⁷⁶ Pothier dit qu'elle fait « acquérir [...] l'affranchissement ». Cela ressemble davantage à une application de la prescription extinctive (et témoigne en même temps de l'incertitude de la distinction dans la pensée de l'auteur).

⁹⁷⁷ R.-J. Pothier, *Traité de la prescription qui résulte de la possession*, in *Traité de la possession et de la prescription*, t. 2, Paris, Debure et Orléans, V^{ve} Rouzeau-Montaut, 1772, n° 277, p. 423 (coutume d'Orléans, articles 41 et 120).

⁹⁷⁸ R.-J. Pothier, *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, t. 2, Paris, Debure et Orléans, Rouzeau-Montaut, 1764, n° 693, p. 306-307.

⁹⁷⁹ Ce serait, en quelque sorte, le délai de « droit commun matériel » dans la majorité des ressorts coutumiers – mais non pour tout le royaume, pour lequel, par définition, le droit commun matériel n'existe pas (v. *supra*, n° 231 s.).

⁹⁸⁰ V. par ex. *Coutume du pays et duché de Normandie*, Rouen, Besongne, 1711. Nous ajoutons les italiques.

⁹⁸¹ V. par ex. J. Brodeau, *Coutume de la prévosté et vicomté de Paris*, t. 2, 2^e éd., Foucault, 1669, p. 169. Nous ajoutons les italiques.

⁹⁸² R.-J. Pothier, *Traité de la prescription qui résulte de la possession*, in *Traité de la possession et de la prescription*, t. 2, Paris, Debure et Orléans, V^{ve} Rouzeau-Montaut, 1772, n° 207, p. 340. Sont visés l'article 422 de la coutume d'Anjou, l'article 437 de la coutume du Maine, l'article 208 de la coutume de Tours et l'article 1^{er} du titre XX de la coutume du Loudunois. V., hostile au tènement, E.-J. Laurière, *Dissertations sur le tènement de cinq ans, où l'on fait voir que cette prescription ne doit plus être pratiquée dans l'Anjou, le Maine, la Touraine et le Loudunois*, Morel, 1698.

⁹⁸³ R.-J. Pothier, *Traité de la prescription qui résulte de la possession*, in *Traité de la possession et de la prescription*, t. 2, Paris, Debure et Orléans, V^{ve} Rouzeau-Montaut, 1772, n° 206, p. 339-340. Pothier dit qu'elle fait « acquérir [...] l'affranchissement » : il vise, malgré les apparences, la prescription extinctive. La doctrine contemporaine l'analyse comme tel : v. J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 422.

et un an dans la vicomté de Soule⁹⁸⁴, quarante ans en Normandie⁹⁸⁵, vingt ans dans les coutumes de Ponthieu et de Boulonnais⁹⁸⁶, ou encore onze ans à Reims ou sept ans dans la charte d'Amiens ; les chartes des communes de Troyes, Pontoise ou Saint-Quentin exigeaient un délai de possession d'un an pour acquérir la propriété d'un immeuble, brièvement qui aurait été justifiée par « le peu d'étendue de territoire et le petit nombre d'habitants »⁹⁸⁷. Cette diversité règne aussi quant à la durée de la prescription acquisitive abrégée⁹⁸⁸ : dans la plupart des coutumes qui admettent cette dernière, le délai va de dix (entre présents) à vingt ans (entre absents)⁹⁸⁹ ; mais Pothier rapporte que la coutume de Bayonne connaît un délai de sept ans pour la prescription abrégée entre présents : « cette prescription paraît être la même espèce de prescription que celle de dix ans entre présents, qui a été [...] adoptée dans la plupart des coutumes, [...] sauf que cette Coutume en a fixé le temps à sept ans au lieu de dix »⁹⁹⁰. Ici encore, l'éclatement règne.

273. Diversité et point de départ des délais de prescription. Parfois, la ressemblance entre les règles consacrées par les droits locaux est en trompe-l'œil. Tel est le cas, par exemple, lorsque plusieurs droits locaux consacrent la même prescription, portant sur un même objet et assortie d'une même durée, mais avec un point de départ différent. Il en est ainsi pour la prescription du droit de retrait lignager, dont le délai est fixé par de nombreuses coutumes à un an et un jour⁹⁹¹. En apparence, des règles semblables sont donc consacrées par les droits locaux⁹⁹². Cependant, même en laissant de côté les coutumes dans lesquelles la solution est obscure⁹⁹³, le point de départ de ce délai varie en fonction des droits locaux. Notamment, la

⁹⁸⁴ Cette prescription, « au temps près, est de même nature que celle de trente » : R.-J. Pothier, *Traité de la prescription qui résulte de la possession*, in *Traité de la possession et de la prescription*, t. 2, Paris, Debure et Orléans, V^{ve} Rouzeau-Montaut, 1772, n° 264, p. 409.

⁹⁸⁵ Article 521 de la coutume de Normandie : « prescription de quarante ans, vaut de titre en toute Justice pour quelque chose que ce soit, pourvu que le possesseur en ait jouï paisiblement par ledit tems ». V. P. Ourliac et J.-L. Gazzaniga, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Albin Michel, 1985, p. 134.

⁹⁸⁶ R.-J. Pothier, *Traité de la prescription qui résulte de la possession*, in *Traité de la possession et de la prescription*, t. 2, Paris, Debure et Orléans, V^{ve} Rouzeau-Montaut, 1772, n° 263, p. 407 (article 116 de la coutume de Ponthieu et article 121 de la coutume de Boulonnais).

⁹⁸⁷ A. Miégeville, *De la prescription de dix à vingt ans*, thèse Toulouse, 1900, p. 31. L'inventaire n'est pas complet : par exemple, il existait en Bretagne, aux XIV^e et XV^e siècles, un délai de prescription acquisitive immobilière de quarante-cinq ou de soixante ans (J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 422).

⁹⁸⁸ Dont les conditions elles-mêmes varient en fonction des droits locaux, mais tournent très souvent autour des exigences de juste titre et de bonne foi.

⁹⁸⁹ V. not. l'article 113 de la coutume de Paris : « si aucun a jouï et possédé héritage ou rente, à juste titre et de bonne foy, tant par luy que ses prédécesseurs, dont il a le droit et cause, franchement et sans inquietation, par dix ans entre presens, et vingt ans entre absens, âgez et non privilégiéz, il acquiert Prescription dudit heritage ou rente » (v. aussi art. 114 pour l'hypothèque).

⁹⁹⁰ R.-J. Pothier, *Traité de la prescription qui résulte de la possession*, in *Traité de la possession et de la prescription*, t. 2, Paris, Debure et Orléans, V^{ve} Rouzeau-Montaut, 1772, n° 255, p. 401-402 (coutume de Bayonne, titre XIII, *Des prescriptions*, art. 1^{er}).

⁹⁹¹ Cette durée est consacrée par de nombreuses coutumes, mais non point par toutes : certaines coutumes fixent un délai d'un mois, trois mois pour d'autres, sept ans pour d'autres encore (J. Bart, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, 2^e éd., Montchrestien, 2009, p. 351).

⁹⁹² Domat signale en outre qu'une ordonnance royale de novembre 1581 reprend ces règles (*Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Bailly, rééd. 1777, p. 302) ; c'est en ce sens, mais en ce sens seulement, qu'il est permis de considérer qu'elles appartiennent au *droit commun de la France* de la prescription, dans la mesure où la validité d'une ordonnance royale s'étend en principe sur tout le territoire du royaume (v. *infra*).

⁹⁹³ Par exemple, dans la coutume de Paris, le point de départ du délai de prescription du droit de demander le retrait lignager est difficile à déterminer avec certitude. À la lecture des textes (articles 129 et 130 de la nouvelle coutume), il pouvait sembler que la prescription courait à compter de la saisine du bien par l'acheteur (en ce sens, v. not. E. de Laurière, *Texte des coutumes de la prévôté et vicomté de Paris*, 1^{re} éd., Saugrain, 1698, p. 178) ; cependant, une partie de la

coutume d'Orléans retient que le délai court à compter de la vente⁹⁹⁴, alors que la coutume de Normandie retient, comme point de départ de ce délai, le jour de la « lecture et publication du contrat »⁹⁹⁵, étant précisé que « la lecture se doit faire publiquement et à haute voix, à jour de Dimanche »⁹⁹⁶. Qu'est-ce à dire ? Que dans le ressort de la coutume d'Orléans, le droit de demander le retrait se prescrit « dans l'an, non-compris le jour de la vente »⁹⁹⁷, alors que dans le ressort de la coutume de Normandie, le droit de retrait se prescrit non pas dans l'an non compris le jour de la vente, mais dans l'an à compter du dimanche suivant la lecture faite de la vente⁹⁹⁸. Ces exemples⁹⁹⁹ donnent un aperçu de l'« infinie variété coutumière »¹⁰⁰⁰ d'ancien droit et du morcellement territorial qui l'accompagne¹⁰⁰¹.

274. **Conclusion de chapitre.** Si l'éclatement des règles de droit dans le royaume de France n'est pas total, le morcellement de l'ancien droit français est conséquent, dans les sources comme dans le contenu¹⁰⁰². Les conditions de l'émergence d'un droit commun territorial ne sont pas posées. Cette diversité au fond rend parfois difficile la pratique du droit français, de même qu'elle limite les possibilités de l'enseigner. Une telle diversité constituera d'ailleurs l'élément déclencheur des aspirations doctrinales à la création d'un *droit commun de la France*, à compter du XVI^e siècle¹⁰⁰³.

doctrine inclinait à penser que le délai « cour[ai]t du jour du contract » (J. Brodeau, *Costume de la prévosté et vicomté de Paris*, t. 2, 2^e éd., Foucault, 1669, p. 224, et les références citées).

⁹⁹⁴ Article 363 de la nouvelle coutume d'Orléans, cité par R.-J. Pothier, *Œuvres*, t. 18, *Coutumes d'Orléans (III)*, Thomine et Fortic, rééd. 1821, p. 202-203.

⁹⁹⁵ Article 452 de la coutume de Normandie, *Coutumes du pays et duché de Normandie*, Rouen, Besongne, 1711, p. 105. C'est l'occasion de constater, avec d'autres auteurs, que les coutumes de Normandie sont « souvent originales » (A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 1^{re} éd., Dalloz, 1999, n° 437).

⁹⁹⁶ Article 455 de la coutume de Normandie, *Coutumes du pays et duché de Normandie*, Rouen, Besongne, 1711, p. 106.

⁹⁹⁷ R.-J. Pothier, *Œuvres*, t. 18, *Coutumes d'Orléans (III)*, Thomine et Fortic, rééd. 1821, p. 203.

⁹⁹⁸ Cette particularité de la coutume de Normandie appelle logiquement une autre règle qui fait défaut dans la coutume d'Orléans : l'article 453 dispose que « si lecture et publication n'en a été faite, le contrat est clamable dans trente ans » (*Coutumes du pays et duché de Normandie*, Rouen, Besongne, 1711, p. 105-106). Ce deuxième délai doit courir, cette fois-ci et selon toute probabilité, à compter du jour de la conclusion du contrat.

⁹⁹⁹ D'autres éléments font l'objet de traitements différents en fonction des droits locaux. Dunod de Charnage relève notamment qu'il y a « des Coutumes dans le Royaume qui ont étendu [la] suspension à tout le temps de la minorité », ce qui n'est pas le cas de la coutume de Bourgogne (*Traité des prescriptions*, Briasson, 1765, p. 62).

¹⁰⁰⁰ J. Yver, *Égalité entre héritiers et exclusion des enfants dotés - Essai de géographie coutumière*, Sirey, 1966, p. 4.

¹⁰⁰¹ Par son ampleur, le phénomène pourrait appeler une étude à lui seul. Pour d'autres exemples de différences, v. J. Bouhier, *Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne*, in *Les Coutumes du Duché de Bourgogne*, t. 1, Dijon, Auge, 1742, chap. 2, not. p. 190 s. V. aussi les travaux de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions (*passim*).

¹⁰⁰² Bouhier conclut : « envain donc on chercheroit de la sympathie, entre des Coutumes, que l'antipathie semble avoir formées » (*Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne*, in *Les Coutumes du Duché de Bourgogne*, t. 1, Dijon, Auge, 1742, chap. 2, p. 190). L'auteur ajoute que même « entre les Coutumes des Provinces voisines », on pourrait croire « qu'on trouveroit une plus grande conformité », mais que « cela ne se trouve pas toujours vrai » (*op. et loc. cit.*).

¹⁰⁰³ V. P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, 2013, n° 167 : « de cette diversité initiale va naître un lent mouvement de recherche d'uniformisation du droit ».

Chapitre II – Les incitations doctrinales : les propositions de droit commun de la France

275. **La recherche doctrinale du droit commun territorial.** Illustration, constate Monsieur Zenati, de « l'importance fondamentale de la doctrine »¹⁰⁰⁴, des aspirations doctrinales à l'unification du droit sur le territoire par le *droit commun de la France* se font jour¹⁰⁰⁵ face à l'éclatement du droit applicable au royaume et aux inconvénients qu'il entraîne¹⁰⁰⁶. Les *arrêtés* de Lamoignon sont un projet en ce sens¹⁰⁰⁷. Avant lui, Loisel ne se cache pas de vouloir « réduire [toutes les provinces du royaume] à la conformité, raison et équité d'une seule loi, coutume, [...] sous l'autorité de sa majesté »¹⁰⁰⁸. D'autres auteurs – non des moindres – comme Du Moulin (*Oratio de concordia et unione consuetudinum Franciæ* – discours sur la concorde et l'unité des coutumes de France), Charondas¹⁰⁰⁹, voire Domat¹⁰¹⁰, appellent à l'unité juridique du royaume¹⁰¹¹, allant parfois jusqu'à souhaiter la réduction de toutes les coutumes à une seule¹⁰¹². Ils recherchent le *droit commun de la France*¹⁰¹³.

¹⁰⁰⁴ F. Zenati, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002, p. 15 s.

¹⁰⁰⁵ Aux références *infra*, adde E. Meynal, « Remarques sur le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'œuvre d'unification du droit en France, depuis la rédaction des Coutumes jusqu'à la Révolution, en particulier dans la succession aux propres », in *Congrès international de droit comparé - Procès-verbaux des séances et documents*, t. 1, LGDJ, 1905, p. 269 s.

¹⁰⁰⁶ Notamment parce qu'il porte en germe des conflits de coutumes (v. not. E. Meijers, « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen-Âge », *RCADI* t. 49, 1934, Martinus Nijhoff, p. 544 s., spéc. II, p. 567 s., « Les conflits de coutumes en Europe occidentale au Moyen-Âge »). Sur ces conflits et la proposition de solutions pour la prescription acquisitive, v. R.-J. Pothier, *Traité de la prescription qui résulte de la possession*, in *Traité de la possession et de la prescription*, t. 2, Paris, Debure et Orléans, V^{ve} Rouzeau-Montaut, 1772, n° 247, p. 385. Les inconvénients liés à l'éclatement territorial de l'ancien droit français peuvent tout de même être relativisés (v. not. J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 26 : l'éclatement n'empêchait pas les activités de prospérer ; v. aussi J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 813 : « en pratique, cette diversité n'était pas toujours bien gênante »), mais ce serait parce que la doctrine a perçu le phénomène comme gênant qu'elle s'est évertuée à formuler des propositions de droit commun de la France.

¹⁰⁰⁷ J.-L. Thireau, « L'avènement de la comparaison des droits en France », in *Comparer les droits, résolution*, dir. P. Legrand, PUF, 2009, p. 597 s., spéc. p. 618 ; et, du même auteur, « Les *Arrêtés* de Guillaume de Lamoignon : une œuvre de codification du droit français ? », *Droits* 2004, n° 39, p. 53 s., spéc. p. 62.

¹⁰⁰⁸ A. Loisel, *Institutes coutumières* (1607), t. 1, 2^e éd. par E. de Laurière, Nyon, 1783, préface, p. XLVI. Adde L. Assier-Andrieu, *L'autorité du passé - Essai anthropologique sur la Common Law*, Dalloz, 2011, p. 203.

¹⁰⁰⁹ « Serait grand heur à la France, s'exclame-t-il, si toutes les loix, ordonnances et coutumes [...] estoient recueillies et réduites en un certain et commun droit » (L. Charondas Le Caron, *Pandectes ou Digestes du Droit François*, Richer, 1637, livre I, chap. 25, p. 171).

¹⁰¹⁰ J. Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Bailly, rééd. 1777, préface, p. III : l'auteur estime qu'« il seroit à souhaiter » qu'il soit pourvu aux divergences dans les réponses aux questions de droit posées aux Parlements « par des règles fixes et uniformes ».

¹⁰¹¹ J. Krynen, « *Voluntas domini regis in suo regno facit ius*. Le roi de France et la coutume », in *El dret comú i Catalunya. Actes del VII Simposi internacional*, Fundacio Noguera, Barcelone, 1998, p. 59 s., spéc. p. 65. Pothier ne se serait jamais prononcé, explicitement du moins, pour une unification du droit français (v. J.-L. Halpérin, *L'impossible code civil*, PUF, 1992, p. 36).

¹⁰¹² Au-delà de ce premier intérêt lié à la recherche de l'unité du droit, il en existait un second, plus directement pratique : quelle solution appliquer en cas de lacune d'un droit local sur une question donnée (v. *infra*, n° 437 s.) ?

¹⁰¹³ J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 30. Adde V. Guizzi, « *Il diritto comune in Francia nel XVII secolo - I giuristi alla ricerca di un sistema unitario* », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1969, vol. 37, p. 1 s.

276. **Plan.** Les juristes de l'Époque moderne ont l'idée de deux grandes théories pour permettre l'émergence d'un *droit commun de la France*¹⁰¹⁴ : certains proposent de le trouver dans un *jus commune* largement issu du droit romain (Section I) ; d'autres le voient dans la comparaison des coutumes et édifient, pour en rendre compte, la notion de *droit commun coutumier* (Section II)¹⁰¹⁵.

Section I – La proposition d'un *droit commun de la France* issu du droit romain : le *jus commune*

277. **Plan.** Sous l'Ancien Régime, des auteurs proposent de voir, dans le droit romain principalement, le *droit commun de la France* : c'est la théorie du *jus commune* – ce *jus commune* est également perçu comme ayant constitué, au-delà, un « droit commun de l'Europe », transcendant les frontières¹⁰¹⁶. L'étude du contenu de cette proposition (§ I) précédera la démonstration de sa nature simplement doctrinale, dont il résulte qu'elle ne put constituer le *droit commun de la France* (§ II)¹⁰¹⁷.

¹⁰¹⁴ Sur ces deux théories, v. J. Gaudemet, « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e) », in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, t. 1, Florence, Olschki, 1977, p. 157 s., spéc. p. 164 s. Il sembla exister une troisième voie, qui tenta de faire la synthèse entre les deux écoles, dite *école des conciliateurs* (*ibid.*, spéc. p. 188) ; elle est cependant plus effacée et incertaine que les deux premières. *Adde* M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo - Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologne, Monduzzi, 2005, spéc. chap. 3, p. 115 s. : « Droit commun coutumier, *diritto romano*, *leggi fondamentali nei giuristi francesi* ».

¹⁰¹⁵ Si ce phénomène relève de l'histoire du droit français, des mouvements comparables à celui-ci se retrouvent dans des systèmes juridiques contemporains toujours à la recherche d'un droit commun territorial. Entre autres, le « droit civil » des États-Unis d'Amérique relève pour l'essentiel de la compétence de chaque État et le rôle des travaux de l'*American Law Institute* dans l'émergence de propositions doctrinales communes à tout le territoire est déterminant : *Restatements, UCC*, etc. (v. *supra*, n° 211).

¹⁰¹⁶ Not. J.-L. Halpérin, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *RIDC* 2000, p. 717 s., spéc. p. 720-721, se référant à H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, t. 1, *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, 1985, p. 7. L'idée provient notamment de l'interprétation des *Institutes*, I, 2, 1, où référence est faite au droit commun établi chez tous les hommes et également observé par tous les peuples. V. l'étude d'ensemble de M. Bellomo, *L'Europa del diritto comune*, 5^e éd., Rome, Galileo Galilei, 1991 (une traduction en anglais de L. G. Cochrane est disponible sous le titre de *The common legal past of Europe*, Washington, The Catholic University of America Press, 1995). V. aussi M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo - Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologne, Monduzzi, 2005. V. aussi F. Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Milan, Giuffrè, 1951 ; G. Ermini, *Corso di diritto comune*, 3^e éd., Milan, Giuffrè, 1952 ; M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo - Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologne, Monduzzi, 2005. *Adde* M. V. Diaz et M. de Hanisch, « *Derecho común. Algunas referencias sobre "los glosadores" y "comentaristas"* », in *Le droit commun et l'Europe*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 59 s., spéc. p. 59 : « *Europa durante aproximadamente 500 años, desde el siglo XIII hasta el siglo XVIII reconoció la existencia de un derecho superestatal que contribuyó a unir a los países de Europa. Era el Derecho común, ius commune u utrumque ius, es decir el derecho romano-canónico* ». Ce qui sera constaté du mouvement du point de vue du droit français semble pouvoir être transposé, *a fortiori*, pour le droit à l'échelle du continent. *Adde supra*, n° 115.

¹⁰¹⁷ L'étude est ici limitée au droit français ; pour des éléments sur ce point, par exemple, en droit espagnol, v. J. L. de los Mozos, « *El "derecho común" en la formación del derecho civil* », in *Estudios I. Serrano*, t. 1, Valladolid, 1965, p. 157 s. ; et en droit italien, not. F. Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Milan, Giuffrè, 1951.

§ I – Contenu de la proposition

278. **Le *jus commune*.** À l'Époque moderne, certains juristes ont voulu faire du droit romain, mâtiné de droit canon¹⁰¹⁸, le *droit commun de la France*, c'est-à-dire le droit applicable sur tout le territoire du royaume¹⁰¹⁹, qu'il s'agisse des pays de droit coutumier ou des pays dits de « droit écrit »¹⁰²⁰. Boutaric l'affirme sans détour : « le Droit Romain est le Droit Commun de la France »¹⁰²¹. C'est la théorie du *jus commune*, ou du *jus commune romanum*¹⁰²². D'où provient l'idée ? Elle semble soufflée par le *Corpus juris civilis*, qui fait, à plusieurs reprises, mention d'un *jus commune*, c'est-à-dire, littéralement, d'un droit commun¹⁰²³, et jouit d'une popularité presque sans bornes à compter de sa redécouverte dans le nord de l'Italie et de son enseignement dans toute l'Europe à partir du XI^e siècle¹⁰²⁴ ; l'idée est ensuite reprise et développée par les bartoldistes à partir de la fin du XIV^e siècle¹⁰²⁵. Cette théorie du *jus commune* se propage chez de nombreux

¹⁰¹⁸ 1) V. not. B. Paradisi, « Notes critiques sur le problème du droit commun », *RHDFE* 1980, p. 423 s. ; A. Lefebvre-Teillard, « Le rôle des canonistes dans la formation d'un "droit commun" romano-canonique », *Revue d'histoire des facultés de droit* 2008, p. 215 s. ; R. Schulze, « La renaissance de l'idée de *jus commune* », in *Variations autour d'un droit commun*, dir. M. Delmas-Marty, H. Muir Watt et H. Ruiz Fabri, SLC, 2002, p. 181 s., spéc. p. 188 ; J.-L. Halpérin, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *RIDC* 2000, p. 717 s., spéc. p. 718 ; F. Gabriel, « Le droit en son histoire : *jus commune*, théologie de la tradition et localité dans la France classique », *RHFD* 2008, p. 279 s., spéc. p. 291.

2) Pour un essai sur le contenu concret du *jus commune*, v. G. Ermini, *Corso di diritto comune*, 3^e éd., Milan, Giuffrè, 1952, 3^e partie, p. 155 s.

¹⁰¹⁹ V. not. J. Krynen, « Le droit romain, "droit commun de la France" », *Droits* 2003, p. 21 s. Et, pour une critique de l'assimilation du droit romain au *jus commune* : *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, PUF, 2003, V^o « Droit commun », par J.-L. Thireau, spéc. p. 447 *in fine*. V. aussi A. Gouron, « Le droit commun a-t-il été l'héritier du droit romain ? », *Compte-rendu des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 1998, p. 283 s. L'auteur rappelle toute l'ambiguïté de l'assimilation qui s'est imposée entre droit romain et droit commun : dans les textes comme chez les commentateurs originaires, le *jus commune* est peut-être l'ensemble des « règles générales du droit » (p. 286), et non le droit romain – assimilation qui s'est pourtant imposée à compter du XIV^e siècle (p. 288). En d'autres termes, le *jus commune* dans sa pureté, était déjà le droit commun dans la définition retenue (*i. e.*, pour une institution donnée, les règles au domaine indéfini ; v. *supra*) et l'assimilation au droit romain procède d'une dénaturation imputable aux commentateurs.

¹⁰²⁰ L'atteste le chapitre 4 des *Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne* de J. Bouhier intitulé « Que de toute ancienneté, et presque jusques à nostre tems, le Droit Romain a été reconnu pour le Droit Commun dans toute la France, sans en excepter les Pays Coûtumiers » (in *Les Coutumes du Duché de Bourgogne*, t. 1, Dijon, Auge, 1742, p. 200 s.). Dans le même sens, v. aussi F. de Boutaric, *Les institutes de l'empereur Justinien conférées avec le droit français*, Toulouse, Hénauld et Forest, 1740, préf., p. v.

¹⁰²¹ F. de Boutaric, *Les institutes de l'empereur Justinien conférées avec le droit français*, Toulouse, Hénauld et Forest, 1740, préf., p. XIV (et p. I, l'auteur invite à « regarder le Droit Civil des Romains, comme le Droit Commun du Royaume »).

¹⁰²² Plus généralement, sur ces théories, v. l'étude classique de F. Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Milan, Giuffrè, 1951. V. aussi G. Ermini, *Corso di diritto comune*, 3^e éd., Milan, Giuffrè, 1952 ; M. Bellomo, *L'Europa del diritto comune*, 5^e éd., Rome, Galileo Galilei, 1991 ; M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo - Jus commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologne, Monduzzi, 2005. Adde A. Wijffels, *Introduction historique au droit - France, Allemagne, Angleterre*, PUF, 2010, chap. 4, « *Jus commune* », p. 188 s.

¹⁰²³ Par exemple, Digeste, 1, 1, 6 [Ulpian] et 9 [Gaius], et 38, 4, 11 [Papinien] ; Institutes, 1, 2, 1. Pour d'autres références, v. A. Gouron, « Le droit commun a-t-il été l'héritier du droit romain ? », *Compte-rendu des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 1998, p. 283 s., spéc. p. 284.

¹⁰²⁴ V. par ex. J.-L. Thireau, *Introduction historique au droit*, 3^e éd., 2009, p. 135 s. ; P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 7^e éd., Rousseau, 1924, p. 90 s. ; W. P. Müller, « *The recovery of Justinian's Digest in the Middle Ages* », *Bulletin of Medieval Canon Law* t. 20, 1990, p. 1 s.

¹⁰²⁵ V. par ex. A. Guzmán Brito, « *Sobre la historia de las nociones de derecho común y derecho propio* », préf. à B. Bravo Lira, *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1989, p. XI s., spéc. IV, p. XVIII-XIX (qui attribue à Bartole [† 1357] la paternité de la généralisation de l'assimilation entre droit commun et droit romain). Adde J.-L. Thireau, *Charles Du Moulin*, Genève, Droz, 1980, p. 93.

commentateurs¹⁰²⁶ : Lizet¹⁰²⁷ puis, plus tard, Bouhier¹⁰²⁸, en sont parmi les plus fervents défenseurs. Quoique déclinante à compter du XVI^e siècle, la conception subsiste tout de même jusqu'à la fin de l'Ancien Régime : ainsi et par exemple Salviat écrit-il, en 1787, que les coutumes règlent des cas particuliers, « hors desquels les loix romaines forment le droit commun »¹⁰²⁹. Plus explicite encore est Gabriel de Vedel, qui estime en 1733 que, partout dans le royaume, les règles du droit romain « sont devenues le droit commun de la France »¹⁰³⁰. C'est la première proposition doctrinale pour l'édification d'un droit commun territorial.

279. **Illustrations.** Par exemple, Bouhier se demande « si dans les Coutumes, qui ne règlent point l'âge de tester, on doit suivre les Coutumes voisines, ou celle de Paris, ou enfin la Loi Romaine » ; sans surprise au regard de ses opinions, il conclut que « la chose ne pouvait faire de doute » : de toute ancienneté, « on suivait par tout sur ce point la fixation du Droit Romain »¹⁰³¹. Pour la prescription acquisitive, c'est en application de la même théorie du *ius commune* que Ferrière estime que l'usucapion issue des Institutes de Justinien, « touchant le temps de la prescription des meubles et des immeubles, [...] est observée par toute la France par un Droit commun et général, tant du Pays de Droit écrit, que du Pays Coutumier »¹⁰³². Dans le même esprit, Dunod de Charnage commente : « Puisque nous avons tiré notre Coutume du Droit Romain en matière de Prescription, [...] j'en conclus [...] que c'est une raison de se rapporter à ce Droit, pour décider les questions qui se présentent parmi nous sur cette matière, soit dans les cas omis par la Coutume, soit dans les cas douteux ; outre que le Procès verbal de notre Coutume, porte que l'on suivra le Droit Romain dans les cas omis, comme étant le Droit Commun de la Province »¹⁰³³. Boutaric n'hésite pas non plus à se référer au droit commun, entendu comme le droit romain, par exemple pour la tutelle du mineur¹⁰³⁴, ou encore pour la prescription des actions

¹⁰²⁶ Jusqu'à devenir la conception doctrinale dominante du *droit commun de la France* aux XIV^e et XV^e siècles : P. Ourliac et J.-L. Gazzaniga, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Albin Michel, 1985, p. 139. Le courant semble néanmoins plus important en Italie, sous l'influence de Bartole, qu'en France (A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 3^e éd., Dalloz, 2006, n° 463).

¹⁰²⁷ Pour Coquille en effet, Lizet « tenait le Droit des Romains pour notre Droit commun et y accommodait en tant qu'il pouvait notre droit français » (cité par J.-L. Gazzaniga, « Le code avant le code », in *La codification*, dir. B. Beignier, 1996, p. 21 s., spéc. p. 22).

¹⁰²⁸ J. Bouhier, *Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne*, in *Les Coutumes du Duché de Bourgogne*, t. 1, Dijon, Auge, 1742, spéc. chap. 4, p. 200 s. : l'auteur soutient tout au long que « le Droit Romain a été reconnu pour le Droit commun dans toute la France » (v. aussi les auteurs cités, p. 209 s.). Adde A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du code civil français*, LGDJ, 1969, p. 83 s.

¹⁰²⁹ Salviat, *La jurisprudence du Parlement de Bordeaux*, 1787, V^o « Coutume », p. 116 (cité par G. Leyte, « “Le droit commun de la France”. Observations sur l'apport des arrêtiistes », *Droits* 2003, n° 38, p. 53 s., spéc. p. 56).

¹⁰³⁰ G. de Vedel, *Observations sur les arrêts remarquables du Parlement de Toulouse recueillis par Messire Jean de Catellan*, Toulouse, 1733 (G. Leyte, « “Le droit commun de la France”. Observations sur l'apport des arrêtiistes », *Droits* 2003, n° 38, p. 53 s., spéc. p. 56).

¹⁰³¹ J. Bouhier, *Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne*, in *Les Coutumes du Duché de Bourgogne*, t. 1, Dijon, Auge, 1742, chap. 2, p. 195 (pour les trois dernières citations).

¹⁰³² C.-J. de Ferrière, *Nouvelle traduction des Institutes de l'empereur Justinien*, t. 2, Douai, Willerval, 1771, p. 169 (nous ajoutons les italiques). Il ajoute : « À l'égard des autres conditions requises pour la prescription par le Droit de Justinien, les mêmes sont aussi requises parmi nous généralement par tout le Royaume ». À plusieurs reprises en outre, dans les développements qui suivent, l'auteur relève que telle ou telle règle « est d'usage par toute la France » ; quoique moins explicite, la formule apparaît équivalente.

¹⁰³³ F.-I. Dunod de Charnage, *Traité des prescriptions, de l'aliénation des biens d'Église et des dixmes*, p. 198.

¹⁰³⁴ F. de Boutaric, *Les institutes de l'empereur Justinien conférées avec le droit françois*, Toulouse, Hénault et Forest, 1740, p. 106.

hypothécaires¹⁰³⁵. En matière hypothécaire encore, Basnage se demande quelle solution appliquer lorsqu'un droit local ne s'est pas prononcé sur la nécessité ou non pour le créancier de demander la discussion : se référant à Loyseau, il estime que « dans les coutumes qui n'en ont point parlé, l'on doit plutôt suivre la disposition du Droit Romain »¹⁰³⁶ ; c'est qu'il considère ce dernier comme le *droit commun de la France*. La proposition est ainsi particulièrement suivie et les exemples pourraient être multipliés. Cependant, en raison de sa nature, cette proposition n'a pu constituer le *droit commun de la France*.

§ II – Nature de la proposition

280. **Plan.** La proposition de *droit commun de la France* issu du *jus commune* ne pouvait incarner le *droit commun de la France* : elle n'avait que la nature d'une proposition doctrinale de droit commun. Il lui manquait, en effet, toujours l'un des deux caractères du *droit commun de la France*, soit qu'il s'agisse du caractère juridique (A), soit qu'il s'agisse du caractère commun (B).

A. Le caractère commun sans le caractère juridique

281. **L'absence de caractère juridique du *jus commune*, obstacle à la qualification de *droit commun de la France*.** Les propositions faites par les auteurs au titre du *jus commune* tendaient bien à être *communes*, à viser tout le royaume de France ; là se trouvait même toute leur raison d'être¹⁰³⁷. Pour autant, ce *jus commune* ne pouvait être *droit commun de la France*, dans la mesure où il était dépourvu, en lui-même de juridicité positive : du point de vue du droit français, il n'était pas du *droit positif*¹⁰³⁸, circonstance s'opposant à la qualification de droit

¹⁰³⁵ F. de Boutaric, *op. cit.*, p. 184.

¹⁰³⁶ H. Basnage, *Traité des hypothèques*, 2^e éd., Rouen, Lucas, 1687, chap. 16, p. 298.

¹⁰³⁷ Rapp. J.-L. Thireau, « Le comparatisme et la naissance du droit français », *RHFD/SJ* 1990, p. 153 s., spéc. p. 181 : les tentatives doctrinales pour imposer un *droit commun de la France* tendent à « conférer une portée générale à des dispositions au départ purement locales ».

¹⁰³⁸ 1) V. not. J.-L. Thireau, art. préc., spéc. p. 161 ; J.-L. Halpérin, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *RIDC* 2000, p. 717 s., spéc. p. 722 s. ; A. Castaldo, « Pouvoir royal, droit savant et droit commun coutumier dans la France du Moyen Âge. À propos de vues nouvelles », *Droits* 2007, n° 46, p. 117 s., et 2008, n° 47, p. 173 s., spéc. n° 110 (p. 246) et 111. La question a fait l'objet d'un âpre débat dans les années 2000, notamment dans les colonnes de la revue *Droits*, n° 46 s. (sur la controverse, v. J.-M. Carbasse, *Manuel d'introduction historique au droit*, 3^e éd., PUF, 2009, n° 140). Adde le résumé fait par A. Guzmán Brito, « *Sobre la historia de las nociones de derecho común y derecho propio* », préf. à B. Bravo Lira, *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1989, p. XI s., spéc. v, p. XXVI.

2) La situation pourrait avoir été différente en Allemagne, dans la mesure où, d'une part, les statuts du *Reichskammergericht* (Chambre impériale), établis par l'empereur Maximilien I^{er} en 1495, conféraient explicitement le statut de « droit supplétif » au droit romain (J.-L. Halpérin, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *RIDC* 2000, p. 717 s., spéc. p. 723 ; v. aussi p. 724-725), et où, d'autre part et de toute manière, le Saint Empire romain germanique continuait l'Empire romain, conférant ainsi au droit romain une partie de la positivité qui lui manquait en ancien droit français. Il pouvait en être de même dans tous les systèmes juridiques qui recevaient explicitement, par « héritage », le droit romain : par exemple, l'Espagne au temps de Charles Quint, empereur des Romains et roi des Espagnes ; la mention du droit romain comme droit commun (v. par ex. D. de Soto, *Deliberación en la causa de los pobres* (1545), reprod. in F. Santolaría Sierra, *El gran debate sobre los pobres en el siglo XVI*, Barcelone, Ariel, 2003, not. chap. 3, p. 60) peut alors prêter à moindre débat (mais à débat tout de même : v. not. A. Guzmán Brito, « *Sobre la historia de las nociones de derecho común y derecho propio* », préf. à B. Bravo Lira, *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1989, p. XI s., spéc. v, p. XXVI).

commun¹⁰³⁹. Au regard du droit français, le droit romain est en effet frappé d'un « vice rédhibitoire, qui l'empêche irrémédiablement de constituer le droit commun de la France : celui d'avoir été promulgué par un souverain, Justinien, qui ne régnait pas sur la Gaule, donc de n'avoir jamais reçu force obligatoire dans notre pays. En conséquence, il ne relève pas du droit positif français »¹⁰⁴⁰ ; il n'est que « le droit particulier » du peuple romain¹⁰⁴¹ et cette circonstance « exclut qu'on puisse le considérer comme le droit commun » de la France¹⁰⁴², car il n'y a pas force de *droit*. Du point de vue du droit français, le *jus commune* « n'était autre que l'expression savante [du] droit romano-canonique »¹⁰⁴³. La critique est déjà formulée par Du Moulin¹⁰⁴⁴. En outre, si des règles de droit romain purent bien être reprises en droit français, elles ne le furent alors qu'en tant que *ratio*, que raison – pour leur valeur de précédent historique prestigieux –, « et comme on fait des préceptes et règles des autres sciences »¹⁰⁴⁵. Dans ce cas, elles ne sont plus formellement du droit romain, mais deviennent du droit français¹⁰⁴⁶ : elles sont reprises *non ratione imperii sed imperio rationis*¹⁰⁴⁷. Même Bouhier, pourtant fervent défenseur du *jus commune*, le reconnaît : « nous ne sommes pas soumis au Droit Romain, en tant que Romain »¹⁰⁴⁸ mais, dans le meilleur des cas, en

¹⁰³⁹ V. *supra*, n° 61 s.

¹⁰⁴⁰ J.-L. Thireau, « Le comparatisme et la naissance du droit français », *RHFDSJ* 1990, p. 153 s., spéc. p. 165. V. aussi A. Guzmán Brito, « *Sobre la historia de las nociones de derecho común y derecho propio* », préf. à B. Bravo Lira, *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1989, p. XI s., spéc. V, p. XXIII. Rapp. P. Lefebvre, *Le droit commun des successions d'après les coutumes rédigées et la jurisprudence du Parlement de Paris*, Sirey, 1911, p. 16.

¹⁰⁴¹ J.-L. Thireau, « Le comparatisme et la naissance du droit français », *RHFDSJ* 1990, p. 153 s., spéc. p. 158. V. aussi A. Guzmán Brito, « *Sobre la historia de las nociones de derecho común y derecho propio* », préf. à B. Bravo Lira, *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1989, p. XI s., spéc. III, p. XVII-XVIII.

¹⁰⁴² J.-L. Thireau, « Le comparatisme et la naissance du droit français », *RHFDSJ* 1990, p. 153 s., spéc. p. 161. C'est l'argument de l'*exemptio imperii*, ou de l'absence de soumission du royaume de France au droit de l'Empire romain (v. A. Guzmán Brito, « *Sobre la historia de las nociones de derecho común y derecho propio* », préf. à B. Bravo Lira, *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1989, p. XI s., spéc. V, p. XXII).

¹⁰⁴³ L. Mayali, « *Ius civile et ius commune dans la tradition juridique médiévale* », in *Droit romain, jus civile et droit français*, dir. J. Krynen, PU Toulouse, 1999, p. 201 s., spéc. p. 216. Rapp. J.-P. Gridel, « Déclin des spécificités françaises et éventuel retour d'un droit commun européen », *D.* 1999, chron. p. 139 s., spéc. p. 144.

¹⁰⁴⁴ J.-L. Thireau, *Charles Du Moulin*, Genève, Droz, 1980, p. 92 s., spéc. p. 96.

¹⁰⁴⁵ L. Charondas Le Caron, *Pandectes ou Digestes du Droit François*, Richer, 1637, livre I, chap. 25, p. 170. Déjà, Coquille le relevait : « nous avons recours aux [lois] Romaines, non pas pour nous obliger précisément, mais pour tout ce que nous coïgnissons qu'elles sont accompagnées, *imo* fondées, en toute raison » (G. Coquille, *Questions, réponses et méditations sur les articles des Coutumes*, qu. 1, cité par J.-L. Thireau, « Le comparatisme et la naissance du droit français », *RHFDSJ* 1990, p. 153 s., spéc. p. 185-186). Dans le même sens, P. Lefebvre, *Le droit commun des successions d'après les coutumes rédigées et la jurisprudence du Parlement de Paris*, Sirey, 1911, p. 16 et 23.

¹⁰⁴⁶ Cela est d'ailleurs si vrai que, même dans les pays de droit écrit et contrairement aux apparences, le droit romain n'est pas en vigueur de lui même, mais parce qu'une coutume y renvoie : cela a été rappelé plus haut (*supra*, n° 252 et la note), les pays de droit écrit « étaient censés suivre non directement le droit romain, mais, avec la permission du roi, une coutume semblable au droit romain » (J.-L. Thireau, « Le comparatisme et la naissance du droit français », *RHFDSJ* 1990, n° 10-11, p. 153 s., spéc. p. 163 ; v. aussi J.-M. Carbasse, *Manuel d'introduction historique au droit*, PUF, 3^e éd., 2009, n° 112). C'est ce qui résulte de l'ordonnance de Philippe le Bel sur les privilèges de l'Université d'Orléans (reprod. in *Ordonnances des rois de France de la troisième race*, vol. 1, 1723, par E. de Laurière, p. 501). Rapp. G. Giordanengo, « *Jus commune et "droit commun" en France du XIII^e au XV^e siècle* », in *Droit romain, jus civile et droit français*, dir. J. Krynen, PU Toulouse, 1999, p. 219 s., spéc. p. 221.

¹⁰⁴⁷ Qui peut être ainsi traduit : « non en raison du pouvoir, mais par le pouvoir de la raison ». Sur cette expression, v. not. J.-L. Thireau, « Le comparatisme et la naissance du droit français », *RHFDSJ* 1990, p. 153 s., spéc. p. 156 ; M. Delmas-Marty, « Vers un droit commun de l'humanité », 2^e éd., Textuel, 2005, p. 61.

¹⁰⁴⁸ J. Bouhier, *Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne*, in *Les Coutumes du Duché de Bourgogne*, t. 1, Dijon, Auge, 1742, chap. 4, p. 212. Mais l'auteur affirme par la suite que si le droit commun est une raison, « c'est une raison, et une équité adoptée par nos anciens Souverains » (*op. et loc. cit.*) – ce qui apparaît très discutable. Bouhier a conscience des faiblesses de sa position : « J'agite ici une question, écrit-il, sur laquelle je m'attens à trouver bien des esprits prévenus contre mon sentiment » (chap. 4, p. 200).

tant que droit français inspiré du droit romain. Boutaric, lui aussi partisan du *jus commune*, n'écrit pas autre chose¹⁰⁴⁹. Par lui-même, le *jus commune* romain n'eut aucune juridicité positive en France¹⁰⁵⁰ ; lorsqu'il est considéré comme *droit commun de la France*, il n'est qu'un modèle doctrinal¹⁰⁵¹. C'est une simple proposition de droit ; pour la France, le *jus commune* est ainsi bien davantage *traditio* que véritablement *jus*. Or, faute d'être véritablement du droit, comment pourrait-il être du *droit commun*¹⁰⁵² ? Contrairement à l'appellation suggérée, du point de vue de la France, le *jus commune*, n'étant pas du *droit*, ne pouvait *a fortiori* être le *droit commun de la France*.

282. **Illustration.** Pour les successions par exemple, la coutume de Meaux ne connaissait que la représentation en ligne directe, mais ignorait la représentation en ligne collatérale. S'était posée la question suivante : doit-on admettre ce dernier type de représentation par référence au *jus commune*, qui le consacre ? Non, répond fermement Charondas car, « en France nous ne tenons le droit Romain pour droit commun », et il cite, dans le même sens, un arrêt *en robes rouges* du parlement de Paris¹⁰⁵³ ; position compréhensible dans la mesure où cette proposition de droit commun n'a qu'une valeur doctrinale, et où elle ne saurait constituer, de ce fait, du *droit commun de la France*.

¹⁰⁴⁹ F. de Boutaric, *Les institutes de l'empereur Justinien conférées avec le droit français*, Toulouse, Hénauld et Forest, 1740, préf., p. XI : « respectez dans les Loix Romaines, non point la puissance d'où elles sont émanées, mais la raison ou la sagesse qui les a dictées ». C'est exprimer, selon une formule bien connue, que le *jus commune* s'imposait « *non ratione imperii sed imperio rationis* » (*ibid.*).

¹⁰⁵⁰ Bodin fait d'ailleurs ce constat bien au-delà du seul droit français : v. *Les six livres de la République* (1576), Lyon, de Tournes, 1579, livre I, chap. 8, « De la souveraineté », p. 107-108.

¹⁰⁵¹ 1) J.-L. Thireau, *Introduction historique au droit*, 3^e éd., Flammarion, 2009, p. 230 s. Le *jus commune* est une simple « construction doctrinale » (J.-L. Thireau, « Droit commun », in *Dictionnaire de la culture juridique*, 2003, p. 447 ; v. aussi F. Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Milan, Giuffrè, 1951, cité par J.-L. Halpérin, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *RIDC* 2000, p. 717 s., spéc. p. 719), un « fantôme » juridique (M.-F. Renoux-Zagamé, « La méthode du droit commun : réflexions sur la logique des droits non codifiés », *RHFDJSJ* 1990, p. 133 s., spéc. p. 138). Adde J.-L. Halpérin, *Profils des mondialisations du droit*, Dalloz, 2009, p. 103, qui estime que le *jus commune* « constitue davantage une construction idéale des juristes qu'une réalité de règles communes transcendant les frontières entre seigneuries, principautés, villes et ressorts coutumiers ». Il revêt un « caractère livresque » (L. Mayali, « *Ius civile* et *ius commune* dans la tradition juridique médiévale », in *Droit romain, jus civile et droit français*, dir. J. Krynen, PU Toulouse, 1999, p. 201 s., spéc. p. 217). V. cep. O. Beaud, « L'Europe entre droit commun et droit communautaire », *Droits* 1991, n° 14, p. 5 : l'auteur, après s'être demandé d'où peut provenir la juridicité du *jus commune* « qui n'est pas édicté par une autorité politique ou juridique, mais seulement enseigné dans les universités » (constat qui doit, nous semble-t-il, aboutir à la conclusion de l'absence de juridicité), relève que ce concept tire sa juridicité du fait que « le droit enseigné équivaut au droit appliqué ».

2) Et la doctrine n'est jamais directement source de droit (*supra*, n° 47). V. par ex. F. Terré, « À propos de la doctrine de la doctrine de la doctrine », *RDA* n° 3, févr. 2011, p. 38 s., qui cite l'exemple d'une constitution qui, en 426, conféra force normative aux écrits de cinq jurisconsultes (l'historiographie s'y référant sous le nom de « loi des citations » de Valentinien III et Théodose II) ; mais cet exemple n'est que la confirmation de ce que la doctrine n'est pas du droit, et qu'elle ne peut devenir droit que si celui qui détient le pouvoir de *juris dictio* le décide – alors, la norme n'est plus doctrinale, puisqu'elle est reprise par le titulaire du pouvoir de faire le droit, elle émane de lui.

¹⁰⁵² V., très clair, J.-L. Thireau, *Introduction historique au droit*, 3^e éd., Flammarion, 2009, p. 226 (« rejet du droit romain comme droit commun ») : en France, le droit romain « s'est vu refuser la qualité de droit positif, et par conséquent de droit commun, et ravalé au rang d'un simple modèle, dont l'autorité devait demeurer purement doctrinale ». Son autorité dans le royaume est une autorité morale, une autorité de fait, laquelle n'a rien à voir avec l'autorité du droit commun (J.-L. Thireau, « Le comparatisme et la naissance du droit français », *RHFDJSJ* 1990, p. 153 s., spéc. p. 184).

¹⁰⁵³ L. Charondas Le Caron, *Pandectes ou Digestes du Droit Français*, Richer, 1637, livre I, chap. 25, p. 170, citant l'arrêt du 15 avr. 1585.

B. Le caractère juridique sans le caractère commun

283. **L'absence de caractère commun du *jus commune*, obstacle à la qualification de *droit commun de la France*.** En outre, un droit local qui faisait sienne une proposition tirée du *jus commune* pouvait en faire une règle de droit, mais elle n'était jamais *commune* à tout le royaume. Parfois, les droits locaux reprirent en effet à leur compte des propositions exposées au titre du *jus commune*¹⁰⁵⁴ ; si ces propositions recevaient alors un caractère juridique du fait de ces consécration (parce qu'elles changeaient de nature, de simples propositions doctrinales à règles de droit local), il leur manquait le caractère commun, applicable à tout le territoire de la France. Elles devenaient du droit local, au domaine d'application territorial limité. Même Domat, pourtant fervent défenseur du droit romain, se range à ce constat¹⁰⁵⁵. Aucune règle locale ne pouvait prétendre être l'expression d'un *droit commun de la France*, puisqu'il est dans la nature même des règles locales de n'être pas communes à tout le royaume¹⁰⁵⁶. Constat identique lorsqu'une même proposition de *jus commune* était consacrée par plusieurs droits locaux : elle n'en devenait pas pour autant une règle unique, applicable à tout le royaume ; n'était pas alors consacrée une seule règle, mais autant de règles différentes que de droits locaux, règles qui relèvent « d'ordres juridiques distincts et non [d']un ordre juridique transcendant les frontières »¹⁰⁵⁷.

284. **Illustration.** Des coutumes – notamment Bourgogne¹⁰⁵⁸ et Berry¹⁰⁵⁹ – peuvent bien parfois renvoyer au droit romain sur certains points et pour la réglementation de certaines institutions, cela n'en fait pas le *droit commun de la France* pour autant : il s'agit simplement de la reprise, par un droit local et sur l'invitation des propositions doctrinales de *jus commune*, de certaines solutions du droit romain. Le droit romain n'a aucune valeur juridique positive en lui-même, et la règle reprise n'a pas la nature d'une règle de *droit commun de la France*¹⁰⁶⁰, mais d'une

¹⁰⁵⁴ J. Gaudemet, « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e) », in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, t. 1, Florence, Olschki, 1977, p. 157 s., spéc. p. 192, citant le système des récompenses en matière de régimes matrimoniaux.

¹⁰⁵⁵ J. Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Bailly, rééd. 1777, préface, p. II : « il n'a pas en France une autorité fixe et absolue, à la réserve des Provinces où il sert de Coutume, selon qu'elles en reçoivent les dispositions ».

¹⁰⁵⁶ Rapp. J.-L. Thireau, « Les *Arrêtés* de Guillaume de Lamoignon : une œuvre de codification du droit français ? », *Droits* 2004, n° 39, p. 53 s., spéc. p. 63 : « leur force contraignante restant limitée à leur ressort, seule la volonté du roi pouvait leur conférer une autorité plus large et en faire des règles d'application nationale ».

¹⁰⁵⁷ 1) J.-L. Halpérin, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *RIDC* 2000, p. 717 s., spéc. p. 727.

2) Et lorsque les propositions issues du *jus commune* sont consacrées par le roi de France, elles deviennent bien du *droit commun de la France*, mais elles perdent alors, par « novation », leur caractère de *jus commune* romano-canonique (elles changent de nature : du point de vue du droit français, elles ne sont plus du *jus commune*, mais du droit royal) ; pour des exemples de consécration, v. not. N. Laurent-Bonne, *Les donations entre époux - Doctrine, coutumes et législation (XIX^e-XX^e siècles)*, thèse Paris II, 2012, p. 168 et 211. Sur le *droit commun de la France* par les « lois du roi », v. *infra*, n° 304 s.

¹⁰⁵⁸ J. Gaudemet, « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e) », in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, t. 1, Florence, Olschki, 1977, p. 157 s., spéc. p. 181.

¹⁰⁵⁹ P. Lefebvre, *Le droit commun des successions d'après les coutumes rédigées et la jurisprudence du Parlement de Paris*, Sirey, 1911, p. 16.

¹⁰⁶⁰ Pour la même raison, une règle consacrée par la législation royale (seule source potentielle de droit commun de la France, v. *infra*) et inspirée du droit romain ne fait pas de ce dernier le *droit commun de la France* : c'est la législation royale qui fait le droit commun, non sa source d'inspiration. *Contra*, Bouhier qui estime que « le nom de *Droit commun* est celui, dont le Droit Romain est presque toujours appelé par les Ordonnances de nos Rois, et par nos Coutumes mêmes », et qui cite, au titre des premières, « entr'autres celles de Philippe le Bel de 1302 et celle du Roi Jean de 1351 » (*Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne*, in *Les Coutumes du Duché de Bourgogne*, t. 1, Dijon, Auge, 1742,

règle de droit bourguignon ou berrichon, c'est-à-dire d'une règle *locale*, territorialement spéciale. Dans les derniers siècles de l'Ancien Régime, la théorie du *jus commune* est quelque peu éclipsée par celle qui voit le *droit commun de la France* dans la comparaison des coutumes¹⁰⁶¹.

Section II – La proposition d'un *droit commun de la France* issu des coutumes : le *droit commun coutumier*

285. **Plan.** Une seconde conception, dominante dans les deux derniers siècles de l'Ancien Régime¹⁰⁶², propose de tirer le *droit commun de la France* de la diversité coutumière, d'un *droit commun coutumier*¹⁰⁶³ transcendant le particularisme de chaque droit local. À l'étude du contenu de cette proposition (§ I) succédera ici encore la démonstration de sa nature doctrinale, qui fait qu'elle ne put davantage constituer le *droit commun de la France* (§ II).

§ I – Contenu de la proposition

286. **Plan.** Le mouvement doctrinal pour un *droit commun coutumier* semble pouvoir être schématiquement divisé en deux courants : le premier recherchait le droit commun dans la comparaison des coutumes du royaume (A) ; le second, dont la vigueur est plus discutable, le voyait dans la coutume de Paris (B).

A. Un *droit commun coutumier* issu de la comparaison des coutumes

287. **La recherche d'un *droit commun coutumier* de la France.** À compter du XVI^e siècle, certains auteurs regardent par-delà la division formelle des coutumes particulières pour rechercher, dans la *conférence* de celles-ci, c'est-à-dire dans la comparaison des solutions qu'elles consacrent¹⁰⁶⁴, un *droit commun coutumier* de la France¹⁰⁶⁵. Cette conception est défendue

chap. 1, p. 176) ; on peut reprocher à l'auteur de dénaturer ces textes : se référant seulement ponctuellement au droit romain, ils n'affirment pas que celui-ci constitue le droit commun.

¹⁰⁶¹ P. Ourliac et J.-L. Gazzaniga, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Albin Michel, 1985, p. 161. V. cep. l'*Encyclopédie*, V^o « Droit commun », dans laquelle Boucher d'Argis défend encore cette conception (« depuis que l'étude [du droit romain] a été rétablie dans toutes les universités, il a toujours été considéré comme le droit commun du royaume »).

¹⁰⁶² P. Ourliac et J.-L. Gazzaniga, *op. et loc. cit.* Un mouvement comparable est retrouvé, par exemple, en Allemagne : v. H. Thieme, « Le "droit commun germanique" du moyen-âge. Fantaisie des professeurs du XIX^e siècle ou réalité ? », in *Mélanges J. Yver*, PUF, 1976, p. 663 s.

¹⁰⁶³ Sur cette notion, v. aussi N. Warembourg, « Le "droit commun coutumier", un exemple paradoxal d'acculturation juridique », in *Iuris scripta historica*, t. 27, *Modernisme, tradition et acculturation juridique*, dir. B. Coppein, F. Stevens et L. Waelkens, Bruxelles, 2011, p. 161 s.

¹⁰⁶⁴ C'est du droit comparé avant l'heure. En ce sens, v. J.-L. Thireau, « Le comparatisme et la naissance du droit français », *RHFD SJ* 1990, p. 153 s., spéc. p. 176 s. et p. 191 ; et, du même auteur, « L'avènement de la comparaison des droits en France », in *Comparer les droits, résolument*, dir. P. Legrand, PUF, 2009, p. 597 s., spéc. p. 616 s. Le genre était appelé non pas droit comparé, mais *conférence*, et les juristes qui s'y livraient, *conférenciers*, non pas comparatistes.

¹⁰⁶⁵ Si un auteur estime que l'utilisation de l'expression « droit commun coutumier » est plutôt rare et se fixe surtout au début du XVIII^e siècle (N. Warembourg, « Le "droit commun coutumier", un exemple paradoxal d'acculturation juridique », in *Iuris scripta historica*, t. 27, *Modernisme, tradition et acculturation juridique*, dir. B. Coppein, F. Stevens et L. Waelkens, Bruxelles, 2011, p. 161 s., spéc. p. 161), la réalité qu'elle désigne est cependant plus ancienne.

par Ferrière, pour lequel le *droit commun coutumier* « est celui qui est établi par le plus grand nombre de dispositions qui se trouvent dans les différentes Coutumes sur une même matière ou sur une même question »¹⁰⁶⁶. Nombreux en sont les partisans – notamment Coquille¹⁰⁶⁷, L'Hommeau¹⁰⁶⁸, Loisel, dont la démarche est inhérente à ses *Institutes coutumières*, Bourjon dans sa somme sur la coutume de Paris¹⁰⁶⁹, voire Du Moulin¹⁰⁷⁰. Pourraient ainsi prétendre à la qualification de règles de *droit commun coutumier* toutes les règles retrouvées au fond dans de nombreux droits locaux¹⁰⁷¹.

288. **Illustrations.** Les illustrations ne manquent pas. Quant aux successions¹⁰⁷², la doctrine semble ériger la représentation successorale, parce qu'elle est consacrée par un certain nombre de coutumes, au statut de règle « de droit commun coutumier »¹⁰⁷³. En outre, parce que « la plus grande partie des coutumes » consacre le droit de retour de l'ascendant donateur, Ferrière estime que cette règle « est comme le droit commun de la France »¹⁰⁷⁴. Pour les sûretés, Basnage, traitant de l'action hypothécaire et du bénéficiaire de discussion, expose les « trois cas auxquels le tiers détenteur ne peut requérir la discussion », qui sont connus « par l'article 100 de la Coutume de Paris, et par le Droit commun de la France »¹⁰⁷⁵; en d'autres termes, pour l'auteur, la

¹⁰⁶⁶ C.-J. de Ferrière, *Nouvelle introduction à la pratique*, t. 2, Brunet, 1735, V° « Droit commun coutumier », p. 93.

¹⁰⁶⁷ G. Coquille, *Institution au droit des Français ou Conférence des Coutumes de France* (cité par J. Gaudemet, « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e) », in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, t. 1, Florence, Olschki, 1977, p. 157 s., spéc. p. 184).

¹⁰⁶⁸ J.-L. Thireau, « Le comparatisme et la naissance du droit français », *RHFDSJ* 1990, p. 153 s., spéc. p. 178-179 ; A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du code civil français*, LGDJ, 1969, p. 76 (pour C. de Ferrière).

¹⁰⁶⁹ Comp. : les commentateurs ont pu affirmer que F. Bourjon (*Le Droit commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principes*, 2 t., 2^e éd., 1770 [1^{re} éd. 1747]), se livre à une assimilation entre coutume de Paris et droit commun coutumier de la France, et fait donc de la coutume de Paris le droit commun de la France (not. F. Olivier-Martin, *La coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*, Sirey, 1925, p. 21). L'affirmation ne semble pas correspondre à l'exposé de Bourjon : « Le Droit commun du Royaume, est l'exacte explication de la Coutume ; il supplée à tout ce qui lui manque ». Puis, plus loin : « il est certain qu'on ne peut parvenir à un corps complet que la Coutume suppose, qu'en alliant avec elle le Droit commun de la France » (t. 1, « Dissertation », p. 1). En d'autres termes, si, pour l'auteur, le droit commun de la France doit venir compléter la coutume de Paris, c'est bien qu'il distingue les deux ensembles. Il le confirme d'ailleurs en note, lorsqu'il explique que le droit commun de la France comprend, notamment, « les décisions communes à toutes les Coutumes » (dans le même sens, A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du code civil français*, LGDJ, 1969, p. 104).

¹⁰⁷⁰ Qui écrit, dans son *Traité de feudis* de 1539, que *Consuetudines nostrae sunt ius commune* (cité par J. Gaudemet, « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e) », in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, t. 1, Florence, Olschki, 1977, p. 157 s., spéc. p. 183). V. cep., plus nuancé, J.-L. Thireau, *Charles Du Moulin*, Genève, Droz, 1980, p. 97 à 99.

¹⁰⁷¹ Phénomène relativement comparable à celui, contemporain, des *restatements of the law* en droit américain, par lesquels la doctrine expose les règles partagées par de nombreux États, pour « définir un droit commun idéal » (F.-M. Bannes, « L'impact de l'adoption des principes UNIDROIT 1994 sur l'unification du droit commercial international : réalité ou utopie ? », *RRJ* 1996, p. 933 s., spéc. p. 937).

¹⁰⁷² V. D. Le Brun, *Œuvres*, t. 1, *Traité des successions*, 5^e éd., Paulus-du-Mesnil, 1743, livre II, chap. 1, sect. 3, p. 157 (succession aux propres) et livre II, chap. 1, sect. 2, p. 152 (règle *paterna, paternis*). Pour d'autres exemples, v. P. Lefebvre, *Le droit commun des successions d'après les coutumes rédigées et la jurisprudence du Parlement de Paris*, Sirey, 1911. Adde E. Meynal, « Remarques sur le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'œuvre d'unification du droit en France, depuis la rédaction des Coutumes jusqu'à la Révolution, en particulier dans la succession aux propres », in *Congrès international de droit comparé - Procès-verbaux des séances et documents*, t. 1, LGDJ, 1905, p. 269 s.

¹⁰⁷³ J. Bart, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, 2^e éd., Montchrestien, 2009, p. 317.

¹⁰⁷⁴ Commentaire sur l'article 313 de la coutume de Paris, cité par J. Gaudemet, « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e) », in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, t. 1, Florence, Olschki, 1977, p. 157 s., spéc. p. 192 (Ferrière estime dès lors que la solution doit être appliquée dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées).

¹⁰⁷⁵ H. Basnage, *Traité des hypothèques*, 2^e éd., Rouen, Lucas, 1687, chap. 16, p. 294-295, pour les deux dernières citations. Ces trois cas se rencontrent : « le premier, quand les héritages qu'il tient sont spécialement obligés ; le

solution consacrée l'est non seulement en droit spécial parisien – ce qui résulte de l'article 100 de la coutume de Paris –, mais encore dans les droits spéciaux des autres localités : elle serait alors constitutive d'une règle de *droit commun coutumier*. Quant à la prescription, déjà, Guy Coquille écrit que « la règle commune des coutumes est que le vassal ne prescrit contre son seigneur, par quelque temps que le vassal ait dormi sans faire renouveler son hommage, comme aussi le seigneur ne prescrit contre son vassal, par quelque temps que le seigneur ait joui en vertu de saisie »¹⁰⁷⁶. Dans le même sens, Bourjon, commentant l'article 118 de la coutume de Paris, qui ne prévoit rien de tel, explique que le trouble apporté au possesseur interrompt le cours de la prescription trentenaire, parce que cette règle « forme un droit commun dans le royaume »¹⁰⁷⁷. C'est encore dans ce même ordre d'idées que Pothier relève que la prescription extinctive d'un an a lieu « Contre les demandes des maîtres d'école, précepteurs, répétiteurs, régents et autres pour instruction d'enfants : notre Coutume d'Orléans, article 265, en a une disposition et c'est un droit commun »¹⁰⁷⁸. Ce courant constitue la conception la plus pure du *droit commun coutumier*, tirée de la recherche des règles communes à tous les droits coutumiers.

B. Un droit commun coutumier issu de la coutume de Paris ?

289. La recherche d'un *droit commun coutumier* dans la coutume de Paris ?

Il est enseigné qu'à côté de la conception originaire du *droit commun coutumier* en aurait émergé une seconde, faisant de la coutume de Paris le *droit commun de la France*¹⁰⁷⁹. Selon cette conception, le véritable *droit commun coutumier* résulterait de la coutume de Paris, « maîtresse coutume »¹⁰⁸⁰. Pourquoi ce statut privilégié ? La raison n'en est ni bien déterminée, ni unanime, mais Boutaric – par ailleurs hostile à l'idée – en propose l'une des explications les plus convaincantes : « les Loix [romaines] (dit-on) ont décidé, que dans les cas omis par les Coutumes des Lieux, il fallait se conformer au Droit [...] reçu dans la ville de Rome [...] ; et sur ce texte on fonde la nécessité du recours à la Coutume de Paris, dans les cas que les Coutumes des Lieux n'ont ni prévu ni décidé »¹⁰⁸¹. Au titre de ce courant, les auteurs citent notamment Du Moulin¹⁰⁸² qui, dans l'*Oratio*

second, quand il y a generale obligation sans specialité ; le troisième, quand il y a clause, que la speciale hypothèque ne déroge à la generale, ny la generale à la speciale » (*op. et loc. cit.*).

¹⁰⁷⁶ G. Coquille, *Conférence des coutumes de France (Institution au droit des Français)*, Cardin Besongne, 1692, p. 12 (cité par G. Leyte, « Prescriptibilité et imprescriptibilité dans l'ancien droit public français », *Droits* 2000, n° 31, p. 3 s., spéc. p. 7). Ainsi, fréquemment, les auteurs utilisent cette référence à la règle coutumière commune pour situer une règle locale, soit qu'elle s'oppose à la règle communément admise, soit qu'elle la reproduise.

¹⁰⁷⁷ F. Bourjon, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, t. 1, Grangé et Cellot, 1770, p. 1085.

¹⁰⁷⁸ R.-J. Pothier, *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, t. 2, Debure et Rouzeau-Montaut, 1764, n° 675, p. 292 (v. aussi les deux prescriptions suivantes citées par l'auteur – pensions et nourritures, salaires des serviteurs et vigneron –, pour lesquelles la même remarque est faite).

¹⁰⁷⁹ Not. *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, 2^e éd., dir. L. Bély, PUF, 2003, « Quadriges », V° « Coutumes et droit écrit », par J. Poumarède, spéc. p. 370 ; J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 31-32 et 35-36 ; J.-L. Thireau, *Introduction historique au droit*, 3^e éd., Flammarion, 2009, p. 249 ; J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 796 et n° 811 ; J. Gaudemet, « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e) », in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, t. 1, Florence, Olschki, 1977, p. 157 s., spéc. p. 184. Rapp. P. Lefebvre, *Le droit commun des successions d'après les coutumes rédigées et la jurisprudence du Parlement de Paris*, Sirey, 1911, p. 21 à 23.

¹⁰⁸⁰ V. not. J. Brodeau, cité par F. Olivier-Martin, *La coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*, Sirey, 1925, p. 18.

¹⁰⁸¹ F. de Boutaric, *Les institutes de l'empereur Justinien conférées avec le droit français*, Toulouse, Hénauld et Forest, 1740, préface, p. VI. *Adde* le fait que le parlement de Paris disposait d'un vaste ressort territorial, circonstance qui, par

de *concordia et unione consuetudinum Franciæ*, souhaitait imposer à tout le pays une coutume uniforme, « un droit commun aux coutumes de France »¹⁰⁸³, inspirée de celle de Paris¹⁰⁸⁴. Ferrière défendrait la même idée lorsque, après avoir donné une définition du *droit commun coutumier*, il affirme que « ce Droit commun Coutumier se rapporte presque toujours à la Coutume de Paris »¹⁰⁸⁵. Ces deux auteurs ne seraient pas les uniques représentants du courant, réputé très suivi¹⁰⁸⁶. Mais le mouvement apparaît, en réalité, assez marginal¹⁰⁸⁷. Dès lors, a-t-il véritablement été défendu sérieusement que la coutume de Paris fut la source d'un *droit commun coutumier* ? Dans les faits, peu d'auteurs suivent véritablement cette conception ; si bien que, si elle a indéniablement existé¹⁰⁸⁸, son succès peut sembler, pour une large part, comme une vue de l'esprit. Contrairement d'ailleurs à ce qu'il est souvent affirmé¹⁰⁸⁹, Bourjon n'aurait jamais défendu cette conception : il opposait coutume de Paris et droit commun dès la première page de son *Droit commun de la France et la Coutume de Paris*.

290. **Rareté des illustrations.** Et de fait, les exemples concrets de ce courant apparaissent peu nombreux ; en outre, ils ne permettent pas toujours d'affirmer avec certitude que les auteurs tenaient la coutume de Paris pour la source première de leur proposition de *droit commun coutumier*. Ainsi, pour la succession aux propres, Le Brun, qui se demande quel est le « Droit commun de la France », tient pour argument de poids la solution de la coutume de Paris : il écrit en effet que le *droit commun de la France* peut se trouver dans la règle selon laquelle « il faut être du côté et ligne de l'acquéreur » pour succéder aux propres, certes parce que la majorité des coutumes semble l'admettre, mais aussi parce que c'est la solution de « la Coutume de Paris, à laquelle l'on se conforme volontiers pour les cas omis par les autres coutumes »¹⁰⁹⁰. Mais il se réfère, avant cela, à la majorité des coutumes : l'idée d'un *droit commun coutumier* issu de la coutume

extension et indirectement, pouvait contribuer à conférer une plus grande aura à la coutume de Paris (même si les ressorts de la coutume et de la compétence du parlement ne se confondaient pas).

¹⁰⁸² Après avoir un temps considéré – dans la première édition de son *Commentaire de la coutume de Paris*, datée de 1539 – le droit romain comme le véritable droit commun (J.-L. Thireau, « Le comparatisme et la naissance du droit français, *RHFDSJ* 1990, p. 153 s., spéc. p. 160).

¹⁰⁸³ Cité par P. Ourliac et J.-L. Gazzaniga, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Albin Michel, 1985, p. 161.

¹⁰⁸⁴ C. Du Moulin, *Oratio de concordia et unione consuetudinum Franciæ*, in *Œuvres de Du Moulin*, t. 2, 1681, p. 690-694, cité par P. Petot, « Le droit commun selon les coutumiers », *RHDFE* 1960, p. 412. En outre, lorsqu'il participe, en 1580, à la réformation de cette coutume, « Choppin constate que ses rédacteurs semblent avoir voulu formuler des lois pour tout le royaume » (F. Olivier-Martin, *La coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*, Sirey, 1925, p. 17).

¹⁰⁸⁵ C.-J. de Ferrière, *Nouvelle introduction à la pratique*, t. 2, Brunet, 1735, V^o « Droit commun coutumier », p. 93.

¹⁰⁸⁶ V. J. Krynen, « Le droit romain, “droit commun de la France” », *Droits* 2003, n^o 38, p. 21 s., spéc. p. 23 et les références note 6.

¹⁰⁸⁷ Est-ce dû au caractère discuté des idées qu'il porte ? Celui-ci semble incompatible avec le postulat de l'égalité des coutumes, qui veut que dans le royaume de France, toutes les coutumes se valent ; aucune n'a d'ascendant sur les autres, puisque toutes ont un ressort territorial limité, et qu'aucun ressort territorial n'empiète sur un autre.

¹⁰⁸⁸ V. not. *Le praticien universel ou le droit français et la pratique de toutes les juridictions du royaume*, t. 1, Lefebvre, 1697, p. 14 : « Quand une Coutume ne contient aucune disposition sur une matiere, il faut avoir recours aux Coutumes voisines, ou au *Droit Commun Coutumier qui se rapporte presque toujours à la Coutume de Paris* » (nous ajoutons les italiques).

¹⁰⁸⁹ Par ex. S. Maclair, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse Orléans, 2011, n^o 9 ; C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n^o 2, note 16, p. 4 et « Droit commun et droit spécial », *RDA* n^o 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. note 8 ; P. Lefebvre, *Le droit commun des successions d'après les coutumes rédigées et la jurisprudence du Parlement de Paris*, Sirey, 1911, p. 22 ; F. Olivier-Martin, *La coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*, Sirey, 1925, p. 21.

¹⁰⁹⁰ D. Le Brun, *Œuvres*, t. 1, *Traité des successions*, 5^e éd., Paulus-du-Mesnil, 1743, livre II, chap. 1, sect. 3, p. 157.

de Paris est, en quelque sorte, secondaire. Concernant la prescription, Pothier explique que « les demandes pour les salaires des médecins et chirurgiens » s'éteignent par prescription d'un an, « suivant l'article 125 de la Coutume de Paris, qui s'observe dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées »¹⁰⁹¹. Ici encore pourtant, l'assimilation est incertaine : la fonction que Pothier assigne à la coutume de Paris traduit peut-être la conception qu'il s'en fait ; si elle s'observe dans le silence des autres coutumes, c'est peut-être qu'elle doit représenter, pour l'auteur, le *droit commun coutumier* ? Ainsi encore, il semble que ce soit de l'article 113 de la coutume de Paris que s'inspire Loisel lorsqu'il écrit que « Prescription d'héritage ou autre droit réel s'acquiert par jouissance de dix ans entre présents, et vingt ans entre absents, âgés et non privilégiés, avec titre et bonne foi ; et sans titre, par trente ans »¹⁰⁹² ; il faut cependant les commentaires éclairés de Laurière pour le saisir¹⁰⁹³. En présentant comme d'intérêt commun à toute la France des règles issues ou inspirées de la coutume de Paris, mais sans s'en expliquer, les auteurs donnent à penser qu'ils adhèrent au courant d'un *droit commun coutumier* issu de la seule coutume de Paris. Les exemples restent peu fournis et, surtout, peu convaincants ; dès lors, peut-être les auteurs d'ancien droit sont-ils relativement peu nombreux à avoir souhaité effectivement imposer la coutume de Paris à tout le royaume au titre d'un *droit commun coutumier*¹⁰⁹⁴. Quoiqu'il en soit, ces propositions ne constituèrent jamais, à proprement parler, du *droit commun* de la France : il leur manqua toujours au moins l'un des caractères du droit commun.

§ II – Nature de la proposition

291. **Plan.** Les propositions de *droit commun coutumier* ne purent prétendre incarner le *droit commun de la France* : il leur en manqua toujours l'un des deux caractères, qu'il s'agisse du caractère juridique (A) ou du caractère commun (B).

A. Le caractère commun sans le caractère juridique

292. **L'absence de juridicité du *droit commun coutumier*, obstacle à la qualification de droit commun.** Les propositions faites par les auteurs au titre du *droit commun coutumier* tendaient à être *communales*, à viser tout le royaume de France ; c'est même dans ce but qu'elles furent pensées¹⁰⁹⁵. Cependant, les règles proposées par les auteurs apparaissaient dépourvues de juridicité positive : contrairement au droit commun, elles n'étaient pas du *droit*. Le

¹⁰⁹¹ R.-J. Pothier, *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, t. 2, Debure et Rouzeau-Montaut, 1764, n° 675, p. 292.

¹⁰⁹² A. Loisel, *Institutes coutumières* (1607), 2^e éd. par E. de Laurière, Nyon, 1783, « De prescriptions », VI, p. 243.

¹⁰⁹³ E. de Laurière, commentaire sous « De prescriptions », VI (A. Loisel, *Institutes coutumières* [1607], 2^e éd., Nyon, 1783, p. 243).

¹⁰⁹⁴ Rapp. J. Poumarède, « De la fin des coutumes à la survie des usages locaux - Le Code civil face aux particularismes », in *Les penseurs du Code civil*, dir. C. Gauvard, Documentation française, 2009, p. 173 s., spéc. p. 175 : « la coutume de Paris sera présentée comme un modèle ou un standard, mais peu songeront à l'imposer à tout le royaume ».

¹⁰⁹⁵ J.-L. Thireau, « Le comparatisme et la naissance du droit français », *RHFDSJ* 1990, p. 153 s., spéc. p. 181 : les tentatives doctrinales pour imposer un *droit commun de la France* tendent à « conférer une portée générale à des dispositions au départ purement locales ».

droit commun coutumier est en effet une création exclusivement doctrinale¹⁰⁹⁶. Son autorité dans le royaume est, elle aussi, une simple autorité morale, de fait : elle est celle qui revient à la doctrine, une autorité *non ratione imperii sed imperio rationis*¹⁰⁹⁷. Le prétendu *droit commun de la France* proposé par les jurisconsultes s'attachant à la comparaison des coutumes apparaît comme un simple *fonds commun coutumier* de principes retrouvés dans la plupart des coutumes¹⁰⁹⁸. Le même raisonnement est transposable, *a fortiori*, pour le *droit commun coutumier* fondé sur la seule coutume de Paris, droit local par excellence : cette coutume ne jouit, hors de son ressort territorial, que d'une « prééminence de fait »¹⁰⁹⁹ et, « en droit, tout le monde reconnaît son caractère strictement territorial »¹¹⁰⁰ ; elle est techniquement inapte à constituer le *droit commun de la France*. Ce *droit commun coutumier*, quelle que soit la variante retenue, « n'était pleinement en vigueur dans aucune région »¹¹⁰¹ car il ne s'agissait que d'une proposition doctrinale ; contrairement à ce que laisse entendre son nom, il n'était pas du *droit commun*, faute de pouvoir être du *droit*.

293. **Illustration.** Certains auteurs d'Ancien Régime l'ont noté. Poullain du Parc écrit, sur le caractère prescriptible de l'obligation pour les gens de main-morte de donner un homme vivant, mourant et confisquant : « après tout, si tous les auteurs de France estoient d'avis que l'indemnité se prescrive, à cause que quelques coutumes, telles que celles de Normandie, Orléans et Tours en ont des dispositions, serait-ce une raison pour dire qu'en Bretagne elle soit sujette à prescription ? Ne faudrait-il pas se régler par les dispositions de notre coutume à cet égard ? [Car] chaque coutume n'exerce son empire que sur son distroit et que ses dispositions ne

¹⁰⁹⁶ 1) V. P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, 2013, n° 167 : c'est « essentiellement la doctrine » qui confronte les coutumes « pour y chercher des dénominateurs communs qui permettent de rêver à un véritable droit commun coutumier ». V. aussi J. Gaudemet, « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e) », in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, t. 1, Florence, Olschki, 1977, p. 157 s., spéc. p. 184. Rapp. A. Leca, *Le Code était presque parfait - Introduction historique au droit*, 1^{re} éd., LexisNexis, 2013, n° 45.

2) Or, une fois encore, la doctrine ne peut être source de droit (cf. *supra*, n° 281 et la note).

¹⁰⁹⁷ Une fois encore, la traduction pourrait en être « non en raison du pouvoir, mais par le pouvoir de la raison ». Sur cette expression, v. not. J.-L. Thireau, « Le comparatisme et la naissance du droit français », *RHFDSJ* 1990, p. 153 s., spéc. p. 156 ; M. Delmas-Marty, « Vers un droit commun de l'humanité », 2^e éd., Textuel, 2005, p. 61.

¹⁰⁹⁸ J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 33 et 36. Autant dire qu'il s'agit d'un maigre butin, tant en quantité (peu de règles concernées) qu'en qualité (instrument dépourvu de juridicité). V. aussi B. Ancel, *Histoire du droit international privé*, cours de l'Université Panthéon-Assas, polycopié, 2008, p. 10, note 11.

¹⁰⁹⁹ F. Olivier-Martin, *La coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*, Sirey, 1925, p. 19. V. aussi J.-L. Thireau, « Le comparatisme et la naissance du droit français », *RHFDSJ* 1990, p. 153 s., spéc. p. 182-183 : la coutume de Paris était « dépourvue de force contraignante hors de son ressort ».

¹¹⁰⁰ F. Olivier-Martin, *Histoire de la coutume de la prévôté et de la vicomté de Paris*, t. 1, 1922, Leroux, p. 64, note 3 (citant Ferrière, *Corps et compilation*, I, p. 18-22). Fait relativement méconnu et qui va dans le sens de cette démonstration, la coutume de Paris constitua également, entre 1663 (date de l'adoption des règles de la coutume en Nouvelle-France par l'édit de création du conseil souverain de Québec) et 1866 (édiction du code civil du Bas-Canada), « le droit commun de la province du Québec » (not. H. Capitant, « Les journées du Droit civil français », *D.* 1935, p. 1 ; H. P. Glenn, « La Disposition préliminaire du Code civil du Québec, le droit commun et les principes généraux du droit », *Les cahiers de droit*, t. 46, 2005, p. 339 s., spéc. p. 344-345) ; mais ce qu'il faut préciser, c'est que, si tel fut le cas, c'est par la volonté exprimée du souverain (initialement le roi de France), et non parce que la coutume de Paris avait, en elle-même, une autorité de droit au Québec (v. J.-L. Baudouin et Renaud, *Code civil du Québec annoté*, t. 1, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. IX [Introduction]). V. aussi L. Antier, *La survivance de la seconde coutume de Paris : le droit civil du Bas-Canada*, Rouen, 1923.

¹¹⁰¹ É. Lambert, « Une réforme nécessaire des études de droit civil », *Revue internationale de l'enseignement* 1900 (t. 40), p. 218 s., spéc. p. 240. Demogue reprend presque mot pour mot le constat dans *L'unification internationale du droit privé*, Rousseau, 1927, p. 17 : « ce droit commun n'était pleinement en vigueur dans aucune province ».

s'étendent point au-delà de son territoire»¹¹⁰². Point de droit commun territorial issu des coutumes. Quant aux commentateurs d'ancien droit qui gardèrent le silence sur la problématique du *droit commun de la France*, ils pourraient, de l'avis du professeur Leyte, être rattachés à ce courant des sceptiques : « c'est tout simplement le positivisme »¹¹⁰³ qui domine, et qui s'oppose à l'érection de ces propositions en un véritable *droit commun de la France* au sens technique.

B. Le caractère juridique sans le caractère commun

294. **L'absence de caractère *commun* du *droit commun coutumier*, obstacle à la qualification de *droit commun de la France*.** Le constat vaut avant tout pour la proposition de *droit commun coutumier* issu de la coutume de Paris : cette coutume avait incontestablement force de droit ; mais tenter de la présenter comme le *droit commun de la France*, revient à essayer de raisonner par extension analogique, de forcer son domaine d'application territorial, de l'étendre au-delà de son seul ressort. Or, au regard du postulat d'égalité des coutumes, un tel raisonnement est discutable : pourquoi en effet, au titre de l'extension par analogie, choisir la coutume de Paris plutôt qu'une autre ? Le constat de l'absence de caractère commun vaut également pour la proposition de *droit commun coutumier* issu de la comparaison des coutumes : certes, ces propositions furent parfois reprises par des coutumes ou par des arrêts des parlements¹¹⁰⁴ – elles reçurent notamment un certain écho auprès du parlement de Paris¹¹⁰⁵ et de la coutume réformée¹¹⁰⁶. Mais si, lorsque ces propositions sont reçues par un droit local, elles deviennent du *droit* (du fait d'une « novation », d'un changement de nature : elles passent du statut de propositions doctrinales à celui de règles de droit local), il leur manque, alors et par ce fait même, le caractère *commun*, l'applicabilité sur tout le territoire de la France. Aucune règle locale ne peut relever du *droit commun de la France*, puisqu'il est dans la nature même des règles locales d'être territorialement spéciales – une règle acceptée dans le ressort d'un droit local ne peut être étendue à un autre droit local que par les autorités compétentes pour édicter cet autre droit local. C'est aussi pourquoi des règles au contenu similaire, consacrées par divers droits locaux sur l'incitation de la doctrine du *droit commun coutumier*, ne deviennent pas une règle unique, applicable à tout le royaume : il existe formellement autant de règles que de droits locaux qui consacrent la solution¹¹⁰⁷. Les droits locaux n'avaient donc pas compétence pour édicter des règles de *droit commun de la France* à partir des propositions de *droit commun coutumier* : il leur manquait le caractère *commun*, le domaine indéfini, s'étendant sur tout le territoire du royaume.

¹¹⁰² A.-M. Poullain du Parc, *Journal des audiences et arrêts du parlement de Bretagne*, Rennes, 1737-1778, t. 2, 1740, chap. XIII, p. 130 s. (cité par G. Leyte, « "Le droit commun de la France". Observations sur l'apport des arrêtistes », *Droits* 2003, n° 38, p. 53 s., spéc. p. 57-58). Nous ajoutons les italiques.

¹¹⁰³ G. Leyte, « "Le droit commun de la France". Observations sur l'apport des arrêtistes », *Droits* 2003, n° 38, p. 53 s., spéc. p. 60.

¹¹⁰⁴ J. Gaudemet, « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e) », in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, t. 1, Florence, Olschki, 1977, p. 157 s., spéc. p. 192, citant le système des récompenses.

¹¹⁰⁵ F. Olivier-Martin, *La coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*, Sirey, 1925, p. 17.

¹¹⁰⁶ F. Olivier-Martin, *op. et loc. cit.*, citant l'exemple de la coutume de Paris réformée (1580), qui était « toute pénétrée de ce droit commun coutumier élaboré par Du Moulin, par de Thou et par la jurisprudence du Parlement de Paris ».

¹¹⁰⁷ V. juste *supra* pour le même raisonnement sur le *jus commune* : les règles relèvent « d'ordres juridiques distincts et non [d']un ordre juridique transcendant les frontières » (J.-L. Halpérin, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *RIDC* 2000, p. 717 s., spéc. p. 727, préc.).

295. **Illustration.** Le parlement de Paris, statuant sur des coutumes qui n'avaient pas traité de certaines questions, transposa des règles admises dans d'autres ressorts coutumiers : il appliqua ainsi la règle *paterna paternis, materna maternis* pour les successions aux propres¹¹⁰⁸, ou étendit le droit de retour de l'ascendant donateur¹¹⁰⁹, à des coutumes restées silencieuses. Cependant, bien qu'étendues à plusieurs ressorts coutumiers, ces règles n'en devinrent pas pour autant *droit commun de la France* pour les successions : d'une part, seuls les ressorts coutumiers qui dépendaient du parlement de Paris étaient concernés ; d'autre part, même entre ces différents droits locaux, il n'y avait pas *une seule règle commune* sur le plan territorial, mais autant de règles particulières que de droits locaux.

296. **Conclusion de chapitre.** C'est en réaction à l'éclatement de l'ancien droit français que naquirent des aspirations doctrinales à un *droit commun de la France*, qu'elles partent du *jus commune* inspiré du droit romain, ou du *droit commun coutumier* issu de la comparaison des coutumes. Ces aspirations doctrinales restèrent vives jusqu'à la veille de la Révolution française – encore en 1788, un avocat normand, Picard de Prébois, publiait une *Introduction à un seul code de lois*. Néanmoins, elles ne purent, en elles-mêmes, constituer du *droit commun de la France*¹¹¹⁰ : de ce dernier, la doctrine ne peut proposer que les assises théoriques. Sans minorer son apport en effet, le travail des jurisconsultes fut « fécond »¹¹¹¹, mais jamais directement normatif : n'étant pas source de *droit*, il ne put être à l'origine d'un véritable droit commun territorial. Quant aux propositions doctrinales de droit commun consacrées par des droits locaux, elles devinrent bien, par l'effet de cette consécration, du *droit* ; mais, prenant alors la nature de règles territorialement spéciales, elles étaient tout le contraire d'un *droit commun* de la France.

297. **Conclusion de sous-titre.** Sous l'Ancien Régime, dans les règles applicables, l'éclatement règne, dans les sources (multiplicité des droits locaux) comme dans le contenu (diversité des solutions consacrées par les droits locaux), quelle que soit l'institution étudiée. En réaction, des propositions doctrinales de *droit commun de la France* émergent : ce sont les théories du *jus commune* et du *droit commun coutumier*. En raison de leur nature de simples propositions doctrinales, elles demeurèrent toutefois inaptées à constituer elles-mêmes du *droit commun de la France* (faute de juridicité en elles-mêmes, et faute d'applicabilité sur tout le territoire lorsqu'elles sont consacrées par un droit local). Seule la volonté du roi, dépositaire de la *juris dictio* pour tout le territoire, pouvait en faire des règles de *droit commun de la France*¹¹¹² : le *droit commun de la France*

¹¹⁰⁸ J. Gaudemet, « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e) », in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, t. 1, Florence, Olschki, 1977, p. 157 s., spéc. p. 192 ; sur la question, v. aussi D. Le Brun, *Œuvres*, t. 1, *Traité des successions*, 5^e éd., Paulus-du-Mesnil, 1743, livre II, chap. 1, sect. 2, p. 150 s. (« De diverses coutumes sur le partage des propres »).

¹¹⁰⁹ J. Gaudemet, « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e) », in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, t. 1, Florence, Olschki, 1977, p. 157 s., spéc. p. 192.

¹¹¹⁰ Une fois encore, de la même manière par exemple que l'œuvre de Magritte n'est pas une pipe, mais un tableau représentant une pipe (R. Magritte, *La Trahison des images*, 1929, huile sur toile, accompagnée de la légende « Ceci n'est pas une pipe ») : v. *supra*, n° 47.

¹¹¹¹ J.-L. Thireau, *Introduction historique au droit*, 3^e éd., Flammarion, 2009, p. 248.

¹¹¹² J.-L. Thireau, « Les Arrêtés de Guillaume de Lamoignon : une œuvre de codification du droit français ? », *Droits* 2004, n° 39, p. 53 s., spéc. p. 63 : « leur force contraignante restant limitée à leur ressort, seule la volonté du roi pouvait leur conférer une autorité plus large et en faire des règles d'application nationale ». En plus de tout cela, il

devait provenir des lois du roi, seul compétent pour imposer un ensemble de règles juridiques géographiquement communes à tout le territoire du royaume.

faut avoir conscience que ce système doctrinal, sans même évoquer encore son défaut intrinsèque de juridicité, était « impuissant à réaliser l'uniformité : comblant les vides des coutumes muettes, [...] il ne pouvait complètement faire disparaître les fossés entre des coutumes expressément divergentes » ; en effet, « là où la coutume s'est prononcée, et quelle que soit la *bizarrie* ou l'originalité de ses dispositions, il faut bien la respecter » (J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 34).

SOUS-TITRE II – LA CONSTRUCTION DU DROIT COMMUN TERRITORIAL

298. **Le droit commun de la France, une construction du dépositaire de la souveraineté.** Entendu dans son application territoriale, « le droit commun [...] l'est par la généralité de son application à la totalité du territoire [...] et celle-ci résulte, et ne peut résulter que de l'universalité du pouvoir qui les édicte »¹¹¹³. Sous l'autorité du roi, le *droit commun de la France* est alors concevable, « puisque les provinces relèvent d'une autorité nationale unique qui par sa volonté peut imposer la même loi dans tout le pays »¹¹¹⁴. Même si la conception est présente depuis Charlemagne au moins, qui « donna le nom de *Loi commune* à ses Édits »¹¹¹⁵, ce n'est qu'à partir des derniers siècles de l'Ancien Régime que le roi en prend pleinement la mesure et édifie, pour de nombreuses institutions, un *droit commun de la France*, un ensemble de règles applicables à tout le territoire du royaume¹¹¹⁶. Le droit commun territorial est une œuvre construite et le mouvement ne cessera plus.

299. **Le droit commun de la France, une lente conquête.** L'histoire fut celle d'une lente conquête, au demeurant non linéaire¹¹¹⁷. Jusqu'au XII^e siècle, l'absence de pouvoir souverain centralisé est caractéristique : il était communément admis que le roi ne pouvait exercer son pouvoir normatif que dans le « domaine royal », qui relevait de sa seule autorité, c'est-à-dire sur un territoire limité à des fractions de la région parisienne et de l'orléanais¹¹¹⁸. Hors de ce

¹¹¹³ M.-F. Renoux-Zagamé, « Du droit commun doctrinal au droit commun positif : leçons des plaidoyers du Parquet », in *Traditions savantes et codifications*, LGDJ, 2007, p. 3, spéc. p. 5.

¹¹¹⁴ R. Demogue, *L'unification internationale du droit privé*, Rousseau, 1927, p. 16. En effet, pour réussir l'unité du droit français à travers le *droit commun de la France*, « le travail de doctrine ne suffisait pas : il fallait l'intervention du roi pour réduire la diversité coutumière et imposer un droit unique à tous les habitants du royaume » (J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 37). C'est en ce sens que l'on peut comprendre l'affirmation selon laquelle « l'étatisation du droit et [...] l'invention de la notion de souveraineté » constituent « l'achèvement d'une révolution conceptuelle inaugurée par le *ius commune* » (O. Beaud, « L'Europe entre droit commun et droit communautaire », *Droits* 1991, n° 14, p. 7) : la doctrine du *ius commune*, partisane de l'unification du droit sur le territoire du royaume, a indirectement incité le souverain à exercer son pouvoir – à reprendre à son compte le concept de droit commun.

¹¹¹⁵ J. Bouhier, *Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne*, in *Les Coutumes du Duché de Bourgogne*, t. 1, Dijon, Auge, 1742, chap. 1, p. 175, se référant à *De caeteris verò causis communi Lege vivant*.

¹¹¹⁶ 1) Avant cela, le roi reste relativement en retrait face à ces propositions doctrinales tendant à rapprocher les droits locaux (F. Olivier-Martin, *La coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*, Sirey, 1925, p. 14) – il peut cependant être soutenu que c'est indirectement le roi de France qui, par sa décision de créer en 1679 une chaire de droit français dans chaque université, cimente l'« école » du droit commun coutumier (J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 32).

2) Le mouvement n'est pas spécifiquement français. Il pourrait également, par exemple, être étudié du point de vue du droit espagnol (v. not., sur l'unification réalisée à partir du code des *Siete partidas* d'Alphonse X le Sage dès le XIII^e siècle, J. L. de los Mozos, « *El "derecho común" en la formación del derecho civil* », in *Estudios I. Serrano*, t. 1, Valladolid, 1965, p. 157 s., spéc. n° 5, p. 177 s. ; adde R. Pérez-Bustamante González, « *El derecho común y la formación de los juristas del imperio español. De los reyes católicos a los primeros austrias* », in *Le droit commun et l'Europe*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 157 s. ; pour le royaume de Navarre, J. Salcedo Izu, « *El derecho común y Navarra* », in *ibid.*, p. 227 s., spéc. p. 229, qui évoque, à partir du XIII^e siècle, « *la elaboración de un derecho "común" o territorial para todo el reino* » ; et, pour la Castille : F. Suárez Bilbao et J. M. Navalpotro y Sánchez Peinado, « *La consolidación del derecho común en Castilla. La obra legislativa de los reyes católicos* », in *ibid.*, p. 285 s.), du droit anglais (avec l'œuvre unificatrice de Guillaume le Conquérant qui impose, dès le XI^e siècle, un droit commun au royaume, la *common law* [v. *supra*, n° 201 s.]), du droit allemand (v. not. J. Limpens, « Les facteurs propices à l'éclosion et au développement d'un droit commun européen », in *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 75 s., spéc. n° 16, p. 84), ou du droit italien (J. Limpens, *ibid.*, spéc. n° 24, p. 88).

¹¹¹⁷ Rapp. du constat de P. Bourdieu, *Sur l'État*, Seuil, 2011, p. 156-157.

¹¹¹⁸ A. Rigaudière, *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, 3^e éd., Economica, 2006, p. 311, n° 3.

domaine, il se heurtait au pouvoir de seigneurs locaux, lesquels jouissaient d'une certaine « autonomie normative »¹¹¹⁹ : « le roi, affirme Beaumanoir, ne peut mettre ban en la terre d'un baron sans son assentiment »¹¹²⁰. Cette conception change peu à peu et l'autorité normative du roi de France s'étend progressivement. Les règles au domaine *ratione loci* indéfini sur le territoire français sont le résultat de ce processus : elles sont une conquête. L'existence du *droit commun de la France* est le fruit d'une longue sédimentation.

300. **Le caractère juridique.** Le roi dispose de ce qui fait défaut aux juristes pour imposer des règles de *droit commun de la France* : la faculté d'édicter des règles de droit, la puissance normative, liée à la souveraineté dont il est dépositaire. À partir du XVI^e siècle et de l'affirmation plus systématique de la souveraineté de l'État monarchique, il est en effet considéré que « l'unique droit positif du royaume, ce sont les normes voulues, acceptées et sanctionnées par le roi »¹¹²¹ ou, à tout le moins, tolérées par lui. Les légistes incitent alors le roi à légiférer, défendant la théorie de l'absolutisme normatif royal¹¹²² : Bodin théorise le concept de souveraineté de l'État et le défend¹¹²³ ; « Qui veut le roi, si veut la loi »¹¹²⁴, écrit Loisel au fronton de ses *Institutes coutumières* ; à la suite de certains juristes médiévaux, qui le tiraient de Justinien, il est admis que « ce qui plaît au prince a force de loi ». Le message est clair : le roi peut édicter des règles de droit et même, dans une certaine mesure, doit le faire.

301. **Le caractère commun.** Les règles qui émanent du roi de France sont en outre territorialement *communes* à tout le royaume. Dans les derniers siècles de l'Ancien Régime, le roi, représentant de l'État, dépositaire de la souveraineté, reconquiert un pouvoir centralisé, s'étendant à tout le territoire du royaume ; il peut imposer des règles dont le domaine d'application *ratione loci* est indéfini¹¹²⁵. C'est même pourquoi les sources du droit d'Ancien Régime communes à l'ensemble du royaume¹¹²⁶ proviennent du roi de France et de lui seul. Lui seul disposait de la compétence pour édicter un *droit commun de la France*, et non plus seulement un droit propre à chaque province¹¹²⁷.

¹¹¹⁹ A. Rigaudière, *op. cit.*, p. 312.

¹¹²⁰ Cité par A. Rigaudière, *op. et loc. cit.*

¹¹²¹ J.-L. Thireau, « Le comparatisme et la naissance du droit français », *RHFDJSJ* 1990, n° 10-11, p. 153 s., spéc. p. 165. V. aussi p. 164 : « on en arrive à considérer que le droit positif ne peut être que d'origine étatique ; que, dans chaque pays, il ne peut émaner que du souverain légitime et doit donc présenter un caractère strictement national. En France, il provient exclusivement du roi ».

¹¹²² Du Moulin et Charondas Le Caron furent parmi les plus fervents. V. par ex. M. Foisil, « La loi et le monarque absolu », in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, t. 1, Florence, Olschki, 1977, p. 221 s., not. p. 231 ; G. Leyte, « Charondas et le droit français », *Droits* 2004, n° 39, p. 17 s. ; J.-L. Thireau, *Charles Du Moulin (1500-1566)*, Genève, Droz, 1980, p. 213 s. Les auteurs soutiennent parfois que le roi est *supra jus positivum*.

¹¹²³ V. *supra*, n° 42. Sur Jean Bodin et sa théorie de la souveraineté, v. O. Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, Léviathan, 1994, première partie, p. 26 s.

¹¹²⁴ A. Loisel, *Institutes coutumières* (1607), t. 1, 2^e éd., Nyon, 1783, p. 1.

¹¹²⁵ L'essentiel étant que les règles s'appliquent sur tout le territoire du royaume, peu important l'état de celui-ci et ses variations spatiales au gré des pertes et gains de terres.

¹¹²⁶ J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 27.

¹¹²⁷ V. A. Lefebvre-Teillard, « Les différents facteurs d'unification dans l'ancien droit », in *1804-2004, Le Code civil*, 2004, p. 77 s., spéc. p. 83 : les juristes favorables à l'unification étaient « bien conscients qu'une telle unification ne pouvait être que le fruit d'une intervention législative », de la « toute puissance législative du roi ». V. aussi L. Charondas Le Caron, *Pandectes ou Digestes du Droit François*, Richer, 1637, livre I, chap. 25, p. 169 et 171.

302. **Du roi de France aux pouvoirs publics de la Cinquième République : le droit commun de la France.** Lorsque la théorie de l'absolutisme normatif royal est combinée avec celle de la nécessité d'un *droit commun de la France*, il en résulte que pour les institutions qu'il régleme, le dépositaire de la souveraineté est la source potentielle d'un droit commun territorial. Si le point de savoir si les lois du souverain sont le *droit commun de la France* a pu apparaître discuté, il pourrait ainsi s'agir *a posteriori* d'une controverse de simples mots : elles sont bien – du moins pour celles qui sont revêtues d'un domaine *ratione loci* indéfini – un ensemble de *règles juridiques* dont le champ d'application *ratione loci* s'étend à *tout le territoire de la France*¹¹²⁸. Les formules classiques apposées dans les ordonnances ne laissent déjà plus de place au doute. Par exemple, l'article 47 de l'ordonnance de février 1731 sur les donations dispose : « Voulons [...] que la présente Ordonnance soit gardée et observée dans tout notre Royaume, Terres et Pays de notre obéissance ». C'est du *droit commun de la France*. Dans son *Discours préliminaire au premier projet de Code civil* (1801), Portalis se livrera au même constat¹¹²⁹. Il en sera de même, par la suite, et jusqu'aux règles contemporaines édictées par les pouvoirs et autorités centralisés institués par la Constitution du 4 octobre 1958.

303. **Plan.** Le *droit commun de la France* s'est imposé en deux temps. Le droit commun territorial provenant des lois du roi demeure imparfait, quelle que soit l'institution étudiée (Chapitre I). Le droit commun territorial post-révolutionnaire, dans la continuité duquel s'inscrit le droit commun territorial actuel, est en revanche une réussite complète, qui demeure à ce jour (Chapitre II).

¹¹²⁸ Ferrière rapporte qu'à la question de savoir si les ordonnances royales forment le droit commun de la France, Du Moulin dit, sans toutefois s'en expliquer davantage, « que ceux qui n'ont pas une connaissance parfaite du Droit François, estiment que les Ordonnances sont le Droit commun de la France ; mais qu'ils se trompent fort, les Ordonnances quoique générales pour tout le Royaume, ne sont point le Droit commun ». Mais Ferrière répond : « je ne trouve pas que Du Moulin ait raison [...] ; car cette question n'est qu'une question de nom, étant certain que les Ordonnances forment un droit général de toute la France, qui obligent les sujets » (*Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*, Thierry et Besoigne, t. 1, 1692, p. X). Bouhier fait preuve de la même sévérité en relevant que, dans cette opinion, Du Moulin s'est « trompé, en refusant la même qualité de Droit Commun [...] aux Ordonnances générales du Royaume » (*Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne*, in *Les Coutumes du Duché de Bourgogne*, t. 1, Dijon, Auge, 1742, chap. 1, p. 175).

¹¹²⁹ Il relève en effet que, si le territoire était divisé quant au droit applicable, « il y avait quelques ordonnances royales communes » à toute la France (J.-É.-M. Portalis, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Confluences, 1999, p. 27).

Chapitre I – La fondation

304. **Avant 1789 : la réussite relative du droit commun territorial par les lois du roi.** Charondas commente : « les particularités des pays, qui ont introduit les diversités de coutumes ne permettent qu'en tous articles ils soient rangez sous une même loy ; toutefois elles ne peuvent empescher que le Roy qui est souverain en son Royaume ne face et ordonne pour l'universel d'iceluy, un droit commun »¹¹³⁰. À l'instar de Charondas, les légistes intègrent que seules les *lois du roi* sont techniquement à même de réaliser le *droit commun de la France* : ce dernier, pour n'être pas seulement un mot, doit être édicté par un pouvoir central et souverain.

305. **Plan.** Le roi fait usage de sa compétence pour édicter un *droit commun de la France* dans les derniers siècles de l'Ancien Régime. Il en impose les premières règles pour un certain nombre d'institutions (Section I). Ces règles restent néanmoins techniquement imparfaites, en raison notamment de leur relative rareté et des réticences des parlements¹¹³¹ chargés de les appliquer localement (Section II).

Section I – L'édition par le roi de règles de droit commun territorial

306. **Le principe d'applicabilité des lois du roi à tout le territoire du royaume.** Les « lois du roi » ont vocation à s'appliquer sur tout le territoire de la France ; en cela, les règles qu'elles posent constituent du *droit commun de la France*. C'est surtout à partir du XVI^e siècle que le roi parvient à édicter un véritable *droit commun de la France*. À cette époque en effet, les « lois du roi [...] sont reçues et appliquées sans distinction dans tout le royaume »¹¹³² : elles y sont territorialement *communes*. Pour de nombreuses institutions, les ordonnances et édits royaux furent la source de nombreuses règles de *droit commun de la France*¹¹³³. Les formules utilisées dans les édits et les ordonnances attestent que la royauté en est consciente.

307. **Les techniques d'applicabilité des lois du roi à tout le territoire.** Une mention explicite de cette propriété figure parfois dans les textes. L'article 1^{er} du titre I^{er} (« De l'observation des ordonnances ») de l'ordonnance civile de 1667 en est caractéristique. Il dispose : « Voulons que la présente ordonnance, et celles que nous ferons ci-après, ensemble les édits et déclarations que nous pourrons faire à l'avenir, soient gardées et observées par toutes nos cours de parlement, grand-conseil, chambres des comptes, cours des aides, et autres nos cours, juges,

¹¹³⁰ L. Charondas Le Caron, *Pandectes ou Digestes du Droit François*, Richer, 1637, livre I, chap. 25, p. 171.

¹¹³¹ Adde, sur la relative méconnaissance par les notaires d'ancien droit de la législation royale, N. Laurent-Bonne, *Les donations entre époux - Doctrine, coutumes et législation (XII^e-XVII^e siècle)*, thèse Paris II, 2012, *passim*.

¹¹³² F. Olivier-Martin, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, rééd. 1995, CNRS éditions, n° 268, p. 345. Sur « l'application territoriale des lois du roi », v. aussi, du même auteur, *Les lois du roi*, LGDJ, « Reprint », 1997, chap. 2, « le domaine des lois du roi », spéc. p. 108-109. V. aussi Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, 4^e éd., Defrénois, 2012, n° 88.

¹¹³³ Rappr. Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, 14^e éd., Litec, 2013, n° 237 : « lorsque la monarchie se fut suffisamment affirmée pour pouvoir imposer sa loi à l'ensemble du pays, les ordonnances royales furent un puissant facteur d'unification dans les domaines où elles intervinrent ».

magistrats, officiers, tant de nous que des Seigneurs, et par tous nos autres sujets, même dans les officialités ». Derrière cette énumération, c'est tout le territoire du royaume qui est visé. D'autres ordonnances sont parfois encore plus explicites¹¹³⁴. Et si, à d'autres reprises, aucune mention explicite de l'applicabilité sur tout le territoire du royaume n'existe, cette dernière n'en est pas moins certaine : nul besoin que la mention y figure expressément. En effet, d'une part, pour toutes les lois du roi et en raison de la compétence de l'autorité qui les édicte, le principe est l'applicabilité à tout le territoire du royaume : sauf mention d'une applicabilité locale, les règles édictées par le roi jouiraient d'un domaine d'application territorial indéfini. D'autre part et en outre, pour les lois du roi postérieures à l'ordonnance de 1667 et qui ne contiennent aucune indication sur leur applicabilité territoriale, la lettre de l'article 1^{er} du titre I^{er} précité est explicite : probablement le roi n'entend-il pas limiter cette règle à la seule ordonnance civile ; par cet article, le roi poserait le principe selon lequel, sauf indication contraire, l'application de tous les actes postérieurs qui émaneront de lui s'étendra au royaume entier.

308. **Plan.** Peu à peu, le droit royal intègre des institutions du droit privé qui, parce qu'elles participent de la vie quotidienne des sujets, constituent le terreau de l'unification juridique et sociale¹¹³⁵. Quelques exemples peuvent être développés pour les successions et libéralités (§ I), les sûretés (§ II), les incapacités (§ III) et la prescription (§ IV).

§ I – Successions et libéralités

309. **Le droit commun de la France des successions et libéralités.** Pour les successions et libéralités, de nombreux textes royaux furent source, dès le XVI^e siècle, d'un *droit commun de la France*, visant tout le territoire du royaume. Par exemple, l'article 57 de l'ordonnance de Moulins de février 1566, après avoir rappelé la limitation des substitutions fidéicommissaires à quatre degrés posée par l'ordonnance d'Orléans, impose leur insinuation (« Ordonnons aussi, que d'oresnavant toutes dispositions entre-vifs, ou de dernière volonté, contenans substitution, seront pour le regard d'icelles substitutions publiées [...] et enregistrées ») et une formule identique à celle contenue dans l'ordonnance de 1667 rend cette règle applicable sur tout le territoire du royaume. Particulièrement caractéristique est aussi l'édit de Saint-Maur – dit édit des mères – pris par Charles IX en mai 1567, qui étend à tout le royaume la règle *paterna paternis*, initialement limitée aux coutumes du Nord. Cet édit est dépourvu d'ambiguïté quant à son domaine d'application territorial : « Voulons et nous plaît que, d'oresnavant, telle observance et manière de succéder n'ait lieu et ne soit suivie ni pratiquée en aucun endroit de notre Royaume »¹¹³⁶. De

¹¹³⁴ V. les exemples plus spécifiques cités *infra*, not. le très caractéristique article 47 de l'ordonnance de février 1731 sur les donations : « Voulons [...] que la présente Ordonnance soit gardée et observée dans tout notre Roïaume, Terres et Pais de notre obéissance ».

¹¹³⁵ Olivier-Martin notait que ces ordonnances « ont abouti à l'unification de certaines matières très pratiques » sur le territoire français (*Histoire du droit français des origines à la Révolution*, rééd. 1995, CNRS éditions, n° 274, p. 355) – v. par ex. les ordonnances de Colbert sur le commerce ou celles de Daguesseau sur le droit patrimonial de la famille (v. juste *infra*).

¹¹³⁶ « Voulons et nous plaît que, d'oresnavant, telle observance et manière de succéder n'ait lieu et ne soit suivie ni pratiquée en aucun endroit de notre Royaume [...]. Voulons et nous plaît que les mères d'oresnavant ne succèdent à leurs enfants, et que les biens desdits enfants, provenus du père, de l'aïeul, d'oncles, collatéraux ou autres, de quelque endroit que ce soit, du côté paternel, retourneront à ceux à qui ils doivent retourner, sans que lesdites mères y

même, un édit de 1581 tend à généraliser l'institution du retrait lignager à toute la France¹¹³⁷. Au XVIII^e siècle, sous le règne de Louis XV, d'autres ordonnances suivent. Ainsi, l'ordonnance de février 1731, entièrement dédiée aux donations, entend remédier à la diversité des droits locaux¹¹³⁸ en imposant un *droit commun de la France* en la matière : c'est son but premier. Les propos liminaires, qui indiquent que l'ordonnance recherche l'« uniformité parfaite » sur tout le territoire du royaume, sont clairs à cet égard¹¹³⁹, et son article 47 ajoute : « Voulons au surplus que la présente ordonnance soit gardée et observée dans tout notre royaume, terres et païs de notre obéissance ». Une ordonnance d'août 1747 impose un *droit commun de la France* en matière de substitutions fidéicommissaires¹¹⁴⁰. Il est vrai que le bilan est plus mitigé avec l'ordonnance d'août 1735 sur les testaments, qui ne parvint pas véritablement à imposer un *droit commun de la France* en la matière, car elle tint compte, par son article 79, de la spécificité des droits locaux¹¹⁴¹ ; même dans cette ordonnance cependant, quelques règles sont déjà communes à toute la France, telle l'interdiction du testament oral¹¹⁴².

§ II – Sûretés

310. **Le droit commun de la France des sûretés.** Les sûretés n'échappent pas au mouvement. Par exemple, l'article 53 de l'ordonnance de Moulins de février 1566 régleme l'hypothèque judiciaire (avant elle, l'ordonnance de Villers-Cotterêts, prise en 1539, avait ouvert la voie)¹¹⁴³. L'article 148 de l'ordonnance de Moulins du 26 janvier 1629 est relatif à la rédaction d'un écrit pour le nantissement. Un article de la grande ordonnance sur la marine d'août 1681 régleme en outre les hypothèques et privilèges de celui qui prête à la grosse aventure¹¹⁴⁴ et une ordonnance édictée en juin 1771 régleme l'hypothèque. Et si l'hypothèque tient une place de

puissent succéder » (extrait cité par E. Caillemer, « Des résistances que les Parlements opposèrent, à la fin du XVI^e siècle, à quelques essais d'unification du droit civil », *Livre du centenaire du Code civil*, t. 2, 1904, p. 1075 s., spéc. p. 1091). Adde E. Meynal, « Remarques sur le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'œuvre d'unification du droit en France, depuis la rédaction des Coutumes jusqu'à la Révolution, en particulier dans la succession aux propres », in *Congrès international de droit comparé - Procès-verbaux des séances et documents*, t. 1, LGDJ, 1905, p. 269 s., spéc. p. 308. Cet édit ne concernait que la règle *paterna paternis*, et non point son corollaire, la règle *materna maternis* (E. Caillemer, art. préc., p. 1089).

¹¹³⁷ Sur ces textes, v. J.-L. Thireau, *Introduction historique au droit*, 3^e éd., Flammarion, 2009, p. 256.

¹¹³⁸ J. Gaudemet, « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e) », in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, t. 1, Florence, Olschki, 1977, p. 157 s., spéc. p. 163-164 ; H. Regnault, *Les ordonnances civiles du chancelier Daguesseau - Les donations et l'ordonnance de 1731*, Sirey, 1929, p. 78 : elle se rattache « uniquement à la pensée de faire cesser la diversité de la jurisprudence suivie par les tribunaux ».

¹¹³⁹ Il est également indiqué que son but est que les plaideurs « sachent au moins que dans tous les tribunaux ils trouveront une justice toujours semblable à elle-même, par l'observation constante des mêmes règles », et que la raison pour laquelle elle intervient est « une diversité de jurisprudence, qui produit de si grands inconvénients ».

¹¹⁴⁰ Rapp. J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 932, qui enseignent que l'ordonnance eut le mérite « d'unifier la législation ».

¹¹⁴¹ J. Gaudemet, « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e) », in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, t. 1, Florence, Olschki, 1977, p. 157 s., spéc. p. 164, et p. 188 ; H. Regnault, *Les ordonnances civiles du chancelier Daguesseau - Les donations et l'ordonnance de 1731*, Sirey, 1929, p. 50. Sur ce point, les *arrêtés* de Guillaume de Lamoignon proposaient d'aller plus loin dans le *droit commun de la France*, en imposant partout en France une même quotité disponible pour les enfants (partie 4, titre 50, art. 1^{er}).

¹¹⁴² J.-L. Thireau, *Introduction historique au droit*, 3^e éd., Flammarion, 2009, p. 263.

¹¹⁴³ J.-Ph. Lévy, « Coup d'œil historique d'ensemble sur les sûretés réelles », in *Diachroniques*, Loysel, 1995, p. 169 s., spéc. p. 182.

¹¹⁴⁴ Article 8 du titre V du livre III de l'ordonnance de la marine d'août 1681.

choix dans la réglementation royale, le *droit commun de la France* qui en ressort n'est pas limité à cette seule sûreté reine : par exemple, l'ordonnance civile d'avril 1667, en son titre XXVIII, réglemente les « réceptions de caution » par les juridictions. Les ordonnances royales tâchent ainsi d'imposer un véritable *droit commun de la France* pour ces sûretés.

§ III – Incapacités

311. **Le *droit commun de la France* des incapacités.** Le droit commun territorial royal touche aussi les incapacités, ou « interdits ». Ainsi, l'article 3 du titre XXXIV de l'ordonnance civile d'avril 1667 réglemente la contrainte par corps des tuteurs et curateurs : « Pourront aussi les tuteurs et curateurs estre contraints par corps après les quatre mois pour les sommes par eux deues à cause de leur administration, lorsqu'il y aura sentence, jugement ou arrêt définitif, et que la somme sera liquide et certaine » ; par l'effet de l'article 1^{er} du titre I^{er} de la même ordonnance, la règle est applicable sur tout le territoire du royaume. L'article 8 du titre II de la même ordonnance de 1667, lui aussi applicable à tout le territoire pour la même raison, dispose que « Ceux qui seront condamnez au bannissement et aux galeres à temps, et les absens pour faillite, voyage de long cours, ou hors du royaume, seront assignez à leur dernier domicile, sans qu'il soit besoin de procès-verbal de perquisition, ni de leur créer un curateur, dont nous abrogeons l'usage ». L'ordonnance de Louis XIV pour le commerce de terre d'août 1673 contient aussi des dispositions en ce sens : notamment, l'article 6 du titre I^{er} dispose que « Tous Negocians et Marchands en gros ou en détail, comme aussi les Banquiers, seront reputez majeurs pour le fait de leur Commerce et Banque, sans qu'ils puissent estre restituez sous pretexte de minorité ».

§ IV – Prescription

312. **Le *droit commun de la France* de la prescription.** Pour la prescription, l'article 46 d'une ordonnance prise par Louis XII en juin 1510¹¹⁴⁵ est déjà caractéristique de la volonté royale d'imposer un *droit commun de la France* : il dispose que « toutes rescisions de contrats distraits ou d'autres actes quelconques fondées sur dol, fraude, circonvention, crainte, violence ou déception d'outre-moitié de juste prix, se prescriront d'oresnavant tant en nos païs coustumiers que de droit escrit, par le laps de dix ans continuels, à compter du jour que lesdits contrats distraits ou autres actes auront esté faits, et que la cause de crainte, violence ou autre cause légitime, empeschant de droit ou de fait la poursuite desdites rescisions, cessera nonobstant statuts, coutumes ou usances quelconques à ce contraire, ausquelles, quant à ce, nous avons

¹¹⁴⁵ Dont le nom exact est « Ordonnance pour l'exécution des conciles de Bâle et de Constance et de la pragmatique sanction sur les collations de bénéfices, les mandats apostoliques, et règlement pour l'administration de la justice » et dont le texte est reproduit dans les *Ordonnances des rois de France de la troisième race*, par J.-M. Pardessus, Imprimerie nationale, vol. 21, 1849, p. 420 s. Cette ordonnance ne semble pas constituer la première « loi du roi » à concerner la prescription. Ainsi et par exemple, des actes de 1359 et 1391 établissent une prescription de quarante ans pour suppléer des titres perdus (citées dans les tables des *Ordonnances des rois de France de la troisième race*, par J.-M. Pardessus) ; v. aussi l'ordonnance de 1319 qui prévoit en son article 32 que la prescription des biens domaniaux, en l'absence de titre, ne peut porter atteinte aux particuliers (*Ord.*, I, p. 694, cité par G. Leyte, « Prescriptibilité et imprescriptibilité dans l'ancien droit public français », *Droits* 2000, n° 31, p. 3 s., spéc. p. 9).

dérégé et dérogeons de nostre certaine science, pleine puissance et autorité royale »¹¹⁴⁶. L'article le précise lui-même, le domaine *ratione loci* de la règle s'étend à tout le royaume – « tant en nos païs coutumiers que de droit escrit »¹¹⁴⁷. Quatre articles du titre I^{er} de l'ordonnance pour le commerce de mars 1673¹¹⁴⁸ établissent la prescription applicable aux marchands et artisans (point de départ, durée, cours, possibilité de déférer le serment) ; Pothier écrit de cette ordonnance qu'elle est, sur la prescription applicable aux marchands et artisans, « la loi générale du Royaume »¹¹⁴⁹. Quant à l'ordonnance pour la marine d'août 1681, elle consacre un titre entier à la prescription – le titre XII du livre I. Elle serait la source la plus aboutie d'un droit commun territorial de la prescription en France – certes *matériellement* limité au droit maritime – avant les codifications du XIX^e siècle. Même s'il n'existe pas de mention expresse prévoyant l'applicabilité de ces règles à tout le royaume, en raison de leur source, les règles posées valent pour toute la France – ainsi que déjà noté, nul besoin de mention expresse en ce sens, le renvoi à l'article 1^{er} du titre I^{er} de l'ordonnance de 1667 dissipant par ailleurs les hésitations¹¹⁵⁰. Le *droit commun de la France* édicté par le roi n'en reste pas moins techniquement imparfait.

Section II – L'imperfection technique des règles de droit commun territorial

313. **Plan.** Les règles de *droit commun de la France* édictées par le roi restent techniquement imparfaites. Cette imperfection est liée à deux circonstances : d'abord, ces règles, peu nombreuses, ne concernent que des points de droit limités ; ensuite, leur application uniforme sur le territoire français est perturbée par la résistance des parlements.

314. **Absence de caractère systématique du *droit commun de la France*.** À la fin de l'Ancien Régime, le roi n'a pas exercé toute l'étendue de son pouvoir pour imposer un *droit commun de la France*, ce qui tient autant aux hésitations de la monarchie centralisée qu'aux résistances locales et provinciales¹¹⁵¹. À la veille de la Révolution, le droit commun territorial reste modeste. Pour les institutions relevant principalement du droit privé, les interventions du roi sont

¹¹⁴⁶ Cet article a inspiré le contenu de l'article 1304 du code civil (v. Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, 4^e éd., Defrénois, 2012, n° 90) qui, depuis, a tout de même été modifié sur certains points – à commencer par le délai, aujourd'hui quinquennal.

¹¹⁴⁷ Il est, en outre, fait peu de cas des règles locales : « nonobstant statuts, coutumes ou usances quelconques ». D'autres articles de cette ordonnance ont trait à la prescription. V. not. J. Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Bailly, rééd. 1777, p. 302, citant l'article 67.

¹¹⁴⁸ Dont le titre exact est : « Édit du roi servant de règlement pour le commerce des négociants et marchands tant en gros qu'en détail ».

¹¹⁴⁹ R.-J. Pothier, *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, t. 2, Paris, Debure et Orléans, Rouzeau-Montaut, 1764, n° 673, p. 290.

¹¹⁵⁰ D'autres illustrations pourraient être développées. D'abord, les règles ne se retrouvent pas uniquement dans les ordonnances les plus connues. Dunod de Charnage rapporte qu'il existe une ordonnance dans le royaume qui décide que « celui qui a joui publiquement et paisiblement d'un Office pendant cinq ans, ne peut plus en être dépossédé par un autre, qui prétendrait que cet Office lui appartient » (F.-I. Dunod de Charnage, *Traité des prescriptions*, Briasson, 1765, p. 161). Ensuite, les règles de prescription ne se retrouvent pas uniquement dans les ordonnances ; par exemple, quelques édits prévoient des règles de prescription (pour la différence entre les ordonnances et les édits, v. F. Olivier-Martin, *Les lois du roi*, préc.), notamment l'édit de Louis XIV portant règlement général sur les duels, pris en août 1679 : il prévoit, en son article 35, l'imprescriptibilité du crime de duel (« Le crime de duel ne pourra être éteint [...] par aucune prescription de vingt et de trente ans, ni aucune autre »).

¹¹⁵¹ J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 45.

en fin de compte assez peu nombreuses et parcellaires ; la régulation de ces institutions continue de relever majoritairement des droits locaux¹¹⁵². Exceptées les donations ou les substitutions fidéicommissaires, pour lesquelles la réglementation est plus développée – mais non pas exhaustive pour autant¹¹⁵³ –, les règles royales ne concernent que des points de droit restreints : par exemple, l'ordonnance de 1667 concerne notamment les cautions, mais ne réglemente que la procédure de *réception* de caution ; de même, elle n'unifie pas tout le droit des incapacités, mais se limite à la seule *contrainte par corps* qui peut être imposée aux tuteurs et curateurs. Du *code Henri III*, confié à Brisson, aux projets du chancelier Daguesseau au XVIII^e siècle, en passant par le *code Michau* (du nom du chancelier Michel de Marillac) en 1629 ou par les tentatives de Colbert et de Lamoignon au milieu du XVII^e siècle, les projets de réglementation plus générale existent, mais n'aboutissent pas à du droit positif¹¹⁵⁴. En d'autres termes, cette ébauche de droit commun territorial touchant un grand nombre d'institutions ne parvient pas à revêtir un caractère *systématique* : pour la grande majorité des institutions, la réglementation qui relève du *droit commun de la France* n'est que ponctuelle, « fragmentaire »¹¹⁵⁵. La législation royale ne concerne jamais que certains points de droit particuliers, même si ceux-ci n'ont de cesse de s'étendre durant les deux derniers siècles de l'Ancien Régime¹¹⁵⁶.

315. Résistances locales au *droit commun de la France* et échec des remèdes.

Deux circonstances s'opposent en outre, dans les faits, à une véritable application géographiquement uniforme des règles de *droit commun de la France* édictées par le pouvoir royal. D'abord, comment éviter qu'une fois édictées ces règles de *droit commun de la France*, la diversité ne revienne au stade de leur application locale ? En d'autres termes, comment éviter que le droit commun territorial, commun à toute la France dans sa formulation, ne se particularise au stade de son application ? L'ordonnance civile de 1667 tente de couper court à cette difficulté : d'abord, elle prévoit, par l'article 8 de son titre I^{er}, la nullité des jugements contraires aux ordonnances royales ; ensuite, elle réserve l'interprétation de ces dernières au roi¹¹⁵⁷. En pratique, cette

¹¹⁵² V. not. F. Olivier-Martin, *Les lois du roi*, LGDJ reprint, 1997 ; v. aussi J.-M. Carbasse, « Le roi législateur », *Droits* 2003, n° 38, p. 3 s.

¹¹⁵³ V. not. H. Regnault, *Les ordonnances civiles du chancelier Daguesseau - Les donations et l'ordonnance de 1731*, Sirey, 1929, p. 90 s. ; v. aussi p. 58, où l'auteur relève que Daguesseau « donne des ordonnances particulières au lieu de publier un corps complet de lois ».

¹¹⁵⁴ Sur ces projets, v. not. J. Gaudemet, « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e) », in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, t. 1, Florence, Olschki, 1977, p. 157 s., spéc. p. 162 s. ; J.-L. Gazzaniga, « Le code avant le code », in *La codification*, dir. B. Beignier, 1996, p. 21 s., spéc. p. 24 s. Plus spécifiquement, sur les *arrêtés* de Lamoignon, v. J.-L. Thireau, « L'avènement de la comparaison des droits en France », in *Comparer les droits, résolument*, dir. P. Legrand, PUF, 2009, p. 597 s., spéc. p. 618 ; et, du même auteur, « Les *Arrêtés* de Guillaume de Lamoignon : une œuvre de codification du droit français ? », *Droits* 2004, n° 39, p. 53 s., spéc. p. 62.

¹¹⁵⁵ H. Regnault, *Les ordonnances civiles du chancelier Daguesseau - Les donations et l'ordonnance de 1731*, Sirey, 1929, p. 72.

¹¹⁵⁶ J. Gaudemet, « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e) », in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, t. 1, Florence, Olschki, 1977, p. 157 s., spéc. p. 161 s. Rapp., pour la prescription, de l'affirmation de Baudry-Lacantinerie et Tissier : « la législation sur la prescription se compliqua des *règles spéciales* établies par les ordonnances royales » (*De la prescription*, Larose, 1895, n° 18 – nous ajoutons les italiques) – sous-entendu, règles spéciales *matérielles*, quoique relevant du droit commun territorial.

¹¹⁵⁷ Le texte mérite d'être reproduit (titre I, article 7) : « Si dans les jugements des procès qui seront pendants en nos cours de parlement, et autres nos cours, il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de quelques articles de nos ordonnances, édits, déclarations et lettres-patentes, nous leur défendons de les interpréter ; mais voulons qu'en ce cas elles ayent à se retirer pardevers nous pour apprendre ce qui sera de notre intention ».

consigne serait pourtant restée lettre morte¹¹⁵⁸, et même s'il est difficile d'identifier des divergences effectives dans l'interprétation de ces textes en fonction des localités (dans la mesure où les arrêts des parlements n'étaient soumis à aucune obligation de motivation), leur existence ne peut à tout le moins être totalement exclue. Ensuite, la résistance des parlements empêche parfois, le plus souvent provisoirement à travers des remontrances, l'application de la législation royale à tout le territoire¹¹⁵⁹ : par exemple, certains parlements méridionaux s'opposent à l'application de la règle successorale *paterna paternis*, imposée partout en France par l'édit de Saint-Maur de 1567¹¹⁶⁰. L'édit d'août 1606 supprimant l'incapacité dite « velléienne »¹¹⁶¹ – qui concernait les femmes – ou l'ordonnance de 1747 sur les substitutions¹¹⁶² subissent le même sort. Pour les sûretés, certaines interventions royales constituent également un échec du fait de l'hostilité des parlements chargés de les enregistrer¹¹⁶³. De la même manière, l'article 142 d'une ordonnance de 1629 avait fixé à dix ans la prescription extinctive applicable aux loyers, mais il n'était pas suivi¹¹⁶⁴ ; trois articles de l'ordonnance de 1667 sur la procédure civile posaient des prescriptions brèves, mais l'ordonnance ne réussit pas « à s'imposer comme loi générale sur ce point »¹¹⁶⁵. Quant à l'idée d'instituer, en 1788, une Cour plénière chargée de l'enregistrement des lois du roi en lieu et place des parlements, « motivée par le désir d'assurer l'uniformité de la législation dans tout le royaume »¹¹⁶⁶, elle sera tardive et avortée du fait des résistances des parlements¹¹⁶⁷.

¹¹⁵⁸ J. Gaudemet, « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e) », in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, t. 1, Florence, Olschki, 1977, p. 157 s., spéc. p. 163.

¹¹⁵⁹ Not. J. Gaudemet, « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e) », in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, t. 1, Florence, Olschki, 1977, p. 157 s., spéc. p. 160 et p. 191 ; E. Caillemer, « Des résistances que les Parlements opposèrent, à la fin du XVI^e siècle, à quelques essais d'unification du droit civil », *Livre du centenaire du Code civil*, t. 2, 1904, p. 1075 s.

¹¹⁶⁰ V. E. Caillemer, « Des résistances que les Parlements opposèrent, à la fin du XVI^e siècle, à quelques essais d'unification du droit civil », *Livre du centenaire du Code civil*, t. 2, 1904, p. 1075 s., spéc. p. 1089 s. ; E. Meynal, « Remarques sur le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'œuvre d'unification du droit en France, depuis la rédaction des Coutumes jusqu'à la Révolution, en particulier dans la succession aux propres », in *Congrès international de droit comparé - Procès-verbaux des séances et documents*, t. 1, LGDJ, 1905, p. 269 s., spéc. p. 308-309 ; J. Bart, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, 2^e éd., Montchrestien, 2009, p. 325-326). L'édit fut révoqué en 1729.

¹¹⁶¹ E. Caillemer, « Des résistances que les Parlements opposèrent, à la fin du XVI^e siècle, à quelques essais d'unification du droit civil », *Livre du centenaire du Code civil*, t. 2, 1904, p. 1075 s., spéc. p. 1106.

¹¹⁶² V. not. J.-L. Gazzaniga, « Le code avant le code », in *La codification*, dir. B. Beignier, 1996, p. 21 s., spéc. p. 29, et J.-M. Augustin, *Les substitutions fidéicommissaires à Toulouse et en Haut-Languedoc au XVIII^e siècle : famille et société*, PUF, 1980.

¹¹⁶³ V. les ordonnances et édits relatifs à la publicité en matière hypothécaire (1553, 1581, 1673, 1771, etc.), qui furent rapportés au bout de très peu de temps (J.-Ph. Lévy, « Coup d'œil historique d'ensemble sur les sûretés réelles », in *Diachroniques*, Loysel, 1995, p. 169 s., spéc. p. 202). Peut encore être mentionné l'échec relatif de l'édit de Henri IV en 1606, par lequel la règle selon laquelle une femme ne pouvait s'engager comme caution, issue du sénatus-consulte velléien, était totalement rejetée : il ne fut point enregistré partout (sur cet échec et la « diversité de jurisprudence » qui en résulte, v. not. R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, t. 1, in *Œuvres*, t. 1, Thomine et Fortic, 1821, n° 387).

¹¹⁶⁴ Notamment, « le Châtelet se déterminait d'après les circonstances » (F. Olivier-Martin, *Histoire de la coutume de la prévôté et de la vicomté de Paris*, t. 2, fasc. 2, 1929, Leroux, p. 578, citant F. Bourjon, II, p. 571, n° 46 s.).

¹¹⁶⁵ F. Olivier-Martin, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, t. 2, fasc. 2, 1929, Leroux, p. 577.

¹¹⁶⁶ J.-L. Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, LGDJ, 1987, p. 39. L'auteur rapporte également que, lors du lit de justice du 8 mai 1788, Louis XVI avait déclaré : « Il faut à un grand État un seul Roi, une seule loi, un seul enregistrement... une Cour unique, dépositaire des lois communes à tout le royaume et chargée de leur enregistrement ».

¹¹⁶⁷ J.-L. Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, LGDJ, 1987, p. 39-40.

316. **Conclusion de chapitre.** Au cours des derniers siècles de l'Ancien Régime, le roi commence à imposer, pour de nombreuses institutions, un *droit commun de la France*. Ce dernier est pourtant encore affublé de quelques imperfections, tenant à son absence de caractère systématique et à son absence d'application uniforme du fait des résistances locales. Peut-être par excès de prudence, la monarchie et les juristes ne conçoivent-ils encore l'unité du droit sur le territoire de la France que comme « un vieux rêve, dont on parlait depuis si longtemps sans trop y croire »¹¹⁶⁸. À la veille de la Révolution, le *droit commun de la France*, embryonnaire, a encore des adversaires éminents – tel Montesquieu¹¹⁶⁹ – et reste parfois envisagé avec scepticisme¹¹⁷⁰. L'important était pourtant d'initier le mouvement et, même si elle échoue sous l'Ancien Régime, l'idée d'un « code unique des lois du royaume »¹¹⁷¹, droit commun à tout le territoire de la France pour un grand nombre d'institutions, a germé. Le terrain est préparé pour le droit post-révolutionnaire, qui consolidera le droit commun territorial et contribuera à en effacer les imperfections.

¹¹⁶⁸ J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 49.

¹¹⁶⁹ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre XXIX, chap. XVIII : « Il y a de certaines idées d'uniformité qui saisissent quelquefois les grands esprits tel Charlemagne, et qui frappent infailliblement les petits. Ils y trouvent un genre de perfection qu'ils reconnaissent parce qu'il est impossible de ne pas le découvrir : [...] les mêmes lois dans l'État ».

¹¹⁷⁰ Rapp. X. Martin, *Mythologie du Code Napoléon - Aux soubassements de la France moderne*, DMM, 2003, chap. IV, p. 95 s. : « durant les années 1780, certain scepticisme n'était pas sans avoir en fait gagné la doctrine française sur ce thème de l'unification ».

¹¹⁷¹ P. Ourliac et J.-L. Gazzaniga, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Albin Michel, 1985, p. 167.

Chapitre II – La consolidation

317. **Depuis 1789 : la réussite absolue du droit commun territorial par les lois et les tribunaux de cassation.** Le droit commun territorial, depuis l'unification territoriale du droit français, est paradoxalement plus rarement mentionné que sous l'Ancien Régime. C'est pourtant depuis lors qu'il atteint sa perfection. Il est ainsi contestable d'affirmer, avec certains auteurs¹¹⁷², qu'il aurait disparu à compter de la Révolution, soit à compter de son apogée. Par exemple, les professeurs Ghestin, Goubeaux et Fabre-Magnan, relèvent que « la loi française s'applique normalement à l'ensemble du territoire français »¹¹⁷³ et rappellent « l'unité de législation sur le territoire national »¹¹⁷⁴ ; Olivier-Martin, quant à lui, notait que la loi contemporaine, pour de nombreuses institutions, s'étend « tout naturellement à tout le territoire de l'État »¹¹⁷⁵. Par-delà les mots, ces expressions renverraient à une même idée, innommée, sous-jacente : celle de la permanence du droit commun territorial¹¹⁷⁶.

318. **Plan : le droit commun territorial, plus solide que jamais.** Le droit commun territorial s'est définitivement imposé, quelle que soit l'institution concernée, avec la période révolutionnaire, et continue d'exister sous la même forme depuis lors (Section I). Grâce à son caractère systématique et à l'interprétation uniforme que permettent les juridictions de cassation, il atteint en outre une certaine perfection technique (Section II).

Section I – L'existence consolidée du droit commun territorial

319. **Un objectif affiché du droit post-révolutionnaire.** L'édiction d'un droit commun territorial national fait partie des objectifs des hommes de 1789. Avec l'influente pensée jacobine s'impose en effet l'idée selon laquelle le droit doit être le même sur tout le territoire

¹¹⁷² V. not. J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 s., spéc. p. 283 ; pour qui le *droit commun de la France* n'a pu se maintenir après l'entrée en vigueur du code Napoléon, du fait de l'abrogation de tous les statuts spéciaux. V. aussi É. Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, LGDJ, 2011, n° 838 ; *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, PUF, 2003, V° « Droit commun », par J.-L. Thireau, p. 445 s., spéc. p. 447 (« En France, le système du droit commun [...] est [...] mort [...] au début du XIX^e [siècle], lorsque la codification napoléonienne a réalisé l'unification du droit »). Rappr. R. David, « Droit commun et *common law* », in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milan, Giuffrè, 1969, vol. 1, p. 345 s., spéc. p. 357, qui estime que l'unification du droit sur le territoire a rendu « inutile [...] de parler de droit commun, aucun droit local ou particulier ne s'opposant plus désormais au droit unifié de la France ». V. aussi C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 2 qui, après avoir relevé que « toutes les règles, ou presque, étant communes à l'ensemble du territoire français », conclut à la disparition du droit commun territorial.

¹¹⁷³ J. Ghestin et G. Goubeaux (avec M. Fabre-Magnan), *Traité de droit civil - Introduction générale*, 4^e éd., 1994, n° 326. Rappr. J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 4^e éd., Dalloz, 2003, n° 128 : « principe de sa généralité d'application sur l'ensemble du territoire national ». V. aussi L. Duguit, *Les transformations du droit public*, 3^e tirage, Armand Colin, 1925, p. 105 ; *Rép. civ.* Dalloz, V° « Lois et décrets », par L. Bach, 2004, n° 281.

¹¹⁷⁴ *Ibid.*

¹¹⁷⁵ F. Olivier-Martin, *Les lois du roi*, LGDJ, « Reprint », 1997, p. 108.

¹¹⁷⁶ La notion de *droit commun de la France* y serait désignée par des périphrases, sous l'idée d'unité juridique sur le territoire national.

national¹¹⁷⁷ ; l'objectif du droit commun territorial est présent jusque dans les textes les plus importants et les plus symboliques de la Révolution, à commencer par le décret relatif à l'abolition des privilèges du 11 août 1789 qui, selon les termes mêmes de son article 10, substitue un « droit commun » national aux privilèges locaux¹¹⁷⁸. Dans le même esprit, un article placé en tête de la Constitution du 3 septembre 1791 – qui constitue, par essence, le premier ensemble de règles de droit commun territorial post-révolutionnaire pour les institutions politiques – formalise le souhait de l'Assemblée constituante : il sera établi « un code des lois civiles *communes à tout le royaume* »¹¹⁷⁹. Les révolutionnaires se font ainsi les hérauts de la quête d'un *droit commun de la France*. Pour de nombreuses institutions, les règles édictées à partir de la Révolution s'appliquent par principe à tout le territoire national et sont constitutives de droit commun territorial.

320. **Plan.** Si le *droit commun de la France* n'attendit pas l'édition des codes pour prospérer – dès 1789, sont édictées des règles de droit commun territorial pour de nombreuses institutions – (§ I), ce ne fut qu'à compter des codifications napoléoniennes que celui-ci revêtit un caractère systématique (§ II)¹¹⁸⁰.

§ I – Les règles de *droit commun de la France* avant les codifications

321. **Annonce.** Dès 1789, les régimes politiques édictent des règles applicables non à une partie du territoire mais à toute la France, règles constitutives de droit commun territorial pour les institutions qu'elles concernent. Quelques exemples peuvent être développés.

322. **Successions et libéralités.** Pour les successions et libéralités, la réussite du *droit commun de la France* n'attend pas la promulgation du code civil : dès 1789, de nombreuses lois imposent des règles applicables à tout le territoire. Ainsi, la loi des 15 et 28 mars 1790 abolit les privilèges de masculinité et d'aînesse, le décret du 25 août 1792 interdit les substitutions fidéicommissaires, la loi du 12 brumaire an II accorde les mêmes droits aux enfants naturels simples et aux enfants légitimes. Ainsi encore, la *monstrueuse* loi du 17 nivôse an II – car applicable rétroactivement aux successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789, même déjà liquidées – apporte des règles nouvelles, applicables à toute la France, pour l'ensemble du droit successoral (biens regroupés en une masse unique, sans distinction de nature ou de provenance, ordre de dévolution imposé, représentation admise à l'infini dans chaque branche, fente entre les lignes masculine et féminine, liberté testamentaire extrêmement restreinte et quotité disponible uniformément fixée

¹¹⁷⁷ V. L. Duguît, *Les transformations du droit public*, 3^e tirage, Armand Colin, 1925, p. 105-106 ; J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 77 : « l'égalité devant la loi signifie la fin de tous les privilèges et l'uniformité des règles de droit à travers tout le territoire national : la loi doit être la même pour tous les citoyens, sans distinction [...] de province » (v. aussi p. 265 : « l'idéal d'unité nationale fait partie du legs révolutionnaire »).

¹¹⁷⁸ Ceux-ci concernent, en particulier (mais pas uniquement), les privilèges successoraux (J.-L. Thireau, *Introduction historique au droit*, 3^e éd., Flammarion, 2009, p. 298).

¹¹⁷⁹ Constitution du 3 septembre 1791, titre 1^{er}, dernier alinéa (nous ajoutons les italiques). V. par ex. J. Ghestin et G. Goubeaux (avec M. Fabre-Magnan), *Traité de droit civil - Introduction générale*, 4^e éd., 1994, n° 138.

¹¹⁸⁰ L'étude, limitée au droit français, pourrait être menée dans d'autres droits, par exemple en droit espagnol (v. J. Salcedo Izu, « *El derecho común y Navarra* », in *Le droit commun et l'Europe*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 227 s., spéc. p. 231, qui se réfère au « *Código civil de 1889 de aplicación general o común para el territorio español* »).

pour toute la France, etc.). Les successions et libéralités sont ainsi particulièrement concernées par le *droit commun de la France* révolutionnaire.

323. **Incapacités.** Quelques règles de droit commun territorial des incapacités émergent durant la même période. Particulièrement caractéristique est le décret du 31 janvier 1793 : interprétant le décret du 20 septembre 1792, il fixe l'âge de la majorité à vingt et un ans ; ce décret de 1793 précise expressément que la règle vaut « dans toute la France ». La formule l'atteste : la Convention fait usage en conscience de sa nouvelle compétence *ratione loci* indéfinie.

324. **Sûretés.** Les règles de *droit commun de la France* ne manquent pas non plus pour les sûretés. Elles existent, par exemple, en matière d'hypothèque, alors reine des sûretés : les révolutionnaires édictent des codes hypothécaires, par la loi du 9 messidor an III (sous la Convention), puis par la loi du 11 brumaire an VII (sous le Directoire), codes à l'origine du système de publicité foncière¹¹⁸¹. Ces deux textes instaurent un régime applicable uniformément sur tout le territoire de la France ; ils établissent un *droit commun de la France* pour le régime hypothécaire.

325. **Prescription.** Pour la prescription, les règles de *droit commun de la France* antérieures au code civil peuvent notamment être trouvées en matière pénale : deux codes sont promulgués successivement, un premier en 1791, remplacé par un autre en 1795 (code des délits et des peines de l'an IV) ; d'application nationale, ils contiennent l'un¹¹⁸² comme l'autre¹¹⁸³ quelques règles de prescription extinctive.

326. **Une réglementation néanmoins parcellaire ; divisions sur l'opportunité des codes.** Par son caractère parcellaire, cette réglementation du *droit commun de la France* qui suit la Révolution est pourtant dans la droite ligne de la réglementation prudente des derniers siècles de l'Ancien Régime : il y a ici davantage continuité que rupture. C'est que, même après 1789, les juristes restent divisés sur l'opportunité d'un *droit commun de la France* consigné dans des codes. Si certains s'y montrent favorables, d'autres continuent de défendre vigoureusement le droit des

¹¹⁸¹ Sur ces deux textes, v. J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 765 ; J.-Ph. Lévy, « Coup d'œil historique d'ensemble sur les sûretés réelles », in *Diachroniques*, Loysel, 1995, p. 169 s., spéc. p. 203, et les références citées note 1 ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 836.

¹¹⁸² Le titre VI de la première partie du code de 1791, « De la prescription en matière criminelle », contient trois articles. Le premier dispose : « Il ne pourra être intenté aucune action criminelle pour raison d'un crime, après trois années révolues lorsque dans cet intervalle il n'aura été fait aucunes poursuites. » Le deuxième : « Quand il aura été commencé des poursuites à raison d'un crime, nul ne pourra être poursuivi pour raison dudit crime, après six années révolues, lorsque dans cet intervalle aucun jury d'accusation n'aura déclaré qu'il y a lieu à accusation contre lui ; soit qu'il ait été ou non impliqué dans les poursuites qui auront été faites. Les délais portés au présent article et au précédent, commenceront à courir du jour où l'existence du crime aura été connue ou légalement constatée. » Quant au troisième : « Aucun jugement de condamnation rendu par un tribunal criminel, ne pourra être mis à exécution quant à la peine, après un laps de vingt années révolues, à compter du jour où ledit jugement aura été rendu. »

¹¹⁸³ L'article 9 de la partie préliminaire du code des délits et des peines du 3 brumaire an IV constitue, à quelques modifications grammaticales près, la reprise de l'article 1^{er} du titre VI de la première partie du code de 1791. Quant à l'article 10 du code de l'an IV, il dispose : « Si, dans les trois ans, il a été commencé des poursuites, soit criminelles, soit civiles, à raison d'un délit, l'une et l'autre action durent six ans, même contre ceux qui ne seraient pas impliqués dans ces poursuites. Les six ans se comptent pareillement du jour où l'existence du délit a été connue et légalement constatée. Après ce terme, nul ne peut être recherché, soit au criminel, soit au civil, si, dans l'intervalle, il n'a pas été condamné par défaut ou contumace. » Ce code ne contient aucune disposition relative à la prescription de la peine.

provinces¹¹⁸⁴. Portalis, avant d'être l'artisan de l'unité du droit français, sembla lui-même éprouver quelques doutes¹¹⁸⁵. Et, encore en 1800, Boulay de la Meurthe, orateur au Conseil d'État, faisait preuve d'un scepticisme affiché¹¹⁸⁶. Plusieurs projets de code voient le jour, qui ont tous en commun de constituer des échecs cuisants : ainsi de deux projets de code civil rédigés en 1789 – l'un par d'Olivier, l'autre par Philippeaux –, et qui s'inspirent manifestement de la méthode de comparaison des coutumes¹¹⁸⁷ ; ainsi encore des trois projets de code civil coordonnés par Cambacérès¹¹⁸⁸. La déclaration de la Constituante tendant à la création d'un « code des lois civiles communes à tout le royaume », quoique formalisée dans la Constitution de 1791, n'était que de principe ; eu égard aux hostilités et frilosités qu'elle rencontrait encore quelques années après la Révolution, elle aurait pu rester un vœu pieux. Du fait des codifications napoléoniennes, tel ne fut pas le cas.

§ II – Les règles de *droit commun de la France* avec les codifications

327. **Plan : le rôle des codes de *droit commun de la France*.** Les codifications napoléoniennes confèrent au droit qu'elles instituèrent un domaine *ratione loci* indéfini : elles le rendent applicable à toute la France¹¹⁸⁹. Se retrouve ici l'une des fonctions majeures de la codification mises en évidence par le professeur Rémy Cabrillac : l'« unification géographique »¹¹⁹⁰. Cette fonction, déjà présente au XIX^e siècle (A), demeure aujourd'hui (B).

A. *La situation originaires*

328. « **Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français** ». Les codes ont institué des règles de droit commun territorial pour les institutions qu'ils réglementaient. L'article 1^{er} du code civil de 1804 disposait que « les lois sont exécutoires dans tout le territoire français » ; plus clair encore, l'article 1393 du code civil – dont la substance est conservée sur ce point –, constatait cette propriété et faisait mention du « droit commun de la France ». Ainsi que le relève la doctrine, « au terme de l'opération de codification, le critère qui a vocation à faire le caractère “commun” des règles, est tiré de leur extension : elles devront être “communes à tout le

¹¹⁸⁴ J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 85.

¹¹⁸⁵ V. J.-L. Halpérin, *op. cit.*, p. 253 : « Renonçons à la dangereuse ambition de faire un nouveau Code civil [...] le projet d'un Code général ne peut donc raisonnablement fixer l'attention du Corps législatif ».

¹¹⁸⁶ V. J.-L. Halpérin, *op. cit.*, p. 271 : « vouloir changer tout à coup les lois d'un tel peuple et le ramener brusquement à un système uniforme, c'est un contresens dans lequel on n'est tombé que trop souvent dans le cours de la Révolution ».

¹¹⁸⁷ J.-L. Halpérin, *op. cit.*, p. 86.

¹¹⁸⁸ Sur cette période, v. J.-L. Halpérin, *op. cit.*, spéc. p. 109 s.

¹¹⁸⁹ Rapp. M.-F. Renoux-Zagamé, « Du droit commun doctrinal au droit commun positif : leçons des plaidoyers du Parquet », in *Traditions savantes et codifications*, LGDJ, 2007, p. 3 s., spéc. p. 5 : dans la conception française traditionnelle, « faire un Code » est avant tout « édicter l'ensemble des règles destinées à constituer le droit commun d'une communauté nationale » ; « le droit commun édité par [un] Code l'est par la généralité de son application à la totalité du territoire ». *Adde* R. Denoix de Saint Marc, *Histoire de la loi*, Privat, 2008, p. 185 s.

¹¹⁹⁰ R. Cabrillac, *Les codifications*, PUF, 2002, p. 155 s. Ce parallèle ne justifie néanmoins pas une assimilation entre droit commun et code : v. *supra*, n° 104 s.

Royaume», affirme la Constitution de 1791 »¹¹⁹¹. Cela s'applique aux règles du code civil ; les autres codes sont également concernés.

329. **Le code civil.** Le 30 ventôse an XII du calendrier révolutionnaire – 21 mars 1804 du calendrier grégorien – fut réalisé ce qui peut être rétrospectivement considéré comme un exploit : « la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de Code civil des Français », par la loi du même titre. Le code civil, à compter de son entrée en vigueur, est devenu la source majeure du *droit commun de la France* pour de nombreuses institutions. Il contient une somme de règles de droit applicables à tout le territoire : il est, en quelque sorte, une compilation de *droit commun de la France*, touchant de nombreuses institutions fondamentales – mariage, filiation, successions, propriété, contrats, prescription, etc. La date de l'unification fut cependant quelque peu antérieure à celle du 30 ventôse an XII : des lois antérieures, les trente-six lois composant le code civil, sont à l'origine des règles de *droit commun de la France* pour ces institutions¹¹⁹². Le génie de la loi du 30 ventôse an XII est d'avoir réuni ces lois dans un même code¹¹⁹³ : notamment les incapacités dans les titres X et XI du livre I^{er}, les successions et libéralités dans les titres I^{er} et II du livre III, les sûretés dans les titres XIV, XVII et XVIII du livre III, la prescription dans le titre XX du livre III. Par cette technique, le code civil devenait, pour les institutions qu'il envisageait, le recueil regroupant la plupart des règles de *droit commun de la France*, effaçant plusieurs siècles d'existence en pointillés de celui-ci¹¹⁹⁴. C'est ainsi que le code civil, dans sa fonction politique, a institué « un droit commun à tout le territoire »¹¹⁹⁵ pour les institutions qu'il régleme. À partir de 1804, « la France possède enfin un code de lois civiles communes pour tout son territoire »¹¹⁹⁶.

330. **Les autres codes.** Qu'il s'agisse du code de procédure civile de 1806, du code de commerce de 1807, du code d'instruction criminelle de 1808 ou du code pénal de 1810, d'autres recueils de textes suivirent et permirent l'extension du *droit commun de la France* pour les institutions traitées. Sous la Monarchie de Juillet, Vazeille l'affirme sans nuances : l'une des caractéristiques majeures des règles instituées depuis la Révolution est d'être « communes à tous les pays du royaume »¹¹⁹⁷.

¹¹⁹¹ M.-F. Renoux-Zagamé, *op. et loc. cit.*

¹¹⁹² Par exemple, une loi du 5 germinal an XI pour la minorité, la tutelle et l'émancipation ; une loi du 8 germinal an XI pour la majorité et l'interdiction ; une loi du 29 germinal an XI pour les successions ; une loi du 13 floréal an XI pour les donations entre vifs et les testaments ; une loi du 24 pluviôse an XII pour le cautionnement ; une loi du 25 ventôse an XII pour le nantissement ; une loi du 28 ventôse an XII pour les privilèges et hypothèques ; une loi du 24 ventôse an XII pour la prescription. Puisque l'article 5 de la loi du 30 ventôse an XII prévoyait que « la disposition de l'article 1^{er} [réunion des lois sous le titre de code civil des Français] n'empêche pas que chacune des lois qui y sont énoncées n'ait son exécution du jour qu'elle a dû l'avoir en vertu de sa promulgation particulière », les textes de droit commun territorial étaient déjà en vigueur avant la promulgation et l'entrée en vigueur du code civil.

¹¹⁹³ En ce sens, même le code civil pourrait constituer une illustration de codification « à droit constant », alors qu'il est souvent présenté comme en étant l'antithèse.

¹¹⁹⁴ C'est pourquoi il est souvent relevé que l'an 1804 marque l'unité du droit civil sur le territoire français (v. not. R. Demogue, *L'unification internationale du droit privé*, Rousseau, 1927, p. 16).

¹¹⁹⁵ D. d'Ambra, « La fonction politique du code civil pour la France », in *Le code civil français en Alsace, en Allemagne et en Belgique*, PU Strasbourg, 2006, p. 9 s., spéc. p. 16 : « le Code civil devait instituer un droit commun à tout le territoire ».

¹¹⁹⁶ J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 287 (« et pour tous ses habitants », ajoute l'auteur).

¹¹⁹⁷ F.-A. Vazeille, *Traité des prescriptions*, Videcoq, t. 1, 1832, introduction, p. VIII (pour la prescription).

B. La situation contemporaine

331. **Pérennité du droit commun de la France.** Deux arguments théoriques pourraient inciter à percevoir un affaiblissement du droit commun territorial contemporain, soit dans son principe, soit dans sa portée : la modification de la lettre de l'article 1^{er} du code civil en 2004, et le régime de la « spécialité législative » applicable à certaines fractions du territoire. L'examen de ces arguments révèle pourtant qu'ils ne sont que de façade. La meilleure preuve en est d'ailleurs que de nombreuses illustrations pratiques de règles de droit commun territorial, issues des codes ou non, peuvent être développées pour toutes sortes d'institutions juridiques.

332. **Absence de remise en cause du principe du droit commun territorial : permanence du principe de l'applicabilité des lois sur tout le territoire en dépit de la modification de l'article 1^{er} du code civil.** L'article 1^{er} du code civil, qui disposait depuis 1804, que « les lois sont exécutoires dans tout le territoire français », a été modifié par une loi du 1^{er} juin 2004¹¹⁹⁸. Or, le législateur n'a par la suite pas repris la formule initiale. Il pourrait donc venir à l'esprit que, désormais, les lois en général ne seraient plus exécutoires *dans tout le territoire français* : en d'autres termes, en modifiant l'article 1^{er} du code de 1804 et en n'en reprenant pas la substance, le législateur n'aurait-il pas condamné le principe même du droit commun territorial de source législative ? Une telle analyse apparaît erronée. Les lois demeurent en effet, par principe, applicables de plein droit sur l'ensemble du territoire français¹¹⁹⁹, et permettent au droit commun territorial de continuer de prospérer. Considérant peut-être que l'évidence se passe de mots, le législateur se serait simplement dispensé de reprendre explicitement le principe¹²⁰⁰. Ce dernier se retrouve pourtant implicitement dans l'ordonnancement juridique. Cela résulterait notamment de la promulgation effectuée par le président de la République en vertu de l'article 10 de la Constitution : le principe serait consubstantiel à elle¹²⁰¹. Le principe résulte également, implicitement mais nécessairement, de l'article 73 de la Constitution, qui dispose que « dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit ». Puisque cette applicabilité de plein droit vaut dans le cas spécifique mentionné par le texte, elle vaudrait également, par un raisonnement *a fortiori*, pour tous les territoires de la République soumis à une spécificité moins grande que celle des départements et régions d'outre-mer. S'il est dommage qu'aucun texte ne l'affirme plus expressément, le principe de l'applicabilité de plein

¹¹⁹⁸ 1) Plus précisément, cet article 1^{er} fut promulgué le 15 mars 1803.

2) Il dispose depuis la loi de 2004 : « Les lois et, lorsqu'ils sont publiés au Journal officiel de la République française, les actes administratifs entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication. Toutefois, l'entrée en vigueur de celles de leurs dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures.

En cas d'urgence, entrent en vigueur dès leur publication les lois dont le décret de promulgation le prescrit et les actes administratifs pour lesquels le Gouvernement l'ordonne par une disposition spéciale.

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux actes individuels. »

¹¹⁹⁹ La doctrine continue d'affirmer que « le principe est que la loi française s'applique sur l'ensemble du territoire français » (*Rép. civ.* Dalloz, V^o « Lois et décrets », par L. Bach, actu. 2013, n^o 281).

¹²⁰⁰ Ce qu'il est dans tous les cas permis de regretter, eu égard à l'importance tant technique qu'historique d'une telle formule.

¹²⁰¹ V., en ce sens, l'article 1^{er} du code civil en son entier avant sa modification en 2004, et la formule classique de promulgation des lois, qui participe du même esprit, indiquant, conformément à l'article 1^{er} du décret n^o 59-635 du 19 mai 1959 modifié, que « La présente loi sera *exécutée comme loi de l'État* » (nous ajoutons les italiques), et qui peuvent être interprétés ainsi. V. *Rép. civ.* Dalloz, V^o « Lois et décrets », par L. Bach, actu. 2013, n^o 180.

droit – c'est-à-dire sans besoin d'une mention explicite en ce sens – des lois sur l'ensemble du territoire et, partant, du droit commun territorial qui en résulte, ne fait ainsi pas de doute¹²⁰².

333. Absence de remise en cause de la portée du droit commun territorial : portée de l'exception liée à la « spécialité législative ». Le régime dit de la « spécialité législative »¹²⁰³ constitue certes une exception à ce principe d'applicabilité de plein droit des lois sur l'ensemble du territoire. Il signifie que, pour les collectivités territoriales soumises à ce régime – collectivités régies par l'article 74 de la Constitution et Nouvelle-Calédonie –, une loi n'est applicable que par mention expresse en ce sens¹²⁰⁴. En d'autres termes, dans les fractions de territoires soumises à la « spécialité législative », le droit commun territorial ne s'applique pas de plein droit. C'est donc dire que ce régime d'exception¹²⁰⁵ n'affaiblit pas réellement le *droit commun de la France* : il exige simplement que, pour qu'une règle de *droit commun de la France* s'applique sur

¹²⁰² V. X. Prétot, *AJDA* 1989, p. 711 s., spéc. p. 712. Cela vaut ainsi pour toutes les parties du territoire non soumises à statut particulier et celles relevant de l'article 73 de la Constitution. Rapp. P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, 2013, n° 147 : « le droit applicable par principe est le droit commun », entendu dans son application territoriale (pour les collectivités soumises à l'assimilation législative de l'article 73 de la Constitution).

¹²⁰³ Les collectivités soumises à cette règle sont régies « soit par des dispositions qui leur sont propres, soit par les dispositions métropolitaines qui mentionnent expressément leur applicabilité » (X. Prétot, *AJDA* 1989, p. 711 s., spéc. p. 712). Après avoir été formulée dans des lettres royales de 1744 et 1746, la règle de la spécialité figure dans une ordonnance du 18 mars 1766, laquelle interdit aux conseillers souverains d'enregistrer les décisions du roi sans ordre spécial (X. Prétot, *AJDA* 1989, p. 711 s., spéc. p. 712 ; *JCl. civil code*, app. art. 3, fasc. 1, « Application de la loi outre-mer - Principes généraux », par F. Luchaire, 2003, n° 9 ; *Encycl. coll. terr.* Dalloz, V° « Collectivités d'outre-mer », par J.-Y. Faberon, 2006, n° 27), puis dans un sénatus-consulte du 3 mars 1864. L'article 72 de la Constitution de 1946 la mentionnait et, si elle n'a pas été reprise expressément par la Constitution de 1958 – quoiqu'il serait possible d'en trouver une trace à l'article 74 –, son maintien implicite n'y fait pas de doute (v. not. *JCl. civil code*, app. art. 3, fasc. 1, « Application de la loi outre-mer - Principes généraux », par F. Luchaire, 2003, n° 16, et fasc. 3, « Application de la loi en Nouvelle-Calédonie et à Wallis-et-Futuna », par G. Agniel, n° 29). V. aussi et spéc. S. Diémert, « Le droit de l'outre-mer », *Pouvoirs* 2005, n° 113, p. 109 s. ; J.-Ph. Thiellay, *Le droit des outre-mers*, 2^e éd., Dalloz, 2011, p. 48 s. *Addé H., L. et J. Mazeaud, Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., par F. Chabas, LGDJ, 2000, n° 134.

¹²⁰⁴ 1) Dans les textes : pour la Nouvelle-Calédonie, la règle de la spécialité législative est exprimée à l'article 6-2 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, qui dispose que « dans les matières qui relèvent de la compétence de l'État, sont applicables en Nouvelle-Calédonie les dispositions législatives et réglementaires qui comportent une mention expresse à cette fin ».

2) Pour la jurisprudence : v. not. CE 12 mai 1989, *Ministre des DOM-TOM c. Piermont*, n° 85.851, *Lebon* p. 124 ; *AJDA* 1989, 711, note X. Prétot (concluant qu'en l'absence de dispositions en ce sens, la loi du 11 juillet 1979, invoquée par la requérante, ne s'appliquait pas sur le territoire de la Polynésie française) – CE 28 juill. 1998, *Territoire de la Polynésie française, Lebon T.* p. 1045. Pour le même constat concernant les dispositions modifiant des textes précédemment étendus, v. CE Ass., 9 févr. 1990, *Elections municipales de Pouembout et de Lifou* (deux espèces), *Lebon* p. 27 ; *AJDA* 1990, 490, obs. X. Prétot (par cette jurisprudence, le Conseil d'État revint sur la solution qu'il admettait antérieurement, à savoir que n'étaient pas visés les lois et règlements modifiant un texte déclaré expressément applicable dans les territoires d'outre-mer [ci-devant collectivités d'outre-mer] : CE Ass., 27 janv. 1984, *Ordre des avocats de la Polynésie française et a.*, *Lebon* p. 20 ; *D.* 1985, p. 286, note P. Lampué). Pour une application par la Cour de cassation, v. Civ. 1^{re}, 5 nov. 1991, n° 90-12.362, *Bull. civ.* I, n° 296 ; et par les juges du fond, v. CA Nouméa, 25 sept. 2007, n° 07/246 (« en vertu du principe constitutionnel de spécialité législative, et sous réserve notamment des dispositions relatives aux juridictions nationales, les textes de procédure pénale ne sont applicables en Nouvelle-Calédonie que s'ils y ont été étendus par une mention expresse »).

2) En doctrine : pour ces collectivités, « les textes métropolitains ne sont donc pas applicables de plein droit » (P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, 2013, n° 147) : au contraire, le régime de spécialité législative « subordonn[e] l'application de textes métropolitains à la mention expresse du législateur » (N. Rouland, S. Pierré-Caps et J. Poumarède, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, PUF, 1996, n° 160).

¹²⁰⁵ Bien que souvent qualifié de « principe » (v. par ex. P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, 2013, n° 147 ; N. Rouland, S. Pierré-Caps et J. Poumarède, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, PUF, 1996, n° 160), le régime de la spécialité législative apparaîtrait plutôt comme une *exception*, le principe semblant l'applicabilité de plein droit de règles de *droit commun de la France*.

l'ensemble du territoire national – collectivités soumises à la spécialité législative comprises –, l'autorité qui édicte la règle le précise expressément. Or, cela advient la plupart du temps : d'une part, il résulte expressément du statut d'un certain nombre de collectivités d'outre-mer que le *droit commun de la France* leur est applicable¹²⁰⁶ ; d'autre part, les lois nouvelles prévoient le plus souvent leur applicabilité dans ces territoires¹²⁰⁷. Le régime de spécialité législative concerne ainsi seulement les *modalités* de l'applicabilité à tout le territoire national, sans affaiblir le principe même de celle-ci¹²⁰⁸. Les faits démontrent d'ailleurs que le droit commun territorial n'a jamais été aussi développé qu'à ce jour pour de nombreuses institutions.

334. Droit commun territorial des successions et libéralités. Le droit commun territorial des successions est largement regroupé dans le titre I^{er} du livre III du code civil. Quant au droit commun territorial des libéralités, il se trouve principalement dans le titre II du livre III du même code. Ces institutions trouvent en outre des règles de droit commun territorial hors du code civil. Parmi d'autres : les articles L. 121-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle établissent certaines dispositions relatives à la dévolution des droits moraux de l'auteur d'une œuvre ; ou encore, les articles L. 321-13 et suivants du code rural et de la pêche maritime réglementent la créance de salaire différé dans les relations entre un exploitant agricole et ses descendants. Le code général des impôts contient également des règles de droit commun territorial, relatives à la fiscalité, de même que le chapitre 2 (« Des successions et libéralités ») du titre III du livre III du code de procédure civile, regroupant les articles 1304 à 1381.

335. Droit commun territorial de la protection des majeurs. Le droit commun territorial des mesures de protection des majeurs – expression qui ne recoupe pas exactement

¹²⁰⁶ 1) V. par ex. le statut des Terres australes et antarctiques françaises (l'île Saint-Paul, l'île Amsterdam, l'archipel Crozet, l'archipel Kerguelen, la terre Adélie et les îles Bassas da India, Europa, Glorieuses, Juan da Nova et Tromelin) : l'article 1-1 de la loi n° 55-1052 du 6 août 1955 portant statut des Terres australes et antarctiques françaises et de l'île de Clipperton (mod. par la loi n° 2007-224 du 21 févr. 2007) prévoit que les dispositions relatives au droit civil, au droit pénal et à la procédure pénale, au droit commercial et au droit des assurances, ou à la procédure administrative, sont applicables de plein droit. Ce territoire est dans le ressort de la Cour de cassation et du Conseil d'État (même art., 1°), si bien que l'interprétation de ces règles de droit commun est, elle aussi, commune. 2) Quant à Saint-Pierre-et-Miquelon (ancien département d'outre-mer transformé en collectivité territoriale à statut particulier depuis 1985), de nombreuses règles en vigueur en métropole y ont fait l'objet d'une extension (c'est la mention expresse d'applicabilité requise), parmi lesquelles celles du code civil et de la législation civile (v. par ex. l'ordonnance n° 77-1100 du 26 septembre 1977, articles 11 à 14).

3) Au demeurant, le régime de spécialité législative ne joue pas pour toutes les règles juridiques. Par exemple, les lois dites *de souveraineté* et les conventions internationales en sont exclues et restent applicables de plein droit à l'ensemble du territoire national. V. déjà F. Webert, *Unité de l'État et diversité régionale en droit constitutionnel français*, thèse Nancy II, 1997, p. 202, et les circulaires du 21 avr. 1988 et du 2 janv. 1993 pour une liste.

¹²⁰⁷ V. par ex. l'article 25 de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile. V., en outre et parmi de nombreux textes, l'ordonnance n° 2013-516 du 20 juin 2013 « portant actualisation du droit civil applicable en Nouvelle-Calédonie et dans les îles Wallis et Futuna », notamment son article 1^{er} : « les articles 671, 672, 939, 1152, 1231, 1601-1 à 1601-4, 1642-1, 1648, 2380, 2431, 2477 et 2487 du code civil sont applicables en Nouvelle-Calédonie dans leur version en vigueur à la date de publication de la présente ordonnance » (ordonnance ratifiée par la loi n° 2013-1029 du 15 nov. 2013 « portant diverses dispositions relatives à l'outre-mer »).

¹²⁰⁸ Autrement formulé, quant à ses modalités d'applicabilité, le *droit commun de la France* est soumis à deux régimes différents : l'un, de principe, consiste en son applicabilité de plein droit sans besoin d'aucune mention expresse ; l'autre, exceptionnel, vaut pour les collectivités d'outre-mer ci-avant énumérées. Les règles juridiques édictées par le pouvoir central et qui ne précisent pas leur champ d'application *ratione loci* s'appliquent de plein droit sur tout le territoire français excepté les fractions qui obéissent à la spécialité législative, pour lesquelles une mention expresse d'applicabilité est nécessaire.

l'ancien terme d'« incapacités »¹²⁰⁹ – se trouve aujourd'hui principalement dans les titres X à XII du livre I^{er} du code civil sur les mineurs, les majeurs protégés et la gestion de leur patrimoine. Outre le code civil, le code de l'action sociale et des familles contient de nombreuses règles sur ce point : notamment, les articles L. 271-1 et suivants contiennent des règles relatives aux mesures d'accompagnement social personnalisé ouvertes aux personnes qui perçoivent des prestations sociales et qui éprouvent des difficultés à les gérer¹²¹⁰. Peuvent encore être mentionnés les articles 1211 à 1261-1 du code de procédure civile, contenus dans le chapitre 10 (« La protection juridique des mineurs et des majeurs ») du titre III du livre III du code de procédure civile.

336. **Droit commun territorial des sûretés.** Pour les sûretés, le *droit commun de la France* est d'abord contenu dans le nouveau livre IV du code civil. Il est ensuite composé de toutes les règles de « droit des sûretés hors le code civil »¹²¹¹, et en particulier de toutes les règles des autres codes ou lois non codifiées applicables à tout le territoire national : notamment, les articles L. 521-1 et suivants du code de commerce, relatifs au gage commercial, ou les articles L. 527-1 et suivants du même code, relatifs au gage de stocks ; ou encore, les articles 1281-13 et suivants du code de procédure civile, contenus dans le chapitre 6 (« De la purge des hypothèques et des privilèges par le tiers détenteur ») du titre II du livre III de ce code. Le code des procédures civiles d'exécution contient également des dispositions liées aux techniques de réalisation des sûretés, non limitées aux seuls articles L. 531-1 et suivants relatifs aux sûretés judiciaires.

337. **Droit commun territorial de la prescription.** Les dispositions contenues dans les titres XX et XXI du livre III du code civil appartiennent toutes au droit commun territorial de la prescription, le premier titre concernant la prescription extinctive et le second concernant la prescription acquisitive¹²¹². Il existe par ailleurs d'autres règles du code civil (pour la prescription extinctive, par exemple l'article 966 ; pour la prescription acquisitive, par exemple l'article 690 du code civil), des règles contenues dans d'autres codes (par exemple, l'article L. 110-4 du code de commerce, ou l'article L. 137-2 du code de la consommation) et des règles contenues dans des lois non codifiées (par exemple : loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'État, les communes et les établissements publics ; article 42 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 sur la copropriété des immeubles bâtis). L'opinion selon laquelle le droit commun territorial aurait disparu apparaît ainsi contredite par les faits mêmes. Ce *droit commun de la France* est, en outre, particulièrement abouti techniquement.

¹²⁰⁹ V. *supra*, n° 185 et la note.

¹²¹⁰ Celles-ci s'apparentent à des mesures d'assistance et entrent ainsi dans le champ de la protection des majeurs.

¹²¹¹ Expression empruntée à D. Houtcieff, « Le droit des sûretés hors le code civil », *LPA* 2005, n° 123, p. 8 s.

¹²¹² Cependant, ici encore, elles n'appartiennent pas toutes nécessairement au droit commun *matériel* de la prescription : par exemple, l'article 2226 du code civil est une règle spéciale matérielle, car son domaine d'application est limité au dommage corporel (v. *infra*, deuxième partie).

Section II – La perfection technique du droit commun territorial

338. **Plan.** La perfection technique du droit commun territorial contemporain tient à la fois à son caractère systématique (§ I) et à l'existence de juridictions de cassation centralisées instituées dans l'objectif d'empêcher les divergences locales d'interprétation des règles qui en relèvent (§ II).

§ I – La codification, instrument de la systématique du droit commun territorial

339. **La perfection technique du droit commun de la France : caractère systématique et organisé.** Contrairement aux lois antérieures non codifiées, les codes édictent un système de règles relativement développé et cohérent, et furent conçus comme des compilations des règles applicables sur tout le territoire national : leur existence est historiquement liée à celle d'un droit commun territorial dont ils contiennent l'essentiel des dispositions¹²¹³. Ils furent, et demeurent, l'outil de sa pérennité et de son accessibilité. Ce n'est pas à dire que la codification soit un système sans faille et complet – en deux siècles, les codes ont souvent montré leurs insuffisances¹²¹⁴ –, mais elle garantit une certaine perfection technique des règles de *droit commun de la France* qu'elle contient : le droit commun territorial de nombreuses institutions revêt grâce aux codifications un caractère cohérent, systématique, organisé et plus accessible¹²¹⁵.

340. **Illustrations.** Pour des institutions telles que la protection des majeurs ou la prescription, la comparaison entre des textes antérieurs à 1804 et le code civil sur le plan de l'exhaustivité des règles de droit commun territorial, est éclairante : alors que les textes antérieurs se contentaient de poser des règles ponctuelles édictées avec parcimonie, le code civil édicte un système développé de règles applicables à toute la France. La protection des majeurs et la prescription font l'objet de titres entiers du code civil, contenant eux-mêmes plusieurs dizaines d'articles ; le contraste est saisissant avec, pour la prescription par exemple, les modestes articles de l'ordonnance pour le commerce de mars 1673, qui ne régissaient que la prescription applicable aux marchands et artisans. Les codes ont donc été, et sont encore, l'instrument de la systématique du *droit commun de la France*. De la même manière, les juridictions de cassation permettent la perfection du droit commun territorial au stade de son application.

¹²¹³ J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 51 (pour le code civil). C'est en ce sens que les codes sont les instruments privilégiés de regroupement des règles de *droit commun de la France* et qu'il peut être affirmé que « la codification a constitué le premier instrument d'unification du droit » (G. Canivet, « La Cour de cassation et les divergences de jurisprudence », in *Les divergences de jurisprudence*, PU Saint-Étienne, 2003, p. 141 s., spéc. p. 143).

¹²¹⁴ Notamment, pour certaines institutions, les règles de droit commun territorial posées par les codes sont incomplètes – cf. des institutions au régime insuffisamment développé, telle la responsabilité civile délictuelle, ou des institutions telle la dation en paiement, qu'il est, pour ainsi dire, revenu à la jurisprudence de forger. De même, certaines institutions demeurent majoritairement exclues des codes : il en est ainsi, par exemple, des associations. *Adde* R. Denoix de Saint Marc, *Histoire de la loi*, Privat, 2008, p. 73.

¹²¹⁵ Rapp. G. Cornu, « L'unité du Code civil », *Droits* 2005, n° 42, p. 147 s., spéc. p. 148 ; R. Cabrillac, *Les codifications*, PUF, 2002, p. 155 s., « Unification géographique ». Codification et droit commun restent pour autant deux notions distinctes : la codification est parfois le support du droit commun ; mais aucun lien nécessaire n'existe entre les deux. *V. supra*, n° 104 s.

§ II – La cassation centralisée, instrument de l'interprétation uniforme du droit commun territorial

341. **La nécessité d'une interprétation uniforme du droit commun de la France.** L'existence de règles de droit commun territorial ne suffit pas à leur perfection technique : encore doivent-elles être interprétées de manière similaire en tout point du territoire. Ainsi que l'indiquaient déjà les premières lignes de l'ordonnance de 1731 sur les donations, « il arrive quelquefois, que [...] la variété des jugements forme d'une seule loi comme autant de loix différentes, dont la diversité, et souvent l'opposition, contraires à l'honneur de la justice, le sont encore plus au bien public »¹²¹⁶. Le droit commun territorial peut se déliter au stade de son application du fait d'interprétations différentes données par des juridictions dont la compétence n'est pas nationale, mais locale¹²¹⁷ : celles-ci peuvent développer, sinon, écrivait Carbonnier, des « sortes de droits provinciaux »¹²¹⁸, du moins, selon l'expression du professeur Théry, « une véritable jurisprudence locale »¹²¹⁹. Pour éviter de faire perdre son uniformité au *droit commun de la France* au stade de son application, il faut faire en sorte que les interprétations locales puissent être contrôlées au niveau national. Ce rôle est assuré par les juridictions de cassation, centralisées, dans leur mission d'éviter les divergences locales de jurisprudence.

342. **L'interprétation uniforme du droit commun de la France par les juridictions de cassation : naissance de la fonction.** La nécessité de cette mission et l'importance de la cassation dans cet objectif sont déjà présentes à la fin de l'Ancien Régime, où Guyot affirmait que le but principal de la cassation est « le maintien de l'autorité législative et des ordonnances »¹²²⁰, ceci étant rendu possible par l'unité territoriale d'interprétation que le procédé permet d'imposer sinon en droit, du moins en fait. La conception trouve son aboutissement, après la Révolution, dans la création des juridictions de cassation, tribunaux supérieurs, uniques pour tout le territoire de la France¹²²¹ : Tribunal de cassation en 1790 puis Cour de cassation en 1804 d'un côté, Conseil d'État¹²²² en l'an VIII (1799) de l'autre. Par l'instauration des juridictions

¹²¹⁶ La suite est tout aussi édifiante : « De là naît en effet cette multitude de conflits de juridiction, qui ne sont formés par un plaideur trop habile, que pour éviter par le changement de juges, la jurisprudence qui lui est contraire, et s'assurer celle qui lui est favorable ; en sorte que le fond même de la contestation se trouve décidé par le seul jugement qui règle la compétence du tribunal ».

¹²¹⁷ Rapp. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, *Introduction, les personnes, la famille*, PUF Quadrige, 2004, n° 82, p. 141 : « la multiplicité des juridictions est [...] un facteur de morcellement du droit » (et les développements qui suivent).

¹²¹⁸ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, *Introduction, les personnes, la famille*, PUF Quadrige, 2004, n° 82, p. 141.

¹²¹⁹ 1) Ph. Théry, « La "jurisprudence" des cours d'appel et l'élaboration de la norme », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, dir. N. Molfessis, Economica, 2004, p. 129 s., spéc. p. 130.

2) En creux se pose encore la question de savoir si la jurisprudence est source de droit (*supra*, partie préliminaire). Question trop vaste pour faire ici l'objet de développements. Peut-être est-il plus sage de se retrancher derrière les propos du doyen Héron : « quand j'examine les arguments que l'on oppose à la jurisprudence comme source de droit, [...] j'ai l'impression que la discussion est faussée, parce que l'on confond deux questions distinctes, celle de savoir si la jurisprudence est une source du droit et celle de savoir si l'on peut poser l'équation : jurisprudence égale loi. Je crois que l'on peut sans hésitation répondre oui à la première et répondre non à la seconde » (J. Héron, « L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle », *RRJ* 1993, cah. method. jur., p. 1084 s., spéc. n° 2).

¹²²⁰ Guyot, *Répertoire de jurisprudence*, V° « Cassation », II, p. 736, cité par J.-L. Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, LGDJ, 1987, p. 25.

¹²²¹ V. J.-L. Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, LGDJ, 1987, p. 38-39. Le dispositif était complété par l'institution du référé législatif, jusqu'à son abrogation par la loi du 1^{er} avril 1837.

¹²²² En vérité, il faudrait préciser que, pour le *droit commun de la France* des institutions qui relève de la matière administrative, l'apport du Conseil d'État ne se limite pas à sa seule fonction de juge de cassation et d'interprète

de cassation, c'est ainsi « la conquête [...] de l'uniformité de jurisprudence dans tout le territoire national »¹²²³ qui est lancée. Faye le relève en 1903, « il importe de rappeler le but que s'est proposé le législateur en créant [la Cour de cassation] et qu'il ne faut jamais perdre de vue » : celui-ci avait eu dans l'idée « de proclamer la nécessité de donner à la France une législation uniforme [...]. Mais l'œuvre projetée eût été rapidement compromise et l'unité brisée par la diversité des jurisprudences locales, si les juges chargés d'appliquer la loi eussent été investis du pouvoir souverain de l'interpréter sans contrôle. D'où la nécessité de placer au sommet de la hiérarchie judiciaire un pouvoir régulateur ayant pour mission de veiller à la conservation de la loi »¹²²⁴. Il est fondamental, conclut l'auteur, « qu'on ne s'habitue pas, à mesure qu'on s'éloigne de l'origine, à y voir simplement un tribunal d'un ordre supérieur »¹²²⁵.

343. L'interprétation uniforme du droit commun de la France par les juridictions de cassation : permanence de la fonction. Faye serait rassuré : cette raison d'origine des juridictions de cassation est à ce jour maintenue à l'identique. Leur mission *essentielle*¹²²⁶ resterait d'« assurer l'unité du droit dans toute la République »¹²²⁷, « l'unité de

uniforme sur tout le territoire : faute de textes suffisants, c'est en grande partie le Conseil d'État (dans sa fonction de juge de l'excès de pouvoir comme dans celle de juge de plein contentieux) qui a *construit* le droit administratif, et le *droit commun de la France* qui en relève. Il est ici bien plus que l'interprète uniforme du *droit commun de la France* administratif : il en est aussi largement le créateur.

¹²²³ J.-L. Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, LGDJ, 1987, p. 269. C'est-à-dire notamment d'un *droit commun de la France* dont le caractère commun est maintenu au stade de son application.

¹²²⁴ E. Faye, *La Cour de cassation* (1903), rééd. La Mémoire du droit, 1999, introd., I, p. 1 (pour les deux dernières citations). Dans le même sens, C. Charbonneau, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, IRJS, 2011, n° 1 ; X. Bachellier, « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Documentation française, 1994, p. 91 s., spéc. p. 91 ; G. Canivet, « La Cour de cassation et les divergences de jurisprudence », in *Les divergences de jurisprudence*, PU Saint-Étienne, 2003, p. 141 s., spéc. p. 141 (« si on a créé en 1790 un Tribunal de cassation, c'était [...] pour aboutir à une application et à une interprétation uniformes de la loi sur la totalité du territoire national »). Pour des nuances : J. Chevreau, « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Documentation française, 1994, p. 85 s., qui estime qu'il ne s'agissait pas là de la fonction originaire, mais qu'elle est apparue au cours du XIX^e siècle ; F. Génay, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, LGDJ, 1919, n° 45, p. 89-90, qui estime qu'à l'origine, n'était pas tant recherchée « l'unité de jurisprudence » que *l'absence* de jurisprudence.

¹²²⁵ E. Faye, *La Cour de cassation* (1903), rééd. La Mémoire du droit, 1999, introd., VIII, p. 14. Rapp. X. Bachellier, « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Documentation française, 1994, p. 91 s., spéc. p. 105 : « jamais, en effet, la Cour de cassation ne doit, dans le domaine du droit, renoncer à son rôle unificateur ».

¹²²⁶ 1) Pour la Cour de cassation : J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, 4^e éd., Dalloz, 2009-2010, spéc. n° 01.11, p. 1 : « Cour régulatrice du droit, [la Cour de cassation] a pour mission essentielle d'assurer l'unité du droit national, par l'unité de la jurisprudence, et de réaliser ainsi l'égalité effective des citoyens devant la loi ». V. aussi F. Terré, *Introduction générale au droit*, 9^e éd., Dalloz, 2012, n° 137 : il faut « éviter que les diverses juridictions ne statuent différemment sur un même point : il serait choquant que le gain d'un procès dépende de la juridiction compétente. Aussi une juridiction est-elle placée au-dessus de toutes les autres, la Cour de cassation, qui assure l'unité dans l'application de la règle de droit ». V. encore S. Guinchard et *al.*, *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 679 ; P. Bellet, « La Cour de cassation », *RIDC* 1978, p. 193 s., spéc. p. 194 ; G. Canivet, « La Cour de cassation et l'interprétation uniforme du droit », conférence Beyrouth, 21 déc. 2001, Publications de l'Université Saint-Joseph, CEDROMA, Bruylant, 2004, p. 333, spéc. n° 1 : « la fonction de la Cour de cassation d'unifier la jurisprudence de toutes les juridictions du fond ». V. aussi, de ce dernier auteur, « La Cour de cassation et les divergences de jurisprudence », in *Les divergences de jurisprudence*, PU Saint-Étienne, 2003, p. 141 s., spéc. p. 141 : le « rôle fondamental » des juridictions de cassation est « d'unifier l'interprétation de la loi, c'est-à-dire de faire en sorte que la loi unique de la République ne soit pas interprétée différemment par les différentes juridictions réparties sur le territoire ».

2) Pour le Conseil d'État : J. Massot, « La cassation », *AJDA* 1995, numéro spécial, p. 200 s. ; P. Delvolvé, « Le Conseil d'État, Cour suprême de l'ordre administratif », *Pouvoirs* 2007, n° 123, p. 51 s. ; S. Guinchard et *al.*, *Institutions*

jurisprudence »¹²²⁸ sur tout son territoire, afin notamment de maintenir le caractère *commun* du *droit commun de la France* au stade de son application. La Cour de cassation le reconnaît d'ailleurs parfois sans détour : par le biais de son service de documentation, des études et du rapport, elle put par exemple affirmer, à l'occasion d'arrêts rendus le 17 mai 2013 par une chambre mixte en matière d'interdépendance contractuelle, que « par ces décisions, la Cour de cassation [...] exerce [...] sa fonction régulatrice, visant à harmoniser la jurisprudence sur l'ensemble du territoire »¹²²⁹. Les textes, sans consacrer expressément cette mission consolidée au fil des ans¹²³⁰, l'impliquent néanmoins : l'article L. 411-1 du code de l'organisation judiciaire prévoit qu'« il y a, pour toute la République, une Cour de cassation » ; la première phrase de l'article L. 111-1 du code de justice administrative lui fait écho, qui prévoit que « le Conseil d'État est la juridiction administrative suprême ». Tous les jugements et arrêts rendus sur le territoire de la République étant de leur ressort au stade de la cassation pourvu que la voie du pourvoi en cassation soit ouverte et que ses conditions de recevabilité se trouvent réunies, les deux juridictions de cassation, par les arrêts et les avis contentieux¹²³¹ qu'elles rendent, sont un organe d'unité juridique nationale. Parce qu'elles disposent des moyens d'assurer l'uniformité nationale d'interprétation du *droit commun de la France*, elles en permettent la perfection technique¹²³². Il reste cependant difficile, en pratique, de parvenir à cette uniformité d'interprétation¹²³³ ; c'est pourquoi le rôle des juridictions de cassation en la matière reste déterminant¹²³⁴.

juridictionnelles, 10^e éd., Dalloz, 2009, n° 724, spéc. p. 728 ; J.-L. Aubert et É. Savaux, *Introduction au droit*, 13^e éd., Dalloz, 2010, n° 140. Adde T. Célérier, « La cassation administrative », *LPA* 20 janv. 1992, p. 14 s.

¹²²⁷ J.-F. Weber, *La Cour de cassation*, Documentation française, 2006, chap. 4, p. 63 s.

¹²²⁸ P. Bellet, « La Cour de cassation », *RIDC* 1978, p. 193 s., spéc. p. 194. Rappr. J.-L. Aubert et É. Savaux, *Introduction au droit*, 13^e éd., Dalloz, 2010, n°s 165 et 168. V. aussi, pour le Conseil d'État, J. Massot, « La cassation », *AJDA* 1995, p. 200 s. : « assurer l'unité [...] de la jurisprudence administrative ».

¹²²⁹ Communiqué relatif aux arrêts n° 275 (11-22.768) et 276 (11-22.927) de la Chambre mixte du 17 mai 2013.

¹²³⁰ J. Chevreau, « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Documentation française, 1994, p. 85 s., spéc. p. 85.

¹²³¹ Rappr., pour la Cour de cassation, J.-F. Weber, *La Cour de cassation*, Documentation française, 2006, p. 63 : « pour « assurer l'unité du droit dans toute la République », la Cour de cassation dispose de deux outils ; ses avis, de création très récente, et ses arrêts, qu'elle élabore depuis plus de deux siècles ». Pour des développements techniques détaillés sur les avis et les arrêts, v. not. cet ouvrage. V. aussi G. Canivet, « La Cour de cassation et les divergences de jurisprudence », in *Les divergences de jurisprudence*, PU Saint-Étienne, 2003, p. 141 s. ; « La Cour de cassation et l'interprétation uniforme du droit », conférence Beyrouth, 21 déc. 2001, Publications de l'Université Saint-Joseph, CEDROMA, Bruylant, 2004, p. 333, spéc. n° 28 s.

¹²³² 1) Si une juridiction « locale » interprète de manière divergente, sa décision encourt la censure.

2) Cela peut également expliquer la proximité organique ou institutionnelle qui a pu exister ou existe encore entre, d'un côté, les juridictions de cassation et, d'un autre côté, des organes législatifs (notamment, a existé, de 1790 à 1837, la technique du référé législatif : par exemple, l'article 12 du titre II de la loi des 16 et 24 août 1790 prévoyait que « les tribunaux s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire d'interpréter une loi ») ou exécutifs (cf. not. la « double casquette » du Conseil d'État, à la fois juridiction et conseiller de l'administration). Peut-être est-ce aussi pourquoi la conception jacobine a tendance, à la suite de Robespierre, à considérer la cassation « comme une dépendance de la fonction législative » (J.-L. Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution [1790-1799]*, LGDJ, 1987, p. 267).

¹²³³ Rappr. R. Demogue, *L'unification internationale du droit*, Rousseau, 1927, p. 186 : « il est déjà difficile dans un pays où les juridictions sont toutes sous l'empire d'une Cour suprême comme dans beaucoup de pays de l'Europe occidentale, d'arriver à une complète unité de jurisprudence ». Outre les exemples cités juste *infra*, v. la question des barèmes retenus dans le ressort de chaque cour d'appel pour l'indemnisation des préjudices non économiques, sur lesquels la Cour de cassation a refusé d'intervenir, et qui semblent à l'origine du développement de véritables jurisprudences régionales (G. Viney, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *RDA* n° 1, janv. 2010, p. 30 s., spéc. p. 38 : « En réalité, les tribunaux se réfèrent, sans le dire, à des barèmes, ou référentiels et, pour éviter d'être démentis en appel, ils adoptent ceux qui ont été établis et sont appliqués par la cour d'appel dont ils relèvent. Ainsi se sont constituées, au moins pour l'indemnisation des préjudices non économiques, des jurisprudences régionales que la Cour de cassation n'a pas cherché à unifier, ce qui a créé une réelle inégalité entre

344. **Illustration.** Le cautionnement en fournit notamment un exemple¹²³⁵. L'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984 – devenu l'article L. 313-22 du code monétaire et financier¹²³⁶ – avait prévu une obligation d'information annuelle de la caution sur l'étendue de ses engagements, lorsque le cautionnement présentait certaines caractéristiques. La question s'est posée de savoir si ce texte devait recevoir application en cas de souscription du cautionnement par le dirigeant de la société cautionnée. Les juges du fond sont restés un temps divisés quant à la réponse à apporter à cette question : applicabilité du texte pour les uns¹²³⁷, absence d'applicabilité pour les autres¹²³⁸. Du fait de ces divisions, dues à des interprétations locales divergentes, une même règle de droit commun territorial était particularisée au stade de son interprétation et conduisait à deux solutions différentes en dépit de l'unité de sa lettre et de son applicabilité sur tout le territoire national. Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 25 mai 1993 vint mettre un terme à la divergence en décidant que le texte, qui ne distinguait pas entre les diverses cautions,

justiciables et une insécurité supplémentaire) » ; v., tâchant d'en compenser les effets néfastes, la « nomenclature Dintilhac » de 2005, citée *infra*.

¹²³⁴ Une comparaison avec les systèmes étrangers qui ne connaissent pas l'institution des juridictions de cassation est éclairante. Par ex., pour le droit argentin, J. J. Llambías, *Tratado de derecho civil*, t. 1, 23^e éd., par P. J. Raffo Benegas, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010 (trad. libre) : le recours en cassation étant un moyen de parvenir à l'unité du droit (n° 73, p. 84), l'auteur milite pour son introduction en droit argentin, dans la mesure où il existe dans ce système le « danger » que l'application d'une règle de droit au domaine d'application national transforme cette règle en autant de règles différentes qu'il existe de ressorts juridictionnels différents (n° 79, p. 86) ; « pour éviter le fractionnement ou la mosaïque de la législation [...], que les constituants souhaitaient uniforme dans tout le pays, il est nécessaire d'édicter une loi créant un tribunal national de cassation » (n° 79, p. 87). *Adde* G. A. Borda, *Manual de derecho civil - Parte general*, 23^e éd., par G. J. Borda, Buenos Aires, La Ley, 2012, n° 54, p. 51.

¹²³⁵ Les exemples de questions qui ont divisé les juges du fond quant à la solution à y apporter avant l'intervention de la Cour de cassation ne manquent pas.

1) S'est posée la question de savoir si le « référé en la forme » était susceptible de contredit ou d'appel ; faute d'intervention de la Cour de cassation, les juridictions du fond sont restées divisées, et il a fallu attendre l'article 492-1 nouveau du code de procédure civile pour savoir que ces ordonnances sont susceptibles d'appel (sur ce débat, M. Foulon et Y. Strickler, « Le décret n° 2011-1043 du 1^{er} septembre 2011 et la procédure en la forme des référés », *D.* 2011, p. 2668 s.). Sur le texte, *adde* M. Foulon et Y. Strickler, *Les référés en la forme*, Dalloz, 2013, *passim*.

2) Les cours d'appel étaient également divisées quant au privilège de la sécurité sociale : la question qui se posait était de savoir si les inscriptions successives de trois mois en trois mois ne garantissaient, quoi qu'il arrive, qu'un an de cotisations, ou si elles pouvaient en garantir deux ans et trois mois ; la chambre commerciale de la Cour de cassation a tranché la controverse jurisprudentielle par un arrêt du 5 février 1958, optant pour la deuxième solution et permettant le rétablissement de l'unité d'interprétation du texte instituant ce privilège, devenu l'article L. 243-4 du code de la sécurité sociale (sur ce débat, v. *Rép. dr. sociétés* Dalloz, V° « Entreprise en difficulté - Redressement judiciaire [phase de traitement - les créanciers] », par Y. Guyon et J. Derruppé, 1996, actu. 2011, n° 348).

¹²³⁶ L'alinéa 1^{er} de cet article dispose : « Les établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale, sont tenus au plus tard avant le 31 mars de chaque année de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution, ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, ils rappellent la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée ».

¹²³⁷ V. les décisions citées par J. Ngafaounain, *D.* 1994, p. 177 s., n° 6 : CA Paris, 2 oct. 1990, *RJDA* 1991, p. 59 – CA Pau, 2^e ch., 22 mars 1991, *Juris-Data*, n° 040870 – CA Grenoble, 10 mai 1991, *Juris-Data*, n° 041257 – CA Paris, 19 et 20 juin 1991, *Banque* 199, p. 867, obs. J.-L. Rives-Lange – CA Limoges, 1^{re} ch., 29 oct. 1991, *Juris-Data*, n° 050621.

¹²³⁸ V. les décisions citées par J. Ngafaounain, art. préc., n° 5 : CA Poitiers, 13 déc. 1989 ; *RD bancaire et bourse* 1991, p. 28, obs. M. Contamine-Raynaud – CA Montpellier, 3 mai 1990 et CA Toulouse, 6 oct. 1990, *Banque* 1991, p. 92, obs. J.-L. Rives-Lange – CA Rouen, 17 janv. 1991, *Banque et droit* 1991, p. 208, obs. J.-L. Guillot – CA Pau, 1^{re} ch., 31 janv. 1991, *LPA* 22 nov. 1991, p. 22, note Luby – CA Rennes, 10 avr. et 10 mai 1991, *RD bancaire et bourse* 1992, p. 80, obs. M. Contamine-Raynaud – T. com. Paris, 10 déc. 1992, *Banque et droit* 1993, p. 33, obs. J.-L. Guillot.

devait recevoir application lorsque le cautionnement était souscrit par le dirigeant de la société cautionnée¹²³⁹ ; elle unifia par là même l'interprétation de la règle.

345. **Éviter le développement de « jurisprudences locales ».** La tâche d'éviter le développement de véritables jurisprudences locales¹²⁴⁰ compromettant le caractère uniforme des règles de droit commun territorial apparaît ainsi essentielle : une même question ne doit pas recevoir des réponses différentes en fonction de la partie du territoire sur laquelle elle est posée¹²⁴¹. Ainsi, plus les juridictions de cassation exercent leur contrôle, plus elles évitent ce spectre du « particularisme local ou régional dans le maniement des lois nationales »¹²⁴². L'abandon de l'interprétation d'un texte de droit commun territorial à l'appréciation souveraine des juges du fond serait, dans ce contexte, une forme de renonciation de la juridiction de cassation à sa mission de maintien de l'unité territoriale du droit¹²⁴³. Or, si les juridictions de cassation exercent toujours leur contrôle sur l'interprétation de la loi¹²⁴⁴ – ce qui empêcherait l'hypothèse de se présenter directement –, il n'en demeure pas moins que certaines questions laissées à l'appréciation des juges du fond contribueraient parfois à compromettre indirectement l'uniformité d'interprétation des règles de droit commun territorial : exemples parmi d'autres, la Cour de cassation abandonne au pouvoir souverain des juges du fond la question de l'appréciation de la gravité des motifs de révocation d'une donation pour cause d'ingratitude¹²⁴⁵, ou encore celle de l'appréciation de l'intention libérale¹²⁴⁶. Mais peut-elle s'en dispenser ? Peut-être le développement des recherches sur ces questions apparaîtrait-il profitable, mettant à contribution la doctrine, les juridictions de cassation et les avocats au Conseil d'État et à la Cour

¹²³⁹ Com. 25 mai 1993, n° 91-15.183, *Bull. civ.* IV, n° 203 : « l'obligation à laquelle sont tenus les établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition d'un cautionnement, de faire connaître chaque année à la caution le montant et le terme des principal, intérêts, frais et accessoires, garantis par elle, doit être respectée jusqu'à l'extinction de la dette, même lorsque le cautionnement a été souscrit par un dirigeant de la société cautionnée en connaissant exactement la situation ».

¹²⁴⁰ Ph. Théry, « La "jurisprudence" des cours d'appel et l'élaboration de la norme », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, dir. N. Molfessis, Economica, 2004, p. 129 s., spéc. p. 130. *Adde* J.-L. Aubert et É. Savaux, *Introduction au droit*, 13^e éd., Dalloz, 2010, n° 168. Cette « jurisprudence locale » pourrait, à l'extrême, être « dépeinte comme la création d'un sous-système de droit » (J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, « Quadrige », 2004, p. 262).

¹²⁴¹ Rappr. X. Bachellier, « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Documentation française, 1994, p. 91 s., spéc. p. 92, pour la question de la définition de la faute inexcusable visée par l'article 3 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 relative aux accidents de la circulation : « on ne peut accepter en effet qu'un même comportement soit jugé inexcusable en un endroit de la France et pas en un autre », et c'est la raison pour laquelle il semble opportun que la Cour de cassation en donne une définition (v. par ex. Ass. plén. 10 nov. 1995, n° 94-13.912, *Bull. AP*, n° 6).

¹²⁴² J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, « Quadrige », 2004, p. 262.

¹²⁴³ Rappr. Ph. Théry, « La "jurisprudence" des cours d'appel et l'élaboration de la norme », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, dir. N. Molfessis, Economica, 2004, p. 129 s. Motulsky et Marty prônaient « l'universalité du contrôle » (cités par X. Bachellier, « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Documentation française, 1994, p. 91 s., spéc. p. 100). V. aussi J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, « Quadrige », 2004, p. 361-362 ; les exemples donnés sont caractéristiques : « une blessure identique n'est pas, ici et là, réparée au même taux ; [...] les probabilités (d'ailleurs faibles) d'échouer dans une demande en divorce faisaient plus que doubler tout de même, pour peut qu'on émigrât de l'Île-de-France en Poitou ».

¹²⁴⁴ M.-N. Jobard-Bachellier et X. Bachellier, *La technique de cassation*, 7^e éd., Dalloz, 2010, p. 53 s.

¹²⁴⁵ Not. Civ. 1^{re}, 16 juin 1998, n° 96-15.366, *Bull. civ.* I, n° 209.

¹²⁴⁶ Not. Civ. 1^{re}, 25 févr. 1997, n° 94-22.022, *Bull. civ.* I, n° 70.

de cassation, corps aux premières loges pour constater les divergences locales de jurisprudence et y proposer, le cas échéant, des remèdes¹²⁴⁷.

346. **Conclusion de chapitre.** Il est difficile d'affirmer que le *droit commun de la France* aurait disparu avec les codifications du XIX^e siècle et l'applicabilité de principe de toutes les règles de droit sur l'ensemble du territoire national. Au contraire, il connaît, depuis cette époque, son apogée : il n'a jamais été aussi complet, systématique et élaboré – nombre de règles s'appliquent à tout le territoire de la France. Les codes continuent de le regrouper majoritairement et les juridictions de cassation permettent d'en assurer l'interprétation uniforme sur tout le territoire national, évitant largement la renaissance de particularismes locaux au stade de son application. Le *droit commun de la France*, quelle que soit l'institution envisagée, revêt ainsi aujourd'hui une certaine perfection technique.

347. **Conclusion de sous-titre.** Le droit commun territorial naît avec les « lois du roi », ordonnances, édits et déclarations qui, dans les derniers siècles de l'Ancien Régime, concernent de plus en plus d'institutions juridiques et dont le domaine d'application territorial « naturel » s'étend à l'ensemble de la France : l'attestent les grandes ordonnances de Louis XIV, qui réglementent notamment le commerce de terre, le commerce maritime, la procédure civile, et contiennent, pour les institutions qu'elles régissent, quelques règles de *droit commun de la France* ; l'attestent encore les grandes ordonnances de Louis XV, qui réglementent plus spécifiquement une institution, telles que les donations, les testaments ou les substitutions fidéicommissaires, et sont elles aussi la source, pour l'institution qu'elles réglementent, de règles de *droit commun de la France*. Après la Révolution française, le droit commun territorial connaît son apogée pour de nombreuses institutions, puisque le droit nouveau est imposé à l'ensemble du territoire français. Les codifications, les grandes lois et l'instauration des juridictions de cassation pour en contrôler l'interprétation uniforme, en sont l'aboutissement. Loin d'avoir disparu au début du XIX^e siècle, le *droit commun de la France*, connaît ainsi, depuis lors, son apogée.

348. **Conclusion de titre.** Depuis son inexistence initiale jusqu'à sa relative perfection technique actuelle, en passant par sa préparation doctrinale et ses premières

¹²⁴⁷ 1) V. déjà, en ce sens, des initiatives en marge du contrôle des juridictions de cassation telle la « nomenclature Dintilhac », du nom de l'ancien président de la deuxième chambre civile de cette juridiction sous l'égide duquel fut élaboré le « Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels », 2005, et visant notamment à lutter contre les effets néfastes des barèmes locaux. V. par ex. M. Mekki « Retour aux sources du droit de la responsabilité civile », *RDA* n° 5, févr. 2012, n° 20, et les références citées.

2) *Adde* par ex. X. Bachellier, art. préc., qui estime que le critère principal du contrôle de la Cour de cassation serait « la possibilité et l'utilité d'assurer l'unité du droit », ce qui varie en fonction des notions (p. 101), et qu'« il ne faut pas tomber dans la facilité en ironisant sur la flexibilité du contrôle des qualifications et ni s'en offusquer », dans la mesure où « le contrôle n'est possible et souhaitable que si une certaine unité du droit peut être atteinte » (p. 103). Sur l'étendue du contrôle de la Cour de cassation, v. par ex. *Rép. pr. civ.* Dalloz, V^o « Pourvoi en cassation », par J. et L. Boré, 2008, n° 282 s. L'étendue du contrôle du juge administratif de cassation semble à cet égard plus poussée que celle du contrôle du juge judiciaire de cassation ; pour une synthèse, v. par ex. B. Seiller, « Les grandes distinctions en contentieux administratif », *RDA* n° 8, oct. 2013, p. 55 s., spéc. p. 64. Sur le rôle des avocats aux Conseils dans le maintien du caractère *commun* du droit commun (matériel), v. aussi *infra*, n° 537.

affirmations par le roi de France, la construction du droit commun territorial fut lente¹²⁴⁸. Ce dernier, aujourd'hui solidement assis en droit français, concerne de nombreuses institutions juridiques. Il est désormais possible d'aborder la question de l'effectivité du droit commun territorial.

¹²⁴⁸ Oscar Wilde écrivait qu'« il faut que des mondes souffrent pour que s'épanouisse la plus humble des fleurs » (*Le portrait de Dorian Gray*, trad. J. Gattégno, chap. 3, Gallimard, « La Pléiade », p. 382 – « *Worlds had to be in travail, that the meanest flower might blow* ») ; la formule prend du sens au regard de la lente construction du *droit commun de la France*.

TITRE II – LES TENDANCES CONVERGENTES DANS L'EFFECTIVITE

349. **Plan.** C'est à nouveau de tendances convergentes qu'il s'agit ici : pour de nombreuses institutions, le *droit commun de la France* coexiste avec des règles spéciales territoriales, locales ; ce phénomène, qui semble aller croissant, peut être mesuré (Sous-titre I). Cette coexistence pose en outre la difficile question de la relation entre règles de droit commun territorial et règles spéciales territoriales (Sous-titre II)¹²⁴⁹.

¹²⁴⁹ Pour ces deux questions, rappr. J.-B. Auby, « Réflexions sur la territorialisation du droit », in *Mélanges J.-C. Douence*, Dalloz, 2006, p. 1 s., spéc. p. 8 : il s'agit, d'une part, de « dire dans quelle mesure, sur quels fondements et en présence de quelles considérations, [l'on] admet la différenciation territoriale du droit dans son principe » et, d'autre part, de déterminer comment sont « organis[és] les rapports, au sein du système juridique, entre les normes qui ont un caractère de normes nationales communes, uniformes, et celles qui sont territorialement différenciées ».

SOUS-TITRE I – LA COEXISTENCE PERSISTANTE AVEC LES REGLES SPECIALES TERRITORIALES

350. **Un rapport de commun à spécial.** C'est bien un rapport de commun à spécial qui existe entre droit général et droit local : le droit général, parce qu'il bénéficie d'un domaine d'application *ratione loci* indéfini, étendu à tout le territoire de la France, est du droit commun territorial ; le droit local, parce qu'il ne jouit que d'un domaine d'application *ratione loci* limité à une fraction du territoire, est territorialement spécial – c'est « un droit d'application géographique limitée »¹²⁵⁰. La jurisprudence – notamment celle du Conseil constitutionnel¹²⁵¹ – et la doctrine¹²⁵² le confirment d'ailleurs.

351. **Plan.** À première vue, tout porterait à croire que les règles spéciales territoriales appartiennent au passé. Tel n'est pas le cas. Là encore, la dimension historique ne peut être absente des développements. Sous l'Ancien Régime, le pouvoir royal n'éradiqua jamais les règles spéciales territoriales ; nombre d'entre elles furent abrogées au XIX^e siècle avec les lois de promulgation des codes (Chapitre I). Le droit spécial territorial a pourtant reparu : des règles locales sont apparues au XX^e siècle, notamment le droit d'Alsace-Moselle ; d'autres continuent d'apparaître au XXI^e siècle, notamment liées aux outre-mer (Chapitre II).

¹²⁵⁰ N. Rouland, S. Pierré-Caps et J. Poumarède, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, PUF, 1996, n° 159 (à propos du droit local alsacien-mosellan).

¹²⁵¹ V. spéc. Cons. const., 5 août 2011, n° 2011-157 QPC, consid. n° 4 : « Considérant qu'ainsi, la législation républicaine antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946 a consacré le principe selon lequel, tant qu'elles n'ont pas été remplacées par les dispositions de droit commun ou harmonisées avec elles, des dispositions législatives et réglementaires particulières aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle peuvent demeurer en vigueur ; qu'à défaut de leur abrogation ou de leur harmonisation avec le droit commun, ces dispositions particulières ne peuvent être aménagées que dans la mesure où les différences de traitement qui en résultent ne sont pas accrues et que leur champ d'application n'est pas élargi ». Pour une reprise : Cons. const. 28 sept. 2012, n° 2012-274 QPC, consid. n° 6. V. aussi et not., pour la Cour de cassation : Civ. 1^{re}, 10 mai 2007, n° 05-12.140, *Bull. civ.* I, n° 181 (modes de preuve de la qualité d'héritier) – Crim. 11 juill. 1983, *Neubanser*, n° 83-90.388, *Bull. crim.*, n° 218 (prescription de l'action publique). Quant au Conseil d'État : CE Sect., 23 mai 1958, *Min. éducat. nation. c. Weber, Lebon* p. 293.

¹²⁵² O. Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Economica, 2004, p. 312 ; É. Sander, « Le droit local alsacien-mosellan : un pluralisme dans un système unitaire », in *Le code civil français en Alsace, en Allemagne et en Belgique*, dir. D. d'Ambra et a., PU Strasbourg, 2006, p. 131 : « le droit général est applicable en Alsace-Moselle et constitue le droit commun. [...] Quant au droit local, celui-ci obéit au principe de spécialité » ; M. Verpeaux, « Repos dominical en Alsace-Moselle et principe fondamental reconnu par les lois de la République », note sur Cons. const., 5 août 2011, *JCP G* 2011, 1290 ; N. Rouland, S. Pierré-Caps et J. Poumarède, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, PUF, 1996, n° 158, p. 323. V. aussi le *Guide de légistique* du site Legifrance, 20 oct. 2007, n° 3.7.1, disponible sur http://www.legifrance.gouv.fr/html/Guide_legistique_2/371.htm : « toutes ces dispositions particulières sont regardées comme des règles de droit français d'application géographique limitée ».

Chapitre I – L'apparente disparition des règles spéciales territoriales

352. **Plan.** La réalité de l'Ancien Régime était celle de règles spéciales territoriales stables (Section I). Leur abrogation vint avec la Révolution française (Section II).

Section I – La stabilité des règles spéciales territoriales sous l'Ancien Régime

353. **La coexistence du droit commun territorial et des règles spéciales territoriales.** À côté des règles de *droit commun de la France* édictées par le roi, les règles spéciales territoriales foisonnent sous l'ancien droit : elles sont issues des coutumes applicables chacune à une portion de territoire¹²⁵³. Le phénomène de l'existence de ces règles locales a déjà été mis en évidence ; nous n'y reviendrons pas ici¹²⁵⁴. La stabilité de ces règles peut faire en revanche l'objet de développements succincts.

354. **Les assises théoriques des tentatives de cantonnement.** Si les règles locales se maintinrent tout au long de l'Ancien Régime, ce n'est pas faute pour le pouvoir royal d'avoir cherché à les cantonner ponctuellement. Cette tentative s'est imposée progressivement¹²⁵⁵. Beaumanoir reflète l'esprit initial lorsqu'il écrit que le roi est « tenu a garder et a fere si garder » les coutumes de son royaume¹²⁵⁶ : le roi de France est gardien des droits locaux bien établis ; il n'a pas l'autorité suffisante pour les abroger¹²⁵⁷. Progressivement naît toutefois un courant qui démontre notamment la soumission des coutumes locales au roi : Jacques d'Ableiges écrit que « le Roy est Empereur en son Royaume, et y peut [...] defaire ce qu'il luy plaist »¹²⁵⁸ ; or, si le roi peut défaire ce qu'il lui plaît, il peut notamment défaire les droits locaux. Le mouvement s'affermir au XVI^e siècle et Bodin enseigne dans la même ligne que « toute la force des loix civiles et coutumes

¹²⁵³ 1) Charondas résume cette coexistence : le droit français « se pourroit bien diviser en droit général ou universel de toute la France, et en droit spécial et particulier de chacune Province » (*Pandectes ou Digestes du Droit François*, Richer, 1637, livre I, chap. 25, p. 168) ; les coutumes « ne contiennent qu'un droit particulier de la Province, en laquelle elles sont introduites : en quoy gist la différence d'icelles, et du droit universel de France, fondé sur les loix et ordonnances générales des Rois » (*ibid.*, p. 166).

2) En effet, la construction progressive du droit commun territorial ne fait pas disparaître les règles locales ; les deux phénomènes ne sont pas liés et il serait erroné de croire que l'existence du *droit commun de la France* éclipse, voire abroge, les règles spéciales territoriales.

¹²⁵⁴ V. *supra*, n° 251 s.

¹²⁵⁵ Comme une autre conséquence de l'essor de la théorie de l'absolutisme normatif royal. V. par ex. M. Foisil, « La loi et le monarque absolu », in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, t. 1, Florence, Olschki, 1977, p. 221 s., not. p. 231 ; G. Leyte, « Charondas et le droit français », *Droits* 2004, n° 39, p. 17 s. ; J.-L. Thireau, *Charles Du Moulin*, Genève, Droz, 1980, p. 213 s.

¹²⁵⁶ Ph. de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis* (1283), texte critique par A. Salmon, t. 1, Picard, 1899, n° 683, p. 347.

¹²⁵⁷ V. cep. J. Krynen, « *Voluntas domini regis in suo regno facit ius*. Le roi de France et la coutume », in *El dret comú i Catalunya. Actes del VII Simposi internacional*, Fundació Noguera, Barcelone, 1998, p. 59 s. Cela explique que le roi de France n'intervienne alors que très exceptionnellement en matière de droit privé : les institutions qui en relèvent à titre principal sont l'apanage des coutumes.

¹²⁵⁸ *Le Grand coutumier de France*, cité par P. Guilhiermoz, *Enquêtes et procès : étude sur la procédure et le fonctionnement du Parlement au XIV^e siècle*, 1892, p. 152.

gist au pouvoir du prince souverain »¹²⁵⁹. Domat s'en inspire plus tard, notant que « dans les États sujets à un Souverain, les coutumes ne s'établissent ou ne s'affermissent en forme de loix que de son autorité »¹²⁶⁰. L'idée est également aux fondements de l'*Oratio de concordia et unione consuetudinum Francia* de Du Moulin – discours sur la concorde et l'unité des coutumes de France. Et, puisque le roi est *supra jus positivum*, écrivent parfois – abusivement – les légistes, naît l'idée qu'il peut abroger les règles locales.

355. **Plan.** Forts de ces assises théoriques, plusieurs rois de France eurent le dessein de combattre les règles spéciales territoriales¹²⁶¹ ; ils échouèrent en grande partie¹²⁶². À l'image d'une réalité souvent nuancée, le roi ne réussit qu'à contrôler modérément les droits locaux, par les rédactions imposées des coutumes (§ I), mais sans parvenir à les résorber (§ II).

§ I – Le contrôle réussi

356. **La rédaction des coutumes à l'initiative du roi.** Inspiré par les coutumiers privés, le roi veut initier et contrôler la mise par écrit de toutes les coutumes du royaume de France. Charles VII décide, par l'article 125 de l'ordonnance de Montil-lès-Tours d'avril 1454¹²⁶³, de leur rédaction officielle. Ce texte lance le mouvement ; il faut cependant attendre un certain temps pour qu'il soit entièrement suivi d'effets. La mise par écrit des coutumes se réalise en deux étapes : rédaction et réformation¹²⁶⁴. Quant à la rédaction, une première série de coutumes est rédigée dans la foulée de l'ordonnance de 1454 : par exemple, les coutumes de Bourgogne et de Franche-Comté en 1459, celle de Touraine en 1461 et celle d'Anjou en 1462. Pour la rédaction du reste des coutumes – la grande majorité –, il faudra attendre le XVI^e siècle : notamment, à la suite de la réitération de l'article 125 précité par l'ordonnance d'Amboise prise par Charles VIII en 1498, la coutume d'Orléans est rédigée en 1509 et la coutume de Paris en 1510. Quant à la réformation : la coutume du Poitou est réformée en 1559, celle de Bourgogne en 1575, la coutume de Paris et celle de Bretagne sont réformées en 1580 (sous l'influence, respectivement, de Christofle de Thou et de Bertrand d'Argentré), la coutume d'Orléans en 1583. Ainsi, quoique la fixation définitive des coutumes par écrit ait pris plus d'un siècle, l'initiative est un succès : par la rédaction officielle des coutumes, réussie, le roi de France dispose d'un moyen de connaître et de contrôler les règles locales qui en résultent.

¹²⁵⁹ J. Bodin, *Les six livres de la République*, I, 10, éd. 1578, p. 162-163 (cité par J. Krynen, art. préc., p. 87). V. aussi *supra*, n° 42.

¹²⁶⁰ J. Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Bailly, rééd. 1777, livre préliminaire, titre I, sect. I, 11, p. 3.

¹²⁶¹ Rappr. P. Deumier, *Le droit spontané*, *Economica*, 2002, n° 2, p. 3.

¹²⁶² Autrement exprimé, la royauté ne parvint jamais véritablement à supprimer les droits locaux en même temps qu'elle édictait des règles de *droit commun de la France*.

¹²⁶³ Cet article disposait (extraits) : « Nous voulans abrégier les procez et litiges d'entre noz subjectz et les relever de mises et despens, et mettre certainté ès jugemens [...] et oster toutes matières de variations et contrariétéz, ordonnons, et discernons, déclarons et statuons que les coutumes, usages et stiles de tous les pays de nostre royaume, soient rédigez et mis en escrit, accordez par les coutumiers [...] lesquelz coutumes, usages et stiles ainsi accordez seront mis et escritz en livres, lesquelz seront apportez par-devers nous et [...] observez ».

¹²⁶⁴ Pour une étude d'ensemble, v. R. Filhol, « La rédaction des coutumes en France aux XV^e et XVI^e siècles », in *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, Bruxelles, ULB, 1962, p. 63 s.

357. **Illustrations.** Par exemple¹²⁶⁵, les successions et libéralités font l'objet de trois titres dans la nouvelle coutume de Paris, issue de la réformation de 1580 : le titre XIII pour les donations (articles 272 et suivants), le titre XIV pour les testaments (articles 289 et suivants), et le titre XV pour les successions (articles 299 et suivants). Dans la coutume de Normandie, les successions sont régies par les articles 235 et suivants, tandis que les testaments font l'objet des articles 412 et suivants et que les articles 431 et suivants concernent les donations. Ainsi encore, pour la prescription : dans la nouvelle coutume de Paris, la prescription – acquisitive et extinctive¹²⁶⁶ – fait l'objet du titre VI, lequel contient les articles 113 à 128¹²⁶⁷ ; la coutume d'Anjou consacre sa partie XIII à la prescription, partie contenant les articles 419 et suivants ; la coutume de Bourgogne y consacre son titre XIV¹²⁶⁸. Ces présentations très simples sont rendues possibles par le caractère écrit des coutumes : l'accès aux règles locales est facilité ; d'une manière générale, l'identification des dispositions est rendue plus aisée. C'est dire que, si la rédaction des coutumes ne retire pas la nature locale des règles mises par écrit – elles restent territorialement spéciales –, elle permet à tout le moins au pouvoir central de connaître les différents droits locaux et, partant, de les contrôler mieux.

358. **La rédaction, instrument de contrôle des coutumes.** Imposer la rédaction des coutumes permet au roi de France, c'est certain, de faciliter leur connaissance et leur preuve¹²⁶⁹. Au-delà, la démarche peut également lui ouvrir la voie pour les trier, voire les unifier¹²⁷⁰ : la rédaction des coutumes pourrait avoir été conçue comme une première étape dans cette voie. Aussi et surtout, la rédaction officielle des coutumes, dont l'ordre émane du roi, pourrait introduire « insidieusement » l'idée selon laquelle « si la coutume est encore source du droit, ce n'est que par son bon vouloir »¹²⁷¹. Le pas théorique est fondamental : par l'initiative de

¹²⁶⁵ Pour un aperçu de toutes les coutumes et de tous leurs articles, v. *Nouveau coutumier général ou corps des coutumes générales et particulières de France et des provinces connues sous le nom des Gaules*, par Bourdot de Richebourg, Robustel, 1724.

¹²⁶⁶ Les deux types de prescription sont confondus par la coutume de Paris ; au mieux, certains commentateurs les dissocient (par exemple Bourjon, *Le droit commun de la France et la Coutume de Paris*), mais cela apparaît rare.

¹²⁶⁷ L'ancienne coutume de Paris, rédigée en 1510, contenait un chapitre intitulé *de prescription*, lequel comportait quatre articles (les articles 66 à 69 – cités par F. Olivier-Martin, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, t. 2, fasc. 1, 1926, Leroux, p. 82).

¹²⁶⁸ Titre qui a le mérite de la simplicité, puisqu'il ne contient qu'un seul article, rédigé en ces termes : « De toutes choses prescriptibles, toutes prescriptions sont uniformes et réduites à trente ans » (*Coutume générale des pays et duché de Bourgogne*, par Taisand, 1698, Dijon, Ressayre, p. 767 s.).

¹²⁶⁹ La rédaction des coutumes sécurise l'invocation des règles locales : elles deviennent des règles contenues dans des *articles* de la coutume, et non plus des règles connues de certains, transmises par la mémoire, et dont la formulation peut varier dans le temps ; le droit devient moins incertain dans son contenu (v. R. Filhol, « La rédaction des coutumes en France aux XV^e et XVI^e siècles », in *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, Bruxelles, ULB, 1962, p. 63 s., spéc. p. 66 ; dans le même ouvrage, J. Gilissen, « La rédaction des coutumes : essai de synthèse », p. 15 s., spéc. p. 30). L'avancée vers davantage de sécurité juridique passe d'ailleurs souvent – tout restant question de mesure – par la promotion de l'écrit lorsque celui-ci est possible. Autre exemple : l'article 54 de l'ordonnance de Moulins de février 1566 disposait que la preuve testimoniale ne serait plus admise pour les demandes portant sur des sommes de plus de cent livres ; c'était favoriser la sécurité juridique par la promotion de la preuve écrite.

¹²⁷⁰ R. Filhol, « La rédaction des coutumes en France aux XV^e et XVI^e siècles », in *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, Bruxelles, ULB, 1962, p. 63 s., spéc. p. 67 *in fine* ; *Rép. civ.* Dalloz, V^o « Coutume et usages », 2003, par P. Deumier, n^o 2 ; P. Deumier, *Le droit spontané*, *Economica*, 2002, n^o 2, p. 4. Rapp. F. Zenati-Castaing, « Le Code civil et la coutume », in *Mélanges Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 607 s., spéc. p. 612. *Adde* R. Denoix de Saint Marc, *Histoire de la loi*, Privat, 2008, p. 35.

¹²⁷¹ P. Deumier, *Le droit spontané*, *Economica*, 2002, n^o 2, p. 3 (pour les deux dernières citations). V. aussi F. Zenati-Castaing, « Le Code civil et la coutume », in *Mélanges Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 607 s., spéc. p. 608-609. Cette conception se retrouve particulièrement chez Suárez, pour qui le « consentement du Prince » est nécessaire à la

Charles VII, « toutes les sources du droit sont désormais reliées au roi de France qui assure l'unification, au moins formelle, de l'ordre juridique »¹²⁷². L'un des buts, même lointains, des rédactions et réformations de coutumes pourrait donc avoir été de tendre vers une certaine unification des règles applicables en France¹²⁷³. Le succès de cette rédaction officielle s'accompagne pourtant d'un échec quant aux tentatives d'unification des coutumes.

§ II – La résorption manquée

359. **La volonté de supprimer les droits spéciaux territoriaux.** Louis XI veut aller plus loin que la seule rédaction des coutumes ordonnée par son père Charles VII : il souhaite unifier les coutumes¹²⁷⁴, « rendre les loix uniformes dans le royaume »¹²⁷⁵, selon ses propres termes « en faire de toutes nouvelles qui seront toutes unes »¹²⁷⁶ ; quoiqu'il ne le dise pas explicitement¹²⁷⁷, la tâche implique la suppression des règles locales, une *reductio ad unum*. Projet ambitieux interrompu par le décès du roi en 1483. Ce sursaut de centralisme, quoique longtemps resté lettre morte, imprègne progressivement les mentalités. Au XVI^e siècle, le pouvoir royal et ses conseillers sont poussés à l'unification – et, sinon à la suppression, du moins au cantonnement des règles locales – par les doléances formulées aux États généraux d'Orléans en 1560¹²⁷⁸ et de Blois en 1576¹²⁷⁹. Ces doléances semblent notamment trouver écho dans une promesse contenue dans l'ordonnance de Blois, édictée en 1579 et rédigée par la plume de Michel de l'Hospital¹²⁸⁰ ; il ne s'agit, certes, encore que d'une promesse. Ce souhait est ravivé lorsqu'au XVII^e siècle, Colbert exhorte Louis XIV à unifier les coutumes¹²⁸¹ : là encore, la volonté de supprimer les règles locales est en arrière-plan. Quant à Guillaume de Lamoignon, il « rêve de réduire le droit coutumier en une grande ordonnance qui s'appliquera à tout le royaume et qui donnera à Louis XIV la gloire la plus enviable de toutes »¹²⁸² : sous-entendu, il aspire à un *droit commun de la France* exclusif, sans droit spécial territorial concurrent. Au XVIII^e siècle, le chancelier Maupeou s'inscrit dans la même

constitution de la coutume : il en est la cause efficiente (V. Michel, « La coutume dans le *De legibus ac Deo Legislatore* de Francisco Suarez », *APD* 1997, t. 41, p. 445 s., spéc. p. 452). Rapp., aussi, de M. Radin, « La censure des coutumes », in *Mélanges F. Gény*, t. 1, Sirey, 1934, p. 89 s., spéc. p. 93, et la référence à la définition des *consuetudines* de la *Summa de legibus*, X (note 19) : « *mores ex antiquitate habitī, a principibus approbati et a populo conservati* ».

¹²⁷² J.-L. Halpérin, *Profils des mondialisations du droit*, Dalloz, 2009, p. 101.

¹²⁷³ A. Rigaudière, Introduction historique à l'étude du droit et des institutions, 3^e éd., Economica, 2006, p. 606.

¹²⁷⁴ V. spéc. R. Gandilhon, « L'unification des coutumes sous Louis XI », *Revue historique* 1944, p. 317 s. V. aussi J. Krynen, « *Voluntas domini regis in suo regno facit ius*. Le roi de France et la coutume », in *El dret comú i Catalunya. Actes del VII Simposi internacional*, Fundacio Noguera, Barcelone, 1998, p. 59 s., spéc. p. 63.

¹²⁷⁵ J.-B. Denisart, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, 6^e éd., 1768, t. 1, p. 342-343, cité par R. Gandilhon, « L'unification des coutumes sous Louis XI », *Revue historique* 1944, p. 317 s., spéc. p. 318.

¹²⁷⁶ Quittance du 27 août 1481, citée par R. Gandilhon, « L'unification des coutumes sous Louis XI », *Revue historique* 1944, p. 317 s., spéc. p. 319-320.

¹²⁷⁷ Mesure politique pour éviter les résistances des nombreux défenseurs des droits provinciaux ?

¹²⁷⁸ Article 243 des doléances du Tiers-État (cité par J. Krynen, art. préc., p. 65).

¹²⁷⁹ Article 281 des doléances du clergé et article 200 de celles du Tiers-État (cités par J. Krynen, art. préc., p. 65).

¹²⁸⁰ V. not. l'article 97 de l'ordonnance de Blois de 1576 (cité par J.-L. Gazzaniga, « Le code avant le code », in *La codification*, dir. B. Beignier, Dalloz, 1996, p. 21 s., spéc. p. 24).

¹²⁸¹ Ainsi que les poids et les mesures. J. Krynen, « *Voluntas domini regis in suo regno facit ius*. Le roi de France et la coutume », in *El dret comú i Catalunya. Actes del VII Simposi internacional*, Fundacio Noguera, Barcelone, 1998, p. 59 s., spéc. p. 65 ; J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992.

¹²⁸² F. Olivier-Martin, *La coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*, Sirey, 1925, p. 21.

ligne, lorsqu'il exprime le souhait de « réunir enfin la France sous l'empire des mêmes lois »¹²⁸³ : le vœu de supprimer les règles locales est encore latent. L'aspiration à la suppression des droits spéciaux territoriaux dissimulée sous le thème de l'unité du droit sur le territoire national revient à intervalles réguliers – jusqu'aux États généraux de 1789, où de nombreux cahiers de doléances réclament un seul code pour tout le royaume, un code français, code national ou général, applicable à toutes les provinces du royaume et ce, *en vue de remplacer les multiples coutumes*¹²⁸⁴. Les tentatives de suppression des règles spéciales territoriales dissimulées derrière la volonté de *reductio ad unum*¹²⁸⁵ constituèrent cependant un échec.

360. Le rôle déterminant des juristes particularistes dans l'échec de la résorption des droits spéciaux territoriaux. Les juristes défavorables à l'autorité du roi furent pour beaucoup dans cet échec ; c'est toute la richesse et la complexité de la doctrine d'Ancien Régime, à la fois partisane de l'unité (du droit commun) et artisanne de la diversité (des droits locaux)¹²⁸⁶. Loin de céder à la thèse de l'absolutisme royal, certains juristes, tels Oresme, Juvénal des Ursins, Gerson, Nicole ou d'Argentré, défendent en effet la « souveraineté » du droit local : ils soutiennent que le roi de France n'est pas le « maître absolu de l'ordre juridique »¹²⁸⁷, et qu'il doit notamment respecter toutes les « bonnes coutumes » – catégorie dans laquelle entre, statistiquement, l'immense majorité des règles locales. Les auteurs particularistes sont nombreux¹²⁸⁸, spécialement dans l'ouest de la France, en Normandie ou en Bretagne – provinces rattachées au royaume dans la douleur. Les idées de Bertrand d'Argentré furent à cet égard déterminantes : alors que d'autres luttaient « pour l'autorité royale et l'unité du droit, d'Argentré [luttait] pour la féodalité et pour l'autonomie juridique des provinces »¹²⁸⁹. À travers la thèse de l'indépendance des coutumes en général et de la coutume de Bretagne en particulier, ce dernier élaborait la théorie de la « souveraineté » des droits provinciaux¹²⁹⁰ : le juriste breton posait en règle que toute coutume doit se renfermer dans son territoire et, corrélativement, que toute coutume, dans l'étendue de son territoire, est souveraine¹²⁹¹. Proposition justifiée par le fait, estime d'Argentré, que « les provinces françaises, particulièrement la Bretagne, se sont donné des lois, alors qu'elles étaient indépendantes ; réunies maintenant sous la même couronne, elles n'ont pas pour cela perdu leur autonomie juridique »¹²⁹². Conséquence : si les coutumes sont « souveraines », le roi de France n'a pas de prise sur elles et ne peut les abroger ; la théorie est si bien reçue qu'en fin de compte, même les juristes les plus favorables à l'absolutisme royal soutiennent que si, en théorie, le roi souverain a tout loisir « pour déroger aux coutumes, ou du

¹²⁸³ Cité par J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 43.

¹²⁸⁴ J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 47 ; v. par ex. le cahier du tiers état du baillage de Nemours (cité par X. Martin, *Mythologie du Code Napoléon*, Bouère, DMM, 2003, p. 100-101).

¹²⁸⁵ C'est-à-dire la volonté affichée de réduire les coutumes locales à l'unité d'une coutume nationale commune.

¹²⁸⁶ V. J.-L. Halpérin, *op. cit.*, p. 24-25.

¹²⁸⁷ *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, *V^o « Coutumes françaises »*, par J.-M. Carbasse, PUF, « Quadrige », 2003, p. 330.

¹²⁸⁸ J.-L. Halpérin, *op. cit.*, p. 35.

¹²⁸⁹ A. Lainé, *Introduction au droit international privé contenant une étude théorique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*, t. 1, Pichon, 1888, p. 314. Rapp. Ph. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 53, qui appellent combien d'Argentré était « un juriste fortement particulariste ».

¹²⁹⁰ A. Lainé, *op. cit.*, p. 313.

¹²⁹¹ A. Lainé, *op. cit.*, p. 316.

¹²⁹² A. Lainé, *op. cit.*, p. 317-318.

tout les abroger, s'il lui plaît»¹²⁹³, en pratique néanmoins, « les particularités des pays, qui ont introduit les diversités de coutumes ne permettent qu'en tous articles ils soient rangés sous une même loi »¹²⁹⁴. Le succès de ces idées contribue à expliquer le maintien des coutumes dans toute leur vigueur.

361. **Le rôle paradoxal de la rédaction des coutumes dans l'échec de la résorption des droits spéciaux territoriaux.** Par ailleurs, la légitimité de l'existence des droits locaux se serait trouvée confortée, de manière paradoxale, par la rédaction des coutumes elle-même. D'abord, parce que cette dernière souligna la diversité des droits locaux : elle souligna, « d'un jour cruel, l'extrême diversité des coutumes et, en les fixant, ne permit plus d'espérer une fusion progressive »¹²⁹⁵. Ensuite, parce qu'elle consolida leur autorité : l'initiative et son résultat furent retournés contre l'autorité royale et certains, au lieu d'y voir une manifestation de l'étendue de la souveraineté du roi sur tout le territoire français, y virent au contraire l'affirmation de la puissance des droits locaux. La résistance des juristes particularistes aux souhaits royaux de cantonnement des règles spéciales territoriales s'axe donc également sur ce point : dans la rédaction des coutumes, ils voient rien moins qu'une aubaine. « Combien donc est aujourd'hui plus ferme l'autorité et la foi des Coutumes, puisqu'elles ont été rédigées par écrit par le consentement public des Provinces », s'exclame Choppin¹²⁹⁶. Comment le roi pouvait-il abroger, ou même simplement modifier les droits locaux, « alors que ces coutumes forment historiquement le patrimoine juridique de leurs populations, et qu'elles ont reçu du roi la confirmation la plus solennelle lors de leur rédaction »¹²⁹⁷ ? En quelque sorte, le remède mis en œuvre (la rédaction des coutumes) alimenta le mal (la multiplicité des règles locales) plus qu'il ne le résorba¹²⁹⁸.

362. **Lutte contre les seules « mauvaises » règles locales.** Le roi, en quête du cantonnement des règles locales, n'a ainsi de prise que sur les « mauvaises » coutumes¹²⁹⁹ : s'il reste gardien des « bonnes » coutumes, il est l'ennemi des « moins bonnes ». C'est la seule idée qui ne fait pas l'objet de contestations massives. Le roi combat ainsi les « mauvaises coutumes » sans

¹²⁹³ L. Charondas Le Caron, *Pandectes ou Digestes du Droit François*, Richer, 1637, livre I, chap. 25, p. 169.

¹²⁹⁴ L. Charondas Le Caron, *op. cit.*, p. 171.

¹²⁹⁵ F. Olivier-Martin, *La coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*, Sirey, 1925, p. 13.

¹²⁹⁶ R. Choppin († 1606), « Remarques communes sur les Coustumes », in *Les œuvres de M^r René Choppin*, t. 1, 1673, p. 43 (cité par A. Lainé, *Introduction au droit international privé contenant une étude théorique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*, t. 1, Pichon, 1888, p. 288). Adde J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 38 : « l'intervention de la royauté dans la rédaction des coutumes avait finalement abouti à la consécration, sous l'autorité du roi, de la diversité coutumière et élevé les coutumes au rang de lois, autant sinon plus contraignantes que les ordonnances royales puisque le roi ne pouvait pas procéder seul à la réformation des coutumes ».

¹²⁹⁷ J.-L. Halpérin, *op. cit.*, p. 44. Rapp. J. Gilissen, « La rédaction des coutumes : essai de synthèse », in *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, Bruxelles, ULB, 1962, p. 15 s., spéc. p. 33, qui estime que la rédaction des coutumes est un obstacle à l'unification du droit : « en rédigeant les coutumes, on les maintient ; on empêche donc l'effet des facteurs d'unification ».

¹²⁹⁸ J. Gilissen, art. préc., spéc. p. 30 : « rédiger la coutume, c'est en assurer le maintien, la survie » en tant que règle. Ainsi formulée, cette idée de « survie » de la coutume du fait de sa mise par écrit incite à se poser une question : si, une fois écrite, la coutume demeure incontestablement comme règle, ne meurt-elle pas un peu dans sa spécificité en tant que coutume ?

¹²⁹⁹ F. Olivier-Martin, *Les lois du roi*, LGDJ, « Reprint », 1997, p. 44 s. ; P. Deumier, *Le droit spontané*, *Economica*, 2002, n° 2, p. 3, et n° 284.

trop de résistance¹³⁰⁰. Néanmoins, ces « mauvaises » coutumes sont rares – les « bonnes » coutumes étant bien plus nombreuses. Partant, les interventions royales le sont également. Des exemples concernent notamment le duel judiciaire, le serment purgatoire donnant l'impunité aux criminels qui juraient leur innocence sur le tombeau d'un saint¹³⁰¹, ou encore l'imprescriptibilité des biens ecclésiastiques usurpés : rédigé par Michel de l'Hospital, l'article 97 de l'ordonnance de Blois de 1579 pose que l'usurpation des biens ecclésiastiques donne lieu, s'il n'y a restitution au profit de l'Église, à confiscation par le roi, nonobstant toute coutume locale contraire¹³⁰²; autrement exprimé, la détention des biens d'Église donne lieu à restitution au profit de cette dernière ou à confiscation au profit du roi, mais jamais à acquisition par prescription au profit des usurpateurs, quelle que soit la solution retenue par un droit local. Par ce procédé, le roi de France prive le « mauvais » droit spécial territorial d'effectivité ; mais le butin est maigre, tant sont rares les interventions royales à ce titre.

363. **Un « vaste et difficile dessein ».** C'est donc fort à propos que Daguesseau, tirant un bilan à la fois historique et prospectif, peignait le « vaste et difficile dessein de réduire toutes les coutumes à une seule loi générale »¹³⁰³. Cela peut être présenté par l'idée selon laquelle sous l'Ancien Régime, « le pouvoir préserva généralement les coutumes »¹³⁰⁴ et maintint la diversité liée à la multiplicité des droits spéciaux territoriaux. Mais cela pourrait davantage être lié à un échec du roi de France qu'à une tolérance de celui-ci¹³⁰⁵. Certes, ces balbutiements pourraient refléter un changement d'état d'esprit du roi de France face à la coutume : il en serait encore le gardien, mais plus le serviteur inconditionnel ; le changement serait, au moins, symbolique et annonciateur. L'analyse encourrait toutefois un grief : s'il est certain que la Révolution entraînera un bouleversement, il semble hardi d'en voir les signes annonciateurs sous l'Ancien Régime, eu égard au peu de prise qu'eut le roi de France sur les droits locaux.

¹³⁰⁰ V. par ex. J. Gilissen, art. préc., spéc. p. 31, et la référence citée.

¹³⁰¹ P. Deumier, *Le droit spontané*, Economica, 2002, n° 284, p. 267, et les références citées. Par ailleurs, un auteur indique que « Louis VIII de France abolit en 1226, ou essaie d'abolir, les mauvaises coutumes de Rouen » (M. Radin, « La censure des coutumes », in *Mélanges F. Géný*, t. 1, Sirey, 1934, p. 89 s., spéc. p. 93).

¹³⁰² « Faisons inhibitions d'usurper les Bénéfices et biens dépendans d'iceux, etc. Enjoignons à ceux qui les détiennent, d'en laisser la possession et jouissance aux Ecclésiastiques, autrement déclarons leurs biens à nous confisquez, encore que par la Coutume des lieux la confiscation n'auroit lieu », cité par F. de Boutaric, *Explication de l'Ordonnance de Blois*, Toulouse, Henault et Forest, 1765, p. 86.

¹³⁰³ H.-F. Daguesseau, *Œuvres*, t. 1, 1759-1789, p. 396. V. aussi H. Regnault, *Les ordonnances civiles du chancelier Daguesseau - Les donations et l'ordonnance de 1731*, Sirey, 1929, p. 51. Adde J. Poumarède, « De la fin des coutumes à la survie des usages locaux - Le Code civil face aux particularismes », in *Les penseurs du Code civil*, dir. C. Gauvard, Documentation française, 2009, p. 173 s., spéc. p. 175.

¹³⁰⁴ P. Deumier, *Le droit spontané*, Economica, 2002, n° 2, p. 4.

¹³⁰⁵ À certains égards, la situation peut faire penser au passage imaginé par Saint-Exupéry, et dans lequel le petit prince bâille : « Il est contraire à l'étiquette de bâiller en présence d'un roi, lui dit le monarque. Je te l'interdis.

– Je ne peux pas m'en empêcher, répondit le petit prince tout confus. J'ai fait un long voyage et je n'ai pas dormi...

– Alors, lui dit le roi, je t'ordonne de bâiller. [...]

– Ça m'intimide... je ne peux plus... fit le petit prince tout rougissant.

– Hum ! hum ! répondit le roi. Alors je... je t'ordonne tantôt de bâiller et tantôt de...

Il bredouillait un peu et paraissait vexé. Car le roi tenait essentiellement à ce que son autorité fût respectée. Il ne tolérerait pas la désobéissance » (A. de Saint-Exupéry, *Le Petit prince*, chap. 10).

Section II – L’abrogation des règles spéciales territoriales après la Révolution

364. **Plan.** Les lois post-révolutionnaires firent table rase des règles locales : elles en abrogèrent un grand nombre, pour les institutions couvertes par les codes¹³⁰⁶, et privèrent ainsi le droit commun territorial de concurrence. La plus célèbre de ces abrogations massives fut réalisée par l’article 7 de la loi du 30 ventôse an XII (§ I) ; ce ne fut pas la seule (§ II).

§ I – La matière civile : l’article 7 de la loi du 30 ventôse an XII

365. **L’abrogation des règles spéciales territoriales en matière civile.** La loi du 30 ventôse an XII mérite de ne pas rester « dans l’ombre du monument qu’elle a créé »¹³⁰⁷. Cette loi, de promulgation du code civil, contient bien d’autres apports majeurs : notamment, elle abrogea les multiples droits locaux antérieurs. Concomitamment à l’adoption du code civil est en effet abrogé tout le droit antérieur, règles locales comprises, dans le domaine du code. C’est l’apport de l’article 7 de la loi, qui dispose qu’« à compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d’avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l’objet desdites lois composant le présent code ». La méthode est spectaculaire, tout autant que l’événement qui l’accompagne : c’est d’une « abrogation globale »¹³⁰⁸ des droits spéciaux territoriaux qu’il s’agit. Ainsi, à compter de l’entrée en vigueur de la loi du 30 ventôse an XII et dans le domaine couvert par le code, aucune règle spéciale territoriale n’est plus « source formelle de notre droit positif »¹³⁰⁹. Exemple parmi d’autres, toutes les règles locales en matière successorale, particulièrement nombreuses et variées¹³¹⁰, sont immédiatement abrogées par l’article 7 précité, et remplacées par les dispositions du code civil, de droit commun territorial pour toute la France. La démarche est soudaine. Selon sa lettre même, cet article 7 de la loi du 30 ventôse an XII ne concerne cependant que les règles spéciales territoriales pour la matière civile traitée par le code ; d’autres lois suivent pour les autres matières.

§ II – Les autres matières

366. **L’abrogation des règles spéciales territoriales dans les autres matières.** La loi du 30 ventôse an XII fut notamment suivie, dans la tâche d’abrogation des règles spéciales territoriales, par l’article 2 de la loi du 15 septembre 1807 promulguant le code de commerce, qui

¹³⁰⁶ Rapp. F. Zenati-Castaing, « Le Code civil et la coutume », in *Mélanges Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 607 s., spéc. p. 609 et p. 617-618.

¹³⁰⁷ D. Tallon, « Variations autour de la loi du 30 ventôse an XII “contenant la réunion des lois civiles en un seul corps de lois, sous le titre de code civil des Français” à l’intention de futurs codificateurs français ou européens », in *Mélanges X. Blanc-Jouvan*, SLC, 2005, p. 837 s., spéc. p. 843.

¹³⁰⁸ D. Tallon, art. préc., spéc. p. 843. Le but recherché est « la disparition complète du système ancien » (*ibid.*). V. aussi J. Poumarède, « De la fin des coutumes à la survie des usages locaux - Le Code civil face aux particularismes », in *Les penseurs du Code civil*, dir. C. Gauvard, Documentation française, 2009, p. 173 s.

¹³⁰⁹ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, *Introduction - Les personnes - La famille*, PUF, Quadrige, n° 71, p. 121.

¹³¹⁰ V. *supra*, n° 260 s.

abrogea le droit antérieur pour les institutions traitées par ce code, et par l'article 1041 du code de procédure civile de 1806, qui en fit de même en matière de procédure civile. Ce dernier article disposait que « toutes lois, coutumes, usages et règlements relatifs à la procédure civile, seront abrogés ». L'utilisation du futur est révélatrice : juridiquement, il ne vaut ici rien de plus qu'un présent de vérité générale ; cependant, son utilisation est préférée comme pour signifier qu'à partir de l'entrée en vigueur des codes sources de *droit commun de la France*, les droits spéciaux territoriaux sont d'une époque déjà révolue. Et si le symbole est important, la conséquence juridique du texte l'est tout autant : pour les nombreuses questions traitées par le code, c'est le *droit commun de la France* qui y est contenu, et lui seul, qui trouve vocation à s'appliquer¹³¹¹. L'abrogation du droit spécial territorial laisse ainsi le champ libre aux règles de droit commun territorial issues des codes et lois¹³¹².

367. **Conclusion de chapitre.** Avec différentes lois, menées par l'article 7 du 30 ventôse an XII, les droits locaux, qui ne purent jamais être supprimés sous l'Ancien Régime, disparaissent purement et simplement de l'ordonnancement juridique¹³¹³. Ils sont abrogés en bloc. L'on pourrait ainsi penser que les règles spéciales territoriales appartiennent au passé. Cette présentation ne reflète pas la réalité : pour de nombreuses institutions, elles connaissent aujourd'hui un véritable renouveau.

¹³¹¹ En matière de procédure, où les usages locaux étaient nombreux – par exemple au Châtelet de Paris –, comme ailleurs, le droit spécial territorial est donc abrogé « en bloc » (J. Carbonnier, *op. et loc. cit.*) et en un trait de temps, au profit du *droit commun de la France*.

¹³¹² Dans le même sens, M.-F. Renoux-Zagaté, « Du droit commun doctrinal au droit commun positif : leçons des plaidoyers du Parquet », in *Traditions savantes et codifications*, LGDJ, 2007, p. 3, spéc. p. 6.

¹³¹³ V. not., dans le même sens, P. Deumier, *Le droit spontané*, *Economica*, 2002, n° 2, p. 5.

Chapitre II – Le réel renouveau des règles spéciales territoriales

368. **L'existence des règles spéciales territoriales.** Les règles spéciales territoriales font partie intégrante du droit français contemporain¹³¹⁴. Duguit le signalait déjà dans les *Transformations du droit public* : « sur le territoire de l'État, à côté de la loi nationale, se forment des lois locales », si bien que « tout observateur impartial est frappé de ce que l'on peut appeler le morcellement de la loi, et particulièrement sa régionalisation »¹³¹⁵. Dans des écrits célèbres, la doctrine stigmatise la profusion des textes « coupeurs d'espace » : « beaucoup de textes comportent des précisions géographiques ; limitent leurs dispositions à tels lieux, circonscriptions administratives courantes ou espaces définis spécialement »¹³¹⁶. Si les lois de promulgation des codes ont abrogé l'essentiel¹³¹⁷ des règles locales existant antérieurement, celles-ci n'ont pas tardé à revenir, du fait de la création ou de la reconnaissance de particularismes territoriaux¹³¹⁸. À suivre un auteur, il s'agirait même d'un phénomène « à la mode »¹³¹⁹. Divers degrés de spécialité

¹³¹⁴ Le phénomène n'est pas propre au droit français : de nombreux systèmes juridiques nationaux reconnaissent, de manière explicite, l'existence de règles spéciales territoriales. V. J.-B. Auby, « Réflexions sur la territorialisation du droit », in *Mélanges J.-C. Douence*, Dalloz, 2006, p. 1 s., spéc. p. 9 : « il est assez fréquent, par exemple, que les constitutions acceptent l'hypothèse d'un droit spécial pour certaines entités territoriales à situation particulière : notamment les entités ultramarines ». Par ex., en matière de fiscalité des successions, le droit belge connaît des droits de mutation à titre gratuit différents en fonction des localités, tant en ce qui concerne le taux que la base imposable et les exemptions (v. Y.-H. Leleu et S. Massange, « Succession et familles en Belgique », in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 60, Journées roumaines, *Les successions*, Bruylant et LB2V, Bruxelles, 2012, p. 57 s., spéc. n° 25). Rapp. M. Eliesco, *Essai sur les conflits de lois dans l'espace sans conflit de souveraineté*, thèse, Picart, 1925, spéc. n° 41, qui rappelle que « bien rares sont [...] les États où la législation civile est unifiée » et qui relève « dans nombre de pays, la coexistence d'une pluralité de législations locales, promulguées par un même souverain » (p. 61).

¹³¹⁵ L. Duguit, *Les transformations du droit public*, 3^e tirage, Armand Colin, 1925, chap. 4, « Les lois particulières », p. 105 (pour la première citation) et p. 106 (pour la seconde citation). Plus tard, Carbonnier vit dans la régionalisation la « grande affaire du lustre écoulé » (« Le Code civil », in *Les Lieux de mémoire*, t. 1, dir. P. Nora, Paris, Gallimard, éd. 2008, p. 1331 s., spéc. p. 1342).

¹³¹⁶ A. Holleaux, « La fin des règles générales », *Bull. LAP* 1976, p. 419 s., spéc. n° 7, p. 429 (pour les deux dernières citations). L'auteur pousse très loin ses affirmations : « La France juridique est une mosaïque avec des pleins, creux, niveaux, seuils. Si cela continue, chaque prairie ou ruisseau aura son régime » (p. 430). V. aussi E. Bertrand, *L'esprit nouveau des lois civiles*, Economica, 1984, p. 32 : « Non, la loi n'est pas uniforme pour tout le territoire. C'est là un esprit nouveau de nos lois ».

¹³¹⁷ Mais non la totalité d'entre elles : v. not. F. Zenati-Castaing, « Le Code civil et la coutume », in *Mélanges Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 607 s., spéc. p. 617, et les exemples cités note 34.

¹³¹⁸ 1) V. par ex. P. Legendre, « Remarques sur la re-féodalisation de la France », in *Mélanges G. Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 201 s. ; J.-B. Auby, « Réflexions sur la territorialisation du droit », in *Mélanges J.-C. Douence*, Dalloz, 2006, p. 1 s. ; P. Robert-Diard, « Les quatre-vingt-dix-neuf autres présidents - La décentralisation a fait du chef de l'exécutif départemental un personnage aussi important, sur son territoire, que le chef de l'État sur le sien », *Le Monde* 8 mars 1994. Ces particularismes ont en outre été accentués par un mouvement de décentralisation administrative.

2) De l'affirmation selon laquelle le droit français est unifié sur le territoire national, il ne faut pas déduire que toutes les règles de droit français s'appliquent sur l'ensemble de ce territoire (F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 9^e éd., 2012, n° 504). L'hypothèse, relevait Kelsen, serait simpliste (*Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 412). V. aussi O. Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Economica, 2004, p. 275 : « la négation juridique des particularismes locaux a, depuis 1789, été constante ; elle n'a pourtant jamais été totale ». Pour des illustrations en matière fiscale, v. P. Dibout, « La relativité du territoire fiscal de la France », *Dr. fiscal* 1985, p. 628 s. (« la loi fiscale est bien susceptible d'une application différenciée » sur le territoire français, p. 634).

¹³¹⁹ J. Limpens, « Les facteurs propices à l'éclosion et au développement d'un droit commun européen », in *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 75 s., spéc. n° 22, p. 87. De même, Ripert jugeait en apparence le phénomène marginal : « le mouvement régionaliste contemporain, si important au point de vue littéraire ou artistique, n'a eu aucune influence sur les idées juridiques. L'unité du droit en France [...] offre de tels avantages qu'elle n'a jamais été remise en question » (*Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, n° 218,

territoriale, de généralité variable selon la fraction du territoire concernée par le domaine d'application des règles, peuvent être recensés¹³²⁰.

369. **Le développement du droit spécial territorial « expérimental ».** Et, depuis la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003, l'intégration, dans la Constitution, d'un article 37-1 permettant l'édiction de lois expérimentales, a ouvert la reconnaissance d'une nouvelle source de règles spéciales territoriales : si le texte ne prévoit pas expressément que l'expérimentation peut avoir lieu dans l'espace, le législateur tend de plus en plus fréquemment à l'utiliser ainsi (exemple parmi d'autres, la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 avait introduit la participation de « citoyens assesseurs » au fonctionnement de la justice pénale pour une durée et pour un nombre de cours d'appel limités, avant qu'un arrêté du 18 mars 2013 ne mette fin à l'expérimentation¹³²¹ ; ou encore, la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 « habilitant le gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises » a prévu des possibilités comparables dans ce domaine « à titre expérimental, dans un nombre limité de régions »¹³²²), consacrant la source d'un véritable *droit spécial temporaire* sans que le Conseil constitutionnel y trouve à redire¹³²³.

370. **L'intégration des règles spéciales territoriales jusque dans les codes.** En contradiction manifeste avec la tradition législative française¹³²⁴, les règles spéciales territoriales sont même désormais parfois intégrées dans les codes. Issu de l'ordonnance du 19 décembre 2002, le dernier livre du code civil en est caractéristique¹³²⁵ : alors que par tradition le code civil s'applique indistinctement à toute la France, ce livre V a pour objet des dispositions spécifiques à

p. 439) ; en plus petits caractères cependant, il en remarquait l'importance, évoquant une « tendance récente » (*ibid.*, note 2).

¹³²⁰ Par exemple : l'article L. 611-1 du code des procédures d'exécution est expressément répertorié sous les « dispositions communes » à la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, la Réunion et Mayotte ; les articles L. 612-1 et suivants du même code sont « spécifiques » à une ou plusieurs de ces collectivités et, partant, plus spéciaux encore. Certaines règles pourraient ainsi être qualifiées de « spéciales », d'autres de « très spéciales » : par exemple, pour les voies d'exécution, l'article L. 611-1 serait simplement « spécial » ; les articles L. 612-1 et suivants seraient de droit « très spécial ». Un auteur qualifie ce phénomène de « droit en escalier » (N. Delegove, *Le droit commun et le droit spécial*, thèse Paris II, 2011, n° 183 s.). Pour le même constat de degrés dans la spécialité à propos des règles spéciales matérielles, v. *infra*, n° 669 ; et, de manière générale, n° 162.

¹³²¹ 1) *JO* 22 mars, p. 4897. Pour un débat sur l'opportunité de ces règles spéciales territoriales provisoires, v. M. Lebranchu et M. Mercier, « Les citoyens assesseurs », *RDA* n° 5, févr. 2012, p. 10 s., spéc. l'opinion exprimée par la première : « expérimenter une loi en la réservant à une partie du territoire me paraît très choquant » (p. 14). Rapp. J.-M. Woehrling, « La décision du Conseil constitutionnel sur le droit local alsacien-mosellan : consécration ou restriction ? », *RFDA* 2012, p. 131 s., qui estime que l'expérimentation conjuguée à la décentralisation permettent de développer « le nombre de lois à champ territorial limité ».

¹³²² Loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 « habilitant le gouvernement à simplifier et à sécuriser la vie des entreprises », articles 13 à 16.

¹³²³ V. not. la décision rendue sur la constitutionnalité de la loi précitée du 10 août 2011 : Cons. const. 4 août 2011, n° 2011-635 DC, spéc. considér. n°s 17 à 20.

¹³²⁴ R. Cabrillac et J.-B. Seube (« Pitié pour le Code civil ! », *D.* 2003, p. 1058 s., n° 6), relèvent qu'alors que l'ensemble du code civil traite du « fond du droit », la partie applicable à Mayotte « précise son application sur une portion du territoire » ; il y a contradiction avec la tradition française car les codes semblaient largement conçus, depuis le XIX^e siècle et quelle que soit l'institution concernée, comme des compilations de *droit commun de la France*, des regroupements de règles dont le champ d'application territorial s'étend à toute la France (v. *supra*, n° 327 s.).

¹³²⁵ V. not. R. Cabrillac et J.-B. Seube, « Pitié pour le Code civil ! », *D.* 2003, p. 1058 s. (à propos de l'ordonnance du 19 décembre 2002, qui a ajouté plusieurs articles au code civil pour adapter le droit civil à Mayotte – soumise depuis mars 2011 au statut de département français). Les auteurs voient dans ce livre ajouté au code civil une « inacceptable verrue », qui « heurte aussi sûrement notre Code civil que le ferait l'ajout d'une tourelle de plastique sur Notre-Dame de Paris » (n°s 8 et 6). V. aussi D. d'Ambra, « Du déclin des codes », in *Mélanges G. Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 147 s., spéc. p. 159 : « le code n'est plus cet acte de souveraineté appliqué à tous, sur tout le territoire de la même manière ».

Mayotte – des dispositions territorialement spéciales¹³²⁶. À la suite de cette ordonnance, la doctrine put estimer venu le moment d'entonner un *requiem* pour le « Code commun »¹³²⁷. La tendance n'est pas limitée au seul livre V du code civil¹³²⁸, ni même d'ailleurs au seul code civil¹³²⁹.

371. **Plan : un thème « largement inexploré ».** Pourtant, le droit spécial territorial « reste largement inexploré »¹³³⁰. Son existence peut être mesurée et appréciée¹³³¹. Une recension non exhaustive (Section I) précédera des éléments de réflexion sur son opportunité (Section II).

Section I – Recension des règles spéciales territoriales

372. **Plan.** Lampué remarquait au milieu du siècle dernier que « le droit privé français n'a pas le même contenu dans toutes les parties du territoire »¹³³². Tel est toujours le cas, au-delà même du seul droit privé : pour de nombreuses institutions, les règles spéciales

¹³²⁶ Pour chaque institution, il y a donc lieu de se reporter aux articles 2489 et suivants du code civil pour connaître les règles spéciales à Mayotte ; la rédaction des articles est en outre parfois difficile. Les articles vont du relativement simple à l'inconsidérément complexe.

1) Relativement simple : en matière de succession, et plus précisément d'attribution préférentielle, l'article 2504 du code civil dispose que « ne sont pas applicables à Mayotte les dispositions de l'article 831-1 et celles des deuxième, troisième, quatrième et dernier alinéas de l'article 832-1 ».

2) Inconsidérément complexe : en matière de sûretés, v. la rédaction de l'article 2508, 1^o, du code civil, qui opère une sélection dans les règles posées par l'article 2331 (lui-même de rédaction hermétique).

¹³²⁷ Ph. Rémy, « Regards sur le Code », in *Le Code civil 1804-2004 - Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 99 s., spéc. p. 103 : c'est la fin du « Code commun », puisque ce livre « exprime la “spécialité législative” d'une “collectivité départementale” ».

¹³²⁸ Cf. le chapitre VIII du titre I^{er} bis du code civil relatif à la nationalité française, intitulé « Dispositions particulières aux collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution et à la Nouvelle-Calédonie » (l'idée de droit spécial territorial y est prégnante, jusque dans l'intitulé), contenant les articles 33 à 33-2. Ces dispositions ont été créées par la loi n^o 93-933 du 22 juill. 1993 (le chapitre était alors intitulé « Dispositions particulières concernant les territoires d'outre-mer ») et modifiés par l'ordonnance n^o 2007-98 du 25 janv. 2007.

¹³²⁹ Notamment, pour le code de commerce, v. le livre IX, « Dispositions relatives à l'outre-mer » ; ces dispositions font écrire à un auteur qu'il existe un « droit commercial d'outre-mer » (J.-B. Seube, « “Les dispositions relatives à l'outre-mer” du code de commerce [l'exemple de Mayotte] », in *Mélanges D. Tricot*, Litec-Dalloz, 2011, p. 279 s., spéc. n^o 1, p. 280), territorialement spécial. Pour le code de procédure civile, v. le livre VI, « Dispositions relatives à l'outre-mer ». Pour le code des procédures civiles d'exécution, v. le livre VI, « Dispositions relatives à l'outre-mer ».

¹³³⁰ J.-B. Seube, « “Les dispositions relatives à l'outre-mer” du code de commerce (l'exemple de Mayotte) », in *Mélanges D. Tricot*, Litec-Dalloz, 2011, p. 279 s., spéc. n^o 1, p. 279. V. cep. (et not.) F. Webert, *Unité de l'État et diversité régionale en droit constitutionnel français*, thèse Nancy II, 1997, p. 169 s.

¹³³¹ Qu'il émane directement de l'État, ou indirectement de lui – par exemple, des collectivités territoriales. Dans le premier cas, puisque le pouvoir central peut édicter des règles nationales, il peut aussi édicter des règles régionales : qui peut le plus, peut le moins (O. Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Economica, 2004, p. 276) ; aucune règle n'impose au législateur d'édicter des lois au domaine *ratione loci* indéfini (parfois, cette faculté est même reconnue expressément et dans les plus hautes normes : l'article 91 de la Constitution de l'an VIII disposait que « Le régime des colonies françaises est déterminé par des lois spéciales »). Dans le second cas, l'édiction de règles locales serait liée à la décentralisation administrative (v. G. Chavrier, *Le pouvoir normatif local : enjeux et débats*, LGDJ, 2011 ; on considère alors « que les populations résidant dans le territoire en question sont les plus à même de définir les adaptations nécessaires » [O. Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Economica, 2004, p. 276]). Pour des réflexions sur la décentralisation dans la perspective du concept de droit commun, v. M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 59 s. ; L. Duguit, *Les transformations du droit public*, 3^e tirage, Armand Colin, 1925, chap. 4, « Les lois particulières », p. 107 s.

¹³³² P. Lampué, « Les conflits de lois interrégionaux et interpersonnels dans le système juridique français (métropolitain et d'outre-mer) », *Rev. crit. DIP* 1954, p. 249 s., spéc. n^o 2, p. 250.

territoriales sont nombreuses¹³³³. Deux types peuvent être distingués¹³³⁴ : certaines règles spéciales territoriales sont exceptionnelles, ou dérogatoires, en ce qu’elles posent une solution différente de celle qu’établit le *droit commun de la France* (§ I) ; d’autres, non exceptionnelles, n’ont aucun caractère dérogatoire mais se contentent de reproduire, pour un domaine territorial restreint, une solution de *droit commun de la France*, ou d’y renvoyer (§ II)¹³³⁵.

§ I – Les règles spéciales territoriales exceptionnelles

373. **Plan.** Les règles spéciales territoriales exceptionnelles sont celles qui établissent des solutions dérogatoires à celles posées par les règles de *droit commun de la France*¹³³⁶ – parfois même si dérogatoires que certaines peuvent apparaître, selon les termes du professeur Deumier, « étranges [...] au regard du droit commun »¹³³⁷. En raison de leur profusion et des difficultés parfois liées à leur recension¹³³⁸, l’exposé ne saurait prétendre à l’exhaustivité. Deux collectivités seront étudiées : d’une part, l’Alsace-Moselle, cas célèbre de « règles particulières à une fraction de la métropole »¹³³⁹ (1) ; d’autre part, la Nouvelle-Calédonie, collectivité dont le statut apparaît très dérogatoire et proche de l’« autonomie » et qui offre, partant, les possibilités les plus vastes de droit spécial territorial (2)¹³⁴⁰.

¹³³³ 1) E. Bertrand, *L’esprit nouveau des lois civiles*, Economica, 1984, p. 32. L’auteur pousse loin son constat, qui peut apparaître, dès lors, excessif : « C’est un esprit, une volonté d’adéquation plus exacte, dont cependant l’effet est que les citoyens ne sont pas égaux devant la loi. Celle-ci varie suivant qu’ils sont domiciliés, qu’ils résident, qu’ils se trouvent actuellement à Troyes en Champagne, ou à Aix-en-Provence, à Paris ou dans un village du Haut-Var. Cette diversité n’a pas de critère ; elle se trouve qu’il s’agisse du paiement des pensions de retraite, des échéances d’impôts, de la construction d’une maison, ou de l’inscription d’un enfant dans un établissement scolaire ». Il semble que, pour la majorité des institutions, ce constat ne doive pas être poussé si loin.

2) Les règles locales sont, du reste, peut-être encore plus nombreuses pour les institutions rattachées au droit administratif (du fait, notamment, de l’influence de la décentralisation et du « pouvoir normatif local » qui en résulte [v. G. Chavrier, *Le pouvoir normatif local : enjeux et débats*, LGDJ, 2011 ; B. Faure, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, LGDJ, 1998]). V. déjà L. Duguit, *Les transformations du droit public*, 3^e tirage, Armand Colin, 1925, chap. 4, « Les lois particulières », p. 104 s., et les exemples cités. V. aussi A. Roux, « Normes nationales et normes locales dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RRJ* 1992, p. 73 s. (et du même auteur, pour une actualisation, « Normes nationales et normes locales - Dernières évolutions », in *Mélanges J.-C. Escarras*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 375 s.) ; J.-B. Auby, « Réflexions sur la territorialisation du droit », in *Mélanges J.-C. Douence*, Dalloz, 2006, p. 1 s.

¹³³⁴ Comp., n’opérant aucune distinction entre les deux types de règles spéciales, et considérant indistinctement comme exceptionnelles toutes les règles qui « sortent » du droit commun : F. Mourlon, *Répétitions écrites*, t. 1, 9^e éd. par C. Demangeat, Marescq, 1873, n° 88, p. 63. La position peut paraître manquer de nuance.

¹³³⁵ Pour une typologie des règles spéciales sur ce critère, v. *supra*, n° 163.

¹³³⁶ L’hypothèse est celle d’« une règle locale que ne connaîtrait pas la réglementation de droit commun » : Cons. const., 5 août 2011, n° 2011-157 QPC, considérant n° 2 (invoqué par la requérante et non contesté par le Conseil constitutionnel) ; M. Verpeaux, « Repos dominical en Alsace-Moselle et principe fondamental reconnu par les lois de la République », *JCP G* 2011, 1290. Elles sont constitutives d’« une exception géographique par rapport à un droit général qui s’étendrait à l’ensemble du territoire » (F. Igersheim, « Le droit français comme droit local, 1870-1918. Droit d’Etat fédéré ou droit provincial ? », in *La situation du droit local alsacien-mosellan*, LGDJ, 1986, p. 142).

¹³³⁷ P. Deumier, « La coutume kanake, le pluralisme des sources et le pluralisme des ordres juridiques », obs. sur Cass. avis, 16 déc. 2005, *RTD civ.* 2006, p. 516 s.

¹³³⁸ Elle-même liée à la diversité des collectivités territoriales et à la difficulté de connaître précisément le droit qui leur est applicable, faute de l’existence d’instruments de recherche adaptés. Rapp. G. Nicolau, « Le droit très privé des peuples autochtones en Nouvelle-Calédonie », *Droit et cultures* 1999, n° 37, p. 53 s., spéc. p. 58, qui insiste sur la « confidentialité » d’un tel droit local et sur « la difficulté d’y accéder ».

¹³³⁹ P. Lampué, « Les conflits de lois interrégionaux et interpersonnels dans le système juridique français (métropolitain et d’outre-mer) », *Rev. crit. DIP* 1954, p. 249 s., spéc. n° 3, p. 252.

¹³⁴⁰ 1) D’autres exemples pourraient être pris : outre Mayotte, déjà citée (et devenue département d’outre-mer), les autres collectivités d’outre-mer mériteraient une attention particulière (particulièrement la Polynésie française). De

1. L'exemple de l'Alsace-Moselle

374. **Fondement constitutionnel du droit local alsacien-mosellan.** Depuis la fin de la Première Guerre mondiale, « coexistent le droit commun français et les lois locales d'Alsace et de Lorraine »¹³⁴¹. Un principe fondamental reconnu par les lois de la République dégagé par le Conseil constitutionnel le 5 août 2011 et rappelé depuis lors a fixé valeur constitutionnelle au maintien du droit local¹³⁴² : « la législation républicaine antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946 a consacré le principe selon lequel, tant qu'elles n'ont pas été remplacées par les dispositions de droit commun ou harmonisées avec elles, des dispositions législatives et réglementaires particulières aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle peuvent demeurer en vigueur ; qu'à défaut de leur abrogation ou de leur harmonisation avec le droit commun, ces dispositions particulières ne peuvent être aménagées que dans la mesure où les différences de traitement qui en résultent ne sont pas accrues et que leur champ d'application n'est pas élargi »¹³⁴³.

375. **Sources du droit local alsacien-mosellan.** Si l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juin 1924 portant introduction de la législation civile¹³⁴⁴ indique que les règles applicables aux départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle sont celles du *droit commun de la*

même pour la Corse, même si la loi n° 2002-92 du 22 janvier 2002, qui a relâché ses liens avec la métropole, « ne va pas jusqu'à permettre à l'Assemblée de Corse de procéder à des dérogations législatives » sous la forme de règles locales (J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, *Introduction - Les personnes - La famille*, PUF Quadrige, 2004, n° 82, p. 141 ; v. aussi J.-P. Pietri, « Le droit local corse », in *La situation du droit local alsacien-mosellan*, LGDJ, 1986, p. 180 s.) ; sur la fin de la fiscalité successorale dérogatoire instituée par les « arrêtés Miot » de 1801, v. *infra*, n° 423.

2) V. aussi la loi n° 48-1360 du 1^{er} septembre 1948 sur le bail, qui ne s'applique qu'à un domaine *ratione loci* très limité (article 1^{er}). V. encore, à propos de la corrida et de la constitutionnalité de l'article 521-1 du code pénal, Cons. const. 21 sept. 2012, n° 2012-271 QPC : « l'exclusion de responsabilité pénale instituée par les dispositions contestées n'est applicable que dans les parties du territoire national où l'existence d'une telle tradition ininterrompue est établie et pour les seuls actes qui relèvent de cette tradition ; [...] par suite, la différence de traitement instaurée par le législateur entre agissements de même nature accomplis dans des zones géographiques différentes est en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit » (considérant n° 5).

3) Cependant, sans doute ne faut-il pas voir du droit local partout (rappr. G. Cornu, « L'unité du Code civil », *Droits* 2005, n° 42, p. 147 s., spéc. p. 148 ; et J.-P. Baud, « Les droits locaux en France : inventaire géographique et histoire mythologique », in *La situation du droit local alsacien-mosellan*, LGDJ, 1986, p. 164 s., où l'auteur prend l'exemple du « mythe » d'un droit local savoyard) ; on peut notamment s'interroger sur la position de Carbonnier, qui en voyait dans les ghettos (« L'hypothèse du non-droit », *Flexible droit*, 10^e éd., LGDJ, réimpr. 2007, p. 25 s., spéc. p. 33).

¹³⁴¹ M. Eliesco, *Essai sur les conflits de lois dans l'espace sans conflit de souveraineté*, thèse, Picart, 1925, spéc. n° 41, p. 61. Pour illustrer des développements consacrés à « l'abandon du droit commun », Ripert relevait que « l'unité de la législation s'est trouvée brisée avec le retour à la France des départements qui avaient formé la province allemande d'Alsace-Lorraine » (*Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, n° 218, p. 439 – il ajoute : « les deux lois du 1^{er} juin 1924 ont maintenu en vigueur dans ces départements un assez grand nombre de dispositions du droit allemand baptisé droit local »). Adde F. Terré, « Droit local et pluralisme juridique », reprod. in *Du juridique et du social*, Mare et Martin, 2012, p. 101 s.

¹³⁴² Jusqu'à ces décisions, il était estimé que le maintien du droit spécial d'Alsace-Moselle « n'a[va]it pas de justification juridique » (F. Weber, *Unité de l'État et diversité régionale en droit constitutionnel français*, thèse Nancy II, 1997, p. 178), du moins explicite : sa justification restait politique ou historique. Adde J.-F. Flauss, « Droit local alsacien-mosellan et Constitution », *RDP* 1992, p. 1625 s. V. tout au plus CE 6 avr. 2001, *SNES*, n° 219.379, *Lebon* p. 170 s., qui reconnaissait que le maintien du droit local « procède de la volonté du législateur » (règles s'imposant au pouvoir réglementaire).

¹³⁴³ Cons. const. 5 août 2011, n° 2011-157 QPC, consid. n° 3 – 28 sept. 2012, n° 2012-274 QPC, consid. n° 6. Pour le professeur Verpeaux, ce principe concerne « la constitutionnalité du maintien d'un droit particulier dans les trois départements d'Alsace-Moselle » (M. Verpeaux, « Repos dominical en Alsace-Moselle et principe fondamental reconnu par les lois de la République », *JCP G* 2011, 1290).

¹³⁴⁴ *JORF* 3 juin 1924, p. 5026 s.

France¹³⁴⁵, il subsiste néanmoins des règles territorialement spéciales aux départements d'Alsace-Moselle – le Haut-Rhin, le Bas-Rhin et la Moselle –, « une législation spécifique ayant un champ d'application territorialement limité et que l'on connaît sous le nom de droit local »¹³⁴⁶. Certaines étaient issues de la législation allemande et ont été reprises en droit français comme règles locales ; d'autres (la « troisième législation ») ont été introduites par les lois « civile » et « commerciale » du 1^{er} juin 1924. Parmi elles figurent un certain nombre de règles exceptionnelles, dont quelques exemples peuvent être développés¹³⁴⁷.

376. Règles spéciales relatives aux successions et libéralités : certificat d'héritier. L'article 74, alinéa 1^{er}, de la loi civile du 1^{er} juin 1924, dispose que « les articles 2353 à 2368 du code civil local relatifs au certificat d'héritier sont maintenus en vigueur dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle » ; les articles 75 et suivants de la même loi complètent la réglementation. Qu'est-ce que le certificat d'héritier ? L'article 2353 du code civil local dispose que « le tribunal de la succession doit remettre à l'héritier, sur sa demande, un titre constatant son droit d'héritier et, s'il n'est appelé qu'à une partie de la succession, l'étendue de sa part successorale (*certificat d'héritier*) ». C'est « une attestation délivrée par le tribunal d'instance, bénéficiant de la foi publique et certifiant les droits, à une succession déterminée, d'un ou de plusieurs héritiers et de certains légataires »¹³⁴⁸. L'équivalent de ce mode de preuve local de la qualité de successible « n'existe pas en droit français général »¹³⁴⁹ ; il constitue du droit spécial territorial *exceptionnel* des successions¹³⁵⁰.

377. Règles spéciales relatives aux sûretés : prestation foncière. Le droit local alsacien-mosellan régit une première sûreté spéciale, inconnue du *droit commun de la France* : la prestation foncière. Celle-ci est maintenue en vigueur par l'article 36-1 de la loi civile du 1^{er} juin 1924, et régie par les articles 1105, 1107 et 1108 du code civil local¹³⁵¹. Dans sa version

¹³⁴⁵ En rendant notamment applicable le code civil aux trois départements. Il en est de même, en matière commerciale, du fait de l'autre loi du 1^{er} juin 1924.

¹³⁴⁶ F. Weber, *Unité de l'État et diversité régionale en droit constitutionnel français*, thèse Nancy II, 1997, p. 172.

¹³⁴⁷ Pour d'autres illustrations, v. par ex. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, *Introduction, les personnes, la famille*, PUF Quadrige, 2004, n° 82, p. 140-141 ; pour les règles relatives au culte, M.-R. Bayle (dir.), *Le droit local culturel d'Alsace-Moselle*, éd. Journaux officiels, 2013 ; v. aussi le *JCl. Alsace-Moselle* et le toujours utile, quoique daté, F. Lotz, *Droit civil alsacien-lorrain*, Litec, 1977. Peut-être le thème pourrait-il encore, à lui seul, faire l'objet d'une étude propre.

¹³⁴⁸ *JCl. Alsace-Moselle*, fasc. 395, « Successions en Alsace-Moselle - Certificat d'héritier », par F. Lotz et G. Hautz, 1992, n° 1. V. aussi, sur le certificat d'héritier, *Rép. civ.* Dalloz, V° « Alsace et Moselle », par J.-L. Vallens, 2011, n° 104 s. ; F. Lotz, *Du maintien ou de l'abrogation du droit local alsacien-lorrain dans le domaine de la famille (incapacités, successions, régimes matrimoniaux)*, thèse Strasbourg, 1968, p. 267 s. ; C. Krug, *Le certificat d'héritier*, Sirey, 1938.

¹³⁴⁹ *JCl. Alsace-Moselle*, fasc. 395, « Successions en Alsace-Moselle - Certificat d'héritier », par F. Lotz et G. Hautz, 1992, n° 1.

¹³⁵⁰ En outre, le même article 74 de la loi de 1924, parce qu'il maintient en vigueur l'article 2368 du code civil local, a pour effet de maintenir une autre institution locale : le certificat d'exécuteur testamentaire (v. *JCl. Alsace-Moselle*, fasc. 395, « Successions en Alsace-Moselle - Certificat d'héritier », par F. Lotz et G. Hautz, 1992, n° 3). Au demeurant, il subsiste des règles spéciales relatives aux fondations, en raison du maintien en vigueur, par l'article 7, 10°, de la loi civile du 1^{er} juin 1924, des articles 80 à 88 du code civil local (sur ces règles, v. *JCl. Alsace-Moselle*, fasc. 392, « Droit des successions en Alsace-Moselle », par É. Sander, 1996, n° 134 s.), ou aux procédures de partage (v. les articles 220 et suivants de la loi de 1924). V. aussi la règle contenue à l'article 910, alinéa 2, du code civil qui, dans sa rédaction issue de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, vise, « dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, [l]es établissements publics du culte et [l]es associations inscrites de droit local ».

¹³⁵¹ Sur le régime juridique de la prestation foncière, v. not. *Lamy droit des sûretés*, étude 503, « Typologie des sûretés réelles immobilières en Alsace-Moselle », 2009, par É. Sander, spéc. n° 503-84 s.

française¹³⁵², l'article 1105 du code civil local dispose en effet qu'« un immeuble peut être grevé, au profit d'un tiers, du droit de retirer de cet immeuble des prestations périodiques ». La doctrine y voit « une sûreté réelle, assortie d'un droit de suite et d'un droit de préférence, renforcée par une obligation personnelle à la charge du propriétaire débiteur, grevant un immeuble lui appartenant en garantie d'obligations ayant pour objet des prestations périodiques dont le disposant ou un tiers est créancier. Elle est insusceptible de purge en cas d'aliénation de l'immeuble grevé dans la mesure où la sûreté y reste irrévocablement attachée jusqu'à son extinction »¹³⁵³.

378. Règles spéciales relatives aux sûretés : hypothèque de garantie.

L'hypothèque de garantie, ou d'exécution forcée, constitue une autre sûreté spécifique au droit alsacien-mosellan. Si la question a fait débat au lendemain de la loi civile du 1^{er} juin 1924¹³⁵⁴, il est considéré qu'elle a été maintenue en vigueur par l'article 36-1 de cette loi. L'hypothèque de garantie est régie par les articles 866 et 867 du code local de procédure civile¹³⁵⁵. Elle peut être demandée par le créancier muni d'un titre exécutoire¹³⁵⁶, de préférence à la vente de l'immeuble aux enchères ou à son placement sous administration forcée, ou conjointement à ces mesures¹³⁵⁷.

379. Règles spéciales relatives à la prescription acquisitive : livre foncier.

Pour la prescription acquisitive, les règles locales sont liées au maintien du système du livre foncier, système dérogatoire au *droit commun de la France* – tantôt qualifié de « grave exception »¹³⁵⁸ à l'unité juridique de la France, tantôt de « joyau du droit local »¹³⁵⁹. En raison de l'existence du livre foncier, les règles applicables à la publicité foncière en Alsace-Moselle « se différencient de celles du droit commun »¹³⁶⁰, ce qui a nécessairement des répercussions sur les institutions soumises à publicité foncière, telle la prescription acquisitive¹³⁶¹. À cet égard, l'on renverra au chapitre III du titre III de la loi civile du 1^{er} juin 1924 (articles 36 et suivants¹³⁶²). La spécificité est,

¹³⁵² Pour autant, seule la version en allemand constitue la version officielle, faisant foi quant à son contenu (v. l'article 12 de la loi du 1^{er} juin 1924, qui dispose que les textes des lois locales ne seront publiés en français qu'« à titre documentaire »). La jurisprudence s'embarrasse peu de l'argument (v. Crim. 10 mars 1988, n° 87-92.043, *Bull. crim.*, n° 121 : l'arrêt approuve l'application de la version française non officielle du texte, et réserve la référence au texte original allemand aux cas de difficultés d'interprétation).

¹³⁵³ *Lamy droit des sûretés*, étude 503, « Typologie des sûretés réelles immobilières en Alsace-Moselle », 2009, par É. Sander, n° 503-81.

¹³⁵⁴ Sur ce débat, v. *JCl. Alsace-Moselle*, fasc. 352, « Droit des sûretés - droit spécial », par É. Sander, 1999, n° 131.

¹³⁵⁵ Sur le régime juridique de l'hypothèque de garantie, v. not. *Lamy droit des sûretés*, étude 503, « Typologie des sûretés réelles immobilières en Alsace-Moselle », 2009, par É. Sander, spéc. n° 503-66 s.

¹³⁵⁶ Titres exécutoires dont la typologie révélerait aussi des règles territorialement spéciales à l'Alsace-Moselle : à côté des titres exécutoires de droit commun (territorial) énumérés par l'article L. 111-3 du code des procédures civiles d'exécution, figurent notamment les ordonnances de taxe de frais (articles 101 et suivants, 794 2 a et 795 a du code de procédure local), les bordereaux de collocation exécutoire délivrés par un notaire dans le cadre de la procédure de distribution suivant une vente forcée ou administration forcée (articles 208 et suivants de la loi civile du 1^{er} juin 1924), les actes de partage homologués (articles 235 et suivants de la loi civile du 1^{er} juin 1924).

¹³⁵⁷ Pour une étude détaillée, quoiqu'antérieure à la réforme des sûretés, des règles locales relatives à la matière, v. *JCl. Alsace-Moselle*, fasc. 352, « Droit des sûretés - droit spécial », par É. Sander, 1999.

¹³⁵⁸ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 3, *Les biens*, 2^e éd., par M. Picard, LGDJ, 1952, n° 13.

¹³⁵⁹ A. Weill, préf. à F. Lotz, *Droit civil alsacien-lorrain*, Litec, 1977, p. VI.

¹³⁶⁰ *JCl. Alsace-Moselle*, fasc. 352, « Droit des sûretés - droit spécial », par É. Sander, 1999, n° 130.

¹³⁶¹ Ou les sûretés réelles immobilières. Pour ces dernières, v. not. *Lamy droit des sûretés*, étude n° 501, « Sûretés réelles immobilières en Alsace-Moselle », 2009, par É. Sander, spéc. n° 501-20.

¹³⁶² Notamment, l'article 36 est ainsi libellé : « Dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, la publicité foncière est régie par le présent chapitre ».

pour l'essentiel, de procédure – notamment, le livre foncier n'empêche pas le jeu de la prescription acquisitive¹³⁶³.

380. **Règles spéciales relatives à la prescription extinctive : assurance-vie.** Il demeure également des règles locales exceptionnelles relatives à la prescription extinctive. Tel est le cas pour la prescription des actions dérivant du contrat d'assurance-vie : situé dans un chapitre intitulé « dispositions particulières aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle applicables aux assurances non fluviales », l'article L. 192-1 du code des assurances dispose que « le délai prévu à l'article L. 114-1, alinéa 1^{er}, est porté à cinq ans en matière d'assurance sur la vie ». Les actions dérivant du contrat d'assurance-vie, qui se prescrivent par deux ans (lorsque le souscripteur est bénéficiaire) ou par dix ans (lorsque le bénéficiaire est une personne distincte du souscripteur) selon le droit commun territorial, se prescrivent par cinq ans en Alsace-Moselle¹³⁶⁴.

381. **Règles spéciales relatives à la prescription extinctive : infractions à la législation du travail.** Les règles spéciales exceptionnelles de prescription existent également en matière pénale. Aux termes de l'article 145, alinéa 2, du code local des professions, la commission de diverses infractions à la législation du travail, qualifiées de délits pénaux, se prescrit par trois mois à compter du jour où elle a été commise¹³⁶⁵. Une question s'est posée à propos de ce texte : l'article 145 du code local des professions n'a-t-il pas fait l'objet d'une abrogation implicite¹³⁶⁶ ? Le doute provient de ce que législateur a codifié, dans le code du travail, les dispositions de droit local, sans reprendre l'article précité. L'Institut du droit local considère que l'article est toujours en vigueur, dans la mesure où l'abrogation implicite d'un texte ne saurait résulter de la seule absence de reprise de ce texte dans une codification¹³⁶⁷ : il faut encore que le texte non repris soit incompatible avec un nouveau texte qui a le même domaine d'application. L'argument, complexe à mettre en œuvre, suppose d'examiner tous les nouveaux textes, puis d'apprécier leur éventuelle incompatibilité avec le texte ancien. Peut-être pourrait-il y être ajouté que la codification n'a eu lieu qu'à droit constant, ce qui devrait techniquement impliquer que le droit n'ait pas changé, sauf formellement (droit identique au fond et simplement contenu dans un nouveau texte). Cette circonstance pourrait conduire à considérer que le texte est toujours en vigueur. En toute hypothèse, l'« émiettement progressif du droit local »¹³⁶⁸ n'est pas certain : celui-ci demeure vigoureux et consistant¹³⁶⁹.

¹³⁶³ V. *JCl. Alsace-Moselle*, fasc. 310, « Droit des obligations - Formalisme des actes relatifs à la propriété immobilière et aux servitudes », par É. Sander, n° 101 s. (« difficultés posées par la prescription d'un droit de propriété immobilière ») ; Ph. Jestaz, « Prescription et possession en droit français des biens », *D.* 1984, chron. p. 27 s.

¹³⁶⁴ Cependant, le particularisme du droit local s'est atténué avec l'abrogation de la loi locale de 1908 par une loi de 1991 (*JCl. Alsace-Moselle*, fasc. 752, par J.-L. Vallens, n° 45). Notamment, le point de départ du délai de prescription pour les contrats relevant de la loi locale n'est plus l'expiration de l'année au cours de laquelle la prestation peut être réclamée (loi de 1908, article 12, alinéa 1^{er}), mais celui prévu par l'article L. 114-1 du code des assurances.

¹³⁶⁵ Sur cet article, v. *JCl. Alsace-Moselle*, fasc. 660, par L. Grisey-Martinez, 2009, n° 48. Pour une application jurisprudentielle, v. not. Crim. 11 juill. 1983, *Neubauer*, n° 83-90.388, *Bull. crim.*, n° 218.

¹³⁶⁶ Sur ce débat et pour une réponse négative, v. *JCl. Alsace-Moselle*, fasc. 660, par L. Grisey-Martinez, 2009, n° 52 s., spéc. n° 54.

¹³⁶⁷ *JCl. Alsace-Moselle*, fasc. 660, par L. Grisey-Martinez, 2009, n° 52 s., spéc. n° 54.

¹³⁶⁸ *Rép. civ.* Dalloz, *V°* « Alsace-Moselle », par J.-L. Vallens, 2011, n° 11.

¹³⁶⁹ Dans le même sens, V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, thèse Paris I, 2009, n° 116, p. 127, qui note « une très grande vivacité du droit local ».

2. L'exemple de la Nouvelle-Calédonie

382. **Fondement constitutionnel du droit local néo-calédonien.** Le fondement constitutionnel de la validité du droit spécial aux collectivités territoriales se trouve, pour les règles édictées par le législateur, dans la jurisprudence constitutionnelle¹³⁷⁰ et, pour les règles édictées par les collectivités territoriales elles-mêmes, dans les articles 72 et suivants de la Constitution de 1958. Pour la Nouvelle-Calédonie, le fondement constitutionnel des règles spéciales territoriales réside à l'article 77 de la Constitution complété par la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée – en dernier lieu par la loi organique n° 2013-1027 du 15 novembre 2013 –, qui fixent les compétences transférées aux institutions néo-calédoniennes, auxquelles il convient d'ajouter l'article 75 de la Constitution pour le statut civil local.

383. **Sources du droit local néo-calédonien.** Le droit local de Nouvelle-Calédonie – dont le domaine d'application territorial est limité à ce territoire¹³⁷¹ – proviendrait de trois sources : du pouvoir central qui s'abstient de rendre expressément applicables les règles qu'il édicte à la Nouvelle-Calédonie ou qui y édicte des règles spéciales territoriales, du pouvoir local qui édicte des « lois du pays », et de la coutume locale. Parmi celles-ci figurent des règles exceptionnelles.

384. **Première source de droit local néo-calédonien : le pouvoir central.** Le droit local peut d'abord provenir du pouvoir central : le législateur lui-même, lorsqu'il s'abstient de déclarer expressément applicable à la Nouvelle-Calédonie les règles qu'il édicte, est à la source de règles locales. Dans ce cas en effet, conformément au régime de spécialité législative¹³⁷², les règles ne s'y appliquent pas. Cette absence d'applicabilité de plein droit des règles de *droit commun de la France* non étendues est source, en creux, de règles spéciales territoriales.

385. **Illustration : prescription des peines en matière contraventionnelle.** Par exemple¹³⁷³, en Nouvelle-Calédonie, les peines prononcées pour des contraventions se prescrivent, non par trois ans comme en droit commun territorial tel que cela résulte de l'article 133-4 du code pénal, mais par deux ans à compter de la date à laquelle la décision de condamnation est devenue définitive. En effet, il apparaît que la modification de l'article 133-4 du code pénal, réalisée par la loi de finances rectificative pour 2002 (loi n° 2002-1576 du

¹³⁷⁰ Notamment, le Conseil constitutionnel admet que l'existence de régimes juridiques particuliers peut trouver sa justification dans des particularismes géographiques (Cons. const. 9 mai 1991, n° 91-290 DC, consid. n°s 18 et 23 *a contrario*), pour peu simplement que le législateur justifie un tel particularisme ; des amendements visant à exclure du champ d'application de la loi le territoire de certaines collectivités territoriales, sans justification appropriée, méconnaissent au contraire le principe d'indivisibilité de la République (Cons. const. 13 janv. 1994, n° 93-329 DC, consid. n°s 27, 29 et 30).

¹³⁷¹ Pour un panorama détaillé, v. not. G. Nicolau, G. Pignarre et R. Lafargue, *Ethnologie juridique*, Dalloz, 2007, *passim*, not. p. 233 s.

¹³⁷² Sur lequel v. *supra*, n° 333.

¹³⁷³ D'autres illustrations pourraient être développées. Par exemple, le livre IV du code de commerce, qui traite de la liberté des prix et de la concurrence, n'est pas applicable en Nouvelle-Calédonie ; une règle spéciale d'exclusion du droit commun le prévoit, déduite *a contrario* de l'article L. 930-1 du même code. *Adde*, en jurisprudence, Com. 19 juin 2007, n° 05-17.753, *Bull. civ.* IV, n° 167 ; D. 2007, p. 1877, obs. A. Lienhard (entreprises en difficulté).

30 décembre 2002), n'a pas été étendue à la Nouvelle-Calédonie¹³⁷⁴ ; en vertu du régime de spécialité législative, l'ancienne version y demeure applicable et devient ainsi source d'une *règle locale*.

386. **Deuxième source de droit local néo-calédonien : les « lois du pays ».** Le droit local peut, ensuite, provenir du pouvoir local lui-même : aux termes de l'article 77 de la Constitution, la Nouvelle-Calédonie peut édicter des « lois du pays »¹³⁷⁵ dans le cadre des compétences qui lui ont été transférées ; la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée, détermine, en son article 99, les institutions sur lesquelles elles peuvent porter. Sont notamment concernées les incapacités et les successions et libéralités, l'article 99, 9°, visant « l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités ». En outre, et dans la mesure où l'article 99, 10°, dispose que les lois du pays fixent « les principes fondamentaux concernant le régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales », sont également concernées les sûretés (les sûretés personnelles dépendant du régime des obligations civiles et commerciales, et les sûretés réelles dépendant à la fois du régime des droits réels et de celui des obligations civiles et commerciales) et la prescription (extinctive – qui dépend du régime des obligations civiles et commerciales ou de celui des droits réels, voire également de l'état et la capacité ou des successions –, comme acquisitive – qui dépend du régime de la propriété et des droits réels)¹³⁷⁶. Pour ces institutions et toutes celles qui entrent dans les catégories visées par l'article 99 de la loi organique de 1999, la Nouvelle-Calédonie dispose de la compétence pour déroger aux règles de *droit commun de la France* déclarées applicables au territoire.

387. **Une absence d'exemples en trompe-l'œil.** La Nouvelle-Calédonie semble n'avoir utilisé sa compétence qu'avec parcimonie : d'une part, les lois du pays déjà votées, rares, affichent une prédilection pour les questions fiscales et sociales¹³⁷⁷ ; d'autre part, peu d'exemples de règles spéciales territoriales *exceptionnelles* semblent pouvoir être avancés. Ce constat de carence apparaît toutefois en trompe-l'œil. En premier lieu, l'article 99 de la loi organique du 19 mars 1999 n'en ouvre pas moins de vastes potentialités de droit local exceptionnel, incluant notamment la plupart des institutions du droit civil largement entendu. En second lieu, on le constatera plus loin, une part importante des règles locales constitue une reprise littérale des règles de *droit commun de la France* – elles sont constitutives de droit spécial territorial non exceptionnel¹³⁷⁸.

¹³⁷⁴ Cette absence d'extension pourrait être involontaire ; mais voter un cavalier législatif – une disposition en matière de prescription pénale dans une loi de finances rectificative – ne fait-il pas courir le risque de tels oublis ?

¹³⁷⁵ Sur cette notion, v. not. O. Gohin, « Les lois du pays : contribution au désordre normatif français », *RDP* 2006, p. 85 s. Celles-ci existent également en Polynésie française : outre la référence précitée, v. A. Moyrand, « Les lois du pays en Polynésie française : bilan d'un quinquennat », *RDP* 2009, p. 1577 s.

¹³⁷⁶ De même, il résulte de l'article 99, 3°, de la même loi, que les principes fondamentaux du droit du travail (parmi lesquelles il peut notamment y avoir des règles concernant la prescription extinctive) sont également de la compétence des lois du pays ; le 2° du même article prévoit la même chose pour les règles en matière de fiscalité (les lois du pays peuvent donc édicter des règles de prescription locales en la matière).

¹³⁷⁷ O. Gohin, « Les lois du pays : contribution au désordre normatif français », *RDP* 2006, p. 85 s. V. la liste des lois du pays en vigueur sur le site Juridoc (www.juridoc.gouv.nc).

¹³⁷⁸ V. *infra*, n° 390 s.

388. **Troisième source de droit local néo-calédonien : la coutume.** Aux termes de l'article 7 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, « les personnes dont le statut personnel, au sens de l'article 75 de la Constitution, est le statut civil coutumier kanak décrit par la présente loi sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes ». Ces coutumes locales, difficiles à recenser¹³⁷⁹, peuvent notamment être connues par l'application qu'en font les tribunaux. C'est par ce moyen que l'on apprend, par exemple, qu'une demande en divorce doit être refusée lorsque le clan d'appartenance de l'époux demandeur s'y oppose formellement¹³⁸⁰. La solution est fort éloignée de celles que propose le *droit commun de la France* (l'absence d'opposition formelle du *clan*, ou même de la famille, ne constitue pas une condition du bien-fondé ou de la recevabilité d'une demande en divorce) : il s'agit d'une « opposition à divorce » constituant une règle spéciale territoriale. Les possibilités de coutumes locales sont d'autant plus étendues que le statut coutumier kanak concerne « l'ensemble du droit civil » : c'est ce qu'a estimé la Cour de cassation dans un avis du 16 décembre 2005¹³⁸¹.

389. **Autres collectivités.** Ce bref exposé ne doit pas conduire à penser que les règles spéciales territoriales exceptionnelles seraient limitées à la Nouvelle-Calédonie : les autres collectivités d'outre-mer sont également concernées¹³⁸².

§ II – Les règles spéciales territoriales non exceptionnelles

390. **Des règles locales non dérogoires au *droit commun de la France*.** Bien que la technique puisse paraître fort étonnante, certaines règles spéciales territoriales ne sont pas

¹³⁷⁹ Là se trouverait « la faiblesse congénitale de la coutume » et du droit qu'elle véhicule : pour le connaître, « il vous faut prendre patience... » (M. Grimaldi, « Rapport de synthèse », in *De la place de la coutume dans l'ordre juridique haïtien*, dir. G. Paisant, Grenoble, PUG, 2002, p. 205 s., spéc. p. 211).

¹³⁸⁰ CA Nouméa, 11 déc. 2003, *Juris-Data* n° 2003-247723.

¹³⁸¹ Cass. avis, 16 déc. 2005, n° 05-00.026, *Bull. avis*, n° 9 ; *RTD civ.* 2006, p. 516 s., obs. P. Deumier (en matière d'assistance éducative). Sur la possibilité de revendiquer ce statut, v. Civ. 1^{re}, 26 juin 2013, n° 12-30.154, *Bull. civ. I*, n° 139 ; *RLDC* n° 106, juill.-août 2013, 5177, p. 57 s., avis C. Petit (« De la renonciation au statut civil de droit commun au profit du statut coutumier »).

¹³⁸² Sur l'outre-mer, *adde Pouvoirs* 2005, n° 113, *L'outre-mer*. Illustration parmi beaucoup d'autres possibles, v., pour les sûretés, l'article L. 641-9 du code des procédures civiles d'exécution, relatif à l'assiette des sûretés judiciaires à Wallis-et-Futuna. V. aussi les exemples cités par V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, thèse Paris I, 2009, n° 31 (et P. Deumier, *RTD civ.* 2006, p. 516 s.), notamment : en droit coutumier mahorais, la non-paternité peut être établie par serment décisoire devant le grand *cadi* (Civ. 1^{re}, 23 mai 2006, n° 05-16.809, *Bull. civ. I*, n° 262 ; la justice *cadi*ale a été supprimée suite à la départementalisation) ; de même, un enfant né hors mariage devait se voir refuser le droit d'établir sa filiation et être exclu, de ce fait, de la succession d'un parent (Civ. 1^{re}, 25 févr. 1997, n° 94-19.321, *Bull. civ. I*, n° 67 ; *Rev. crit. DIP* 1998, p. 602 s., obs. G. Droz ; *D.* 1997, jur. p. 453 s., obs. H. Fulchiron ; *JCP G* 1997, II, 22968, note L.-A. Barrière et T. Garé – mais cette règle ne subsistait déjà que partiellement, l'article 68 de la loi n° 2003-660 du 21 juill. 2003 de programme pour l'outre-mer l'ayant abrogée pour les enfants nés après son entrée en vigueur [v. not. O. Guillaumot, *JCP G* 2003, actu. 417] ; il faut aujourd'hui, à la lumière de l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 sur le statut civil mahorais, notamment de son article 12 qui dispose qu'« est interdite toute discrimination pour la dévolution des successions qui serait contraire aux dispositions d'ordre public », considérer qu'elle n'est plus admise). *Adde* le « statut personnel coutumier sans base légale » qui existerait en Guyane, en vertu duquel, notamment, « chez les Amérindiens et les Noirs-Marrons, on ne devient adulte que lorsqu'on s'en sent capable », et non à dix-huit ans, ou encore, « chez les Galibi et chez les Palikur, [il existe] « une sorte de légataire universel qui reçoit les biens du défunt pour les répartir ensuite selon des règles variant en fonction des circonstances » » (V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, préc., n° 355, se référant à F. Grenand, « Personnes et famille », in *Coutumes et droit en Guyane*, Economica, 1993, p. 169 s.).

déroatoires au droit commun territorial. Elles consacrent la même solution que la règle de droit commun territorial (A) ou y renvoient (B)¹³⁸³.

A. La copie du droit commun territorial

391. **Une copie pure et simple.** Dans une première série de cas, les règles territorialement spéciales ne sont pas exceptionnelles car elles ne constituent qu'une reprise, sans aucune modification, des règles consacrées en *droit commun de la France* : elles se contentent de reproduire, pour un domaine *ratione loci* plus restreint, la solution posée par les règles de droit commun territorial. Quelques exemples, parmi beaucoup d'autres, peuvent être recensés dans les droits néo-calédonien et polynésien¹³⁸⁴.

392. **Successions et libéralités : droit néo-calédonien et juridiction compétente pour connaître des demandes relatives à la succession.** L'article 45 du code de procédure civile de Nouvelle-Calédonie reprend mot pour mot l'article 45 du code de procédure civile, qui dispose qu'en matière de succession, les demandes entre héritiers, celles formées par les créanciers du défunt et celles relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort sont portées devant la juridiction dans le ressort de laquelle est ouverte la succession : la règle locale est ici non exceptionnelle, de simple reprise.

393. **Incapacités : droit néo-calédonien et comparution des incapables.** De la même manière, l'article 197 du code de procédure civile de Nouvelle-Calédonie reprend les termes exacts de l'article 197 du code de procédure civile et prévoit que « le juge peut faire comparaître les incapables sous réserve des règles relatives à la capacité des personnes » : ici encore, la règle locale n'est qu'un calque de la règle de *droit commun de la France* ; seul son domaine d'application territorial est plus restreint.

394. **Procédure civile : droit polynésien et reprise massive du code général.** Plus généralement, pourraient être consultés les codes locaux de procédure civile, notamment le code de procédure de la Polynésie française : ce dernier reproduit purement et simplement un grand nombre de dispositions de *droit commun de la France* pour un domaine *ratione loci* plus restreint, et parfois en changeant simplement le numéro. Un exemple parmi d'autres : l'article 1^{er} du code polynésien reprend à quelques mots près les articles 30, 31 et 32-1 du code de procédure civile sur l'action en justice¹³⁸⁵. Le reste du code – hors quelques dispositions, telles celles relatives aux audiences « foraines »¹³⁸⁶ –, apparaît à l'avenant.

¹³⁸³ Les règles spéciales territoriales non exceptionnelles apparaissent donc fréquemment comme des règles de *reproduction* du droit commun territorial (comp., pour les règles spéciales matérielles, *infra*, n° 689 s.).

¹³⁸⁴ Notamment dans la mesure où, du fait du principe de spécialité législative, il a fallu combler les vides laissés par l'absence d'extension de certaines règles de *droit commun de la France*.

¹³⁸⁵ Les différences entre ces textes sont infimes.

1) Comparaison de l'article 30 du code de procédure civile général et de l'article 1^{er}, al. 1^{er}, du code de procédure civile polynésien. Article 30 du code général : « L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention ». Article 1^{er}, al. 1^{er}, du code local : « L'action est le droit pour l'auteur d'une

395. **Fiscalité : droit néo-calédonien et reprise de la loi « TEPA ».** Dernière illustration révélatrice, tant par la similarité du contenu des textes que par la proximité temporelle de leur édicition : l'article Lp. 357-0 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie, créé par une loi du pays du 21 octobre 2008, dispose que « sont exonérés de droits de mutation par décès le conjoint survivant et le partenaire lié au défunt par un pacte civil de solidarité » ; quant à l'article 796-0 *bis* du code général des impôts, créé par la loi dite « TEPA » du 21 août 2007, il dispose que « sont exonérés de droits de mutation par décès le conjoint survivant et le partenaire lié au défunt par un pacte civil de solidarité ». La recherche de différences entre ces deux textes est vaine : il n'en existe aucune, si ce n'est celle liée à leur domaine d'application territorial. D'autres exemples pourraient être développés.

396. **Des règles locales devenues non exceptionnelles.** En outre, et l'hypothèse est proche de la première, certaines règles locales seraient devenues « accidentellement » non exceptionnelles : il s'agit de règles qui, initialement, établissaient une solution différente de celle consacrée par le *droit commun de la France*, mais qui sont devenues non dérogoires à celui-ci, parce qu'il a été modifié et aligné sur la solution prévue par le droit local. Signe que le droit spécial nourrit parfois le droit commun et l'inspire – en pareille hypothèse, le droit commun copie la règle spéciale. Le résultat est pourtant le même et du fait de cette modification de la règle de droit commun territorial, la règle spéciale devient non dérogoire.

397. **Successions et libéralités : droit alsacien-mosellan et rapport des libéralités en valeur.** En droit alsacien-mosellan et aux termes de l'article 73, alinéa 1^{er}, de la loi civile du 1^{er} juin 1924, « lorsque le don ou legs fait à un successible en ligne directe ou au conjoint survivant a pour objet une exploitation agricole, industrielle ou commerciale unique, le donataire ou légataire peut, par dérogation à l'article 866 [ancien] du code civil, retenir en totalité l'objet de la libéralité, même si la valeur de cet objet excède la quotité disponible et quel que soit cet excédent, sauf à récompenser les cohéritiers ou héritiers en argent ou autrement »¹³⁸⁷. Cette règle, qui prévoyait une réduction en valeur, constituait du droit local exceptionnel car, pendant

prétention de la soumettre au juge afin qu'il la dise bien ou mal fondée et pour son adversaire le droit de discuter de ce bien-fondé ».

2) Comparaison de l'article 31 du code de procédure civile général et de l'article 1^{er}, al. 2, du code de procédure civile polynésien. Article 31 du code général : « L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé ». Article 1^{er}, al. 2, du code local : « L'action n'est ouverte qu'à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention et sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention ou pour défendre un intérêt déterminé ».

3) Comparaison de l'article 32-1 du code de procédure civile général et de l'article 1^{er}, al. 3, du code de procédure civile polynésien. Article 32-1 du code général : « Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés ». Article 1^{er}, al. 3, du code local : « Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile de 20 000 à 200 000 francs » (parité du franc Pacifique : 1000 FP = 8,38 € ; soit 200 000 FP = 1676 €).

¹³⁸⁶ Titre XIV du livre I^{er} du code de procédure civile polynésien, contenant les articles 443 s. V. R. Bonneau, « Le Code de procédure civile de la Polynésie française », *Journal de la Société des océanistes* 1967, p. 152 s., spéc. p. 153.

¹³⁸⁷ Sur cette règle, v. not. *JCl. Alsace-Moselle*, fasc. 392, « Droit des successions en Alsace-Moselle - Généralités », par É. Sander, 1996, n° 223 s. ; *JCl. Alsace-Moselle*, fasc. 396, « Successions et libéralités en Alsace-Moselle - Transmission intégrale d'une exploitation », par É. Sander, 2011.

longtemps, le principe en *droit commun de la France* des successions et libéralités était la réduction en nature. Cependant, depuis que le principe a été renversé – l'article 924 du code civil prévoyant désormais la réduction en valeur –, la règle n'est plus spéciale qu'en la forme. Les tribunaux l'ont d'ailleurs reconnu : du fait des réformes du droit commun territorial des successions et libéralités, cette règle spéciale n'est « plus du tout dérogatoire » au *droit commun de la France*¹³⁸⁸.

398. **Prescription : droit polynésien et suspension du délai par le recours à la conciliation.** Un exemple similaire se retrouve en droit polynésien. Applicable à la Polynésie française, l'article 38-III de la loi n° 96-609 du 5 juillet 1996 portant diverses dispositions relatives à l'outre-mer, prévoit que la saisine de la commission de conciliation obligatoire en matière foncière ou l'examen de l'affaire par celle-ci suspendent les délais de prescription. Au moment de son adoption, ce texte établissait une règle locale dérogatoire à celle prévue en droit commun territorial : avant la réforme opérée par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 en effet, la conciliation n'y constituait pas une cause légale de suspension des délais de prescription. Cependant, depuis cette réforme, en vertu d'une règle de droit commun territorial de la prescription posée par l'article 2238 du code civil, la conciliation suspend désormais les délais. Depuis la réforme de 2008, la règle spéciale polynésienne a perdu le caractère exceptionnel qui était auparavant le sien, du fait de l'alignement de la règle de droit commun territorial sur la solution qu'elle prévoyait.

B. Le renvoi au droit commun territorial

399. **Des règles locales limitées à un renvoi au droit commun.** L'hypothèse est celle dans laquelle une règle spéciale territoriale se contente de renvoyer à une règle de *droit commun de la France* : loin de déroger à la solution du droit commun territorial, elle ne fait qu'en rappeler (lorsque le territoire auquel elle s'applique n'est pas soumis au régime de spécialité législative) ou en prévoir (lorsque le territoire auquel elle s'applique est soumis au régime de spécialité législative) l'applicabilité.

400. **Sûretés : droit alsacien-mosellan et purge des hypothèques.** Depuis la réforme des sûretés réalisée par l'ordonnance du 23 mars 2006, les articles de la loi du 1^{er} juin 1924 relatifs à la procédure en matière de purge des hypothèques sont devenus largement inutiles. Ainsi, l'article 187, alinéa 1^{er}, de la loi de 1924, dispose notamment que « la procédure en matière de purge des hypothèques est réglée par les dispositions des articles 2476 à 2487 du code civil ». En d'autres termes, quoiqu'une règle locale soit maintenue, c'est, au fond, le *droit commun de la France* qui régit les territoires d'Alsace-Moselle quant à la question de la purge des hypothèques ; la règle locale ne contient plus qu'un renvoi au droit commun territorial.

¹³⁸⁸ CA Colmar, 9 nov. 2001 : « l'article 73 alinéa 1^{er} de la loi locale du 1^{er} juin 1924 n'est plus du tout dérogatoire à l'article 866 du code civil depuis que ce dernier texte a été modifié par le décret-loi du 17 juin 1938, puis par la loi du 3 juillet 1971 ; qu'il résulte donc des dispositions tant de droit général que de droit local qu'un don fait à un successible peut être retenu en totalité par le gratifié, même s'il excède la quotité disponible, sauf à récompenser les cohéritiers en argent ».

401. **Procédure civile : droit polynésien.** Dans le même esprit, mais pour une collectivité soumise au régime de la spécialité législative, l'article 1026 du code de procédure civile de la Polynésie française dispose que « pour les matières non traitées par le présent code, il pourra y être suppléé par les règles du code de procédure civile métropolitain dans sa rédaction en vigueur au 1^{er} mars 2001 ». Il s'agit encore d'un simple renvoi opéré par le droit spécial territorial aux règles de *droit commun de la France* correspondantes. Au-delà de ces modestes illustrations, le droit français connaît un foisonnement de règles spéciales non exceptionnelles. Puisqu'elles se contentent de reproduire, pour un domaine territorial plus restreint, la solution consacrée en *droit commun de la France*, leur opportunité peut prêter à discussion. C'est déjà anticiper les développements qui suivent.

Section II – Réflexion sur les règles spéciales territoriales

402. **Plan.** Parce qu'elles se développent en décalage avec un modèle politique et juridique français universaliste tendant à traiter identiquement chaque point du territoire¹³⁸⁹, les règles spéciales territoriales peuvent faire l'objet d'une recherche quant à leur justification¹³⁹⁰. Une telle recherche (§ I) précédera la question de l'opportunité de leur maintien (§ II).

§ I – La recherche des justifications

403. **Plan.** Les règles spéciales territoriales, exceptionnelles (A) ou non exceptionnelles (B), sont-elles justifiées en opportunité ? Le cas échéant, sur quelles justifications reposent-elles et dans quelle mesure ?

A. La recherche de justification des règles spéciales territoriales exceptionnelles

404. **Le fondement des règles spéciales territoriales incertain en opportunité ; méthode.** Affirmer que les règles locales exceptionnelles sont justifiées en opportunité par le simple fait qu'elles existent n'est pas satisfaisant¹³⁹¹. La spécialité correspond-elle à un besoin, répond-elle à un particularisme social ou technique local ? C'est ce qu'il convient de mettre à l'épreuve. En effet, écrivait le doyen Batiffol, « s'il est admissible qu'à faits différents, règles

¹³⁸⁹ C'est ici le premier volet de l'universalisme attaché au modèle politique français, qui prône de traiter toutes les parties du territoire indistinctement (v. par ex. J.-B. Auby, « Réflexions sur la territorialisation du droit », in *Mélanges J.-C. Douence*, Dalloz, 2006, p. 1 s., spéc. p. 2 ; rappr. P. Rosanvallon, *Le modèle politique français - La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Seuil, 2004, qui qualifie le jacobinisme, « démon de la centralisation », de modèle dominant [not. p. 11]). À propos du deuxième volet de ce modèle universaliste, lié au droit commun matériel, v. *infra*, n° 725.

¹³⁹⁰ V., de manière générale, A. Supiot, *Homo juridicus - Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, 2005, p. 25.

¹³⁹¹ Rappr. D. Bureau et N. Molfessis, « L'asphyxie doctrinale », in *Mélanges B. Oppetit*, Litec, 2009, p. 45 s., spéc. p. 69, qui écrivent que « le propre du droit spécial est de s'autojustifier, en légitimant ses particularismes ». Les arguments avancés sont parfois qualifiés de sophismes. Rappr. J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 s., spéc. p. 301-302 : « la solution est singulière parce que le corps de règles dont elle est le produit est autonome : voilà le sophisme qui tient lieu de raisonnement ! »

différentes, encore faut-il justifier d'un lien entre la distinction si réelle soit-elle, et la conséquence légale qui en est tirée »¹³⁹². Or, dans certaines situations, le droit commun, à raison même de sa généralité, ne serait pas adapté¹³⁹³ ; dans cette mesure, des règles spéciales sont alors nécessaires. Les justifications proposées à l'existence des règles locales seraient principalement de deux ordres : certaines sont de technique juridique ; d'autres, sociologiques, sont de politique juridique. Elles seraient cependant l'expression d'une même idée, selon laquelle les textes spéciaux territoriaux seraient mieux « adaptés aux besoins »¹³⁹⁴ des habitants d'une fraction du territoire ; ils *conviendraient mieux* à une localité. Ce postulat peut être mis à l'épreuve.

405. **Justification technique ?** Quelle que soit l'institution (livre foncier, certificat d'héritier, prestation foncière, statut civil kanak ou mahorais, etc.) et la localité (Alsace-Moselle, outre-mer, etc.), c'est avant tout un argument de technique juridique qui est avancé pour justifier l'existence des règles spéciales territoriales : elles seraient techniquement plus efficaces et mieux adaptées à la localité que les règles de *droit commun de la France*. Cet argument est souvent utilisé pour le droit spécial alsacien-mosellan¹³⁹⁵ : la « supériorité technique »¹³⁹⁶ des règles spéciales territoriales, leurs « avantages reconnus »¹³⁹⁷, légitimeraient leur existence. Cependant, les affirmations de cette idée apparaissent souvent dogmatiques¹³⁹⁸. Le postulat peut être mis à l'épreuve dans les faits, à travers quelques exemples¹³⁹⁹.

406. **Insuffisance de la justification technique : délai de prescription en matière d'assurance-vie en Alsace-Moselle.** Reprenons l'article L. 192-1 du code des assurances, qui porte à cinq ans le délai de prescription en matière d'assurance-vie pour l'Alsace-Moselle, au lieu de dix ans à l'article L. 114-1 du même code, qui exprime le *droit commun de la France*. L'argument de la supériorité technique de la règle spéciale par rapport à la règle de droit commun tiendrait si plus de temps était nécessaire, en Alsace-Moselle, pour faire valoir ses droits

¹³⁹² H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p. 172.

¹³⁹³ V. N. Delegove, *Le droit commun et le droit spécial*, thèse Paris II, 2011, n° 245 s., p. 264 s.

¹³⁹⁴ *Rép. civ.*, Dalloz, V° « Alsace-Moselle », par J.-L. Vallens, 2011, n° 12.

¹³⁹⁵ V. par ex. J.-M. Woehrling, « La décision du Conseil constitutionnel sur le droit local alsacien-mosellan : consécration ou restriction ? », *RFDA* 2012, p. 131 s., qui écrit que c'est « la situation objective actuelle de l'Alsace-Moselle » qui « justifie l'existence d'un droit local », car les trois départements « ne sont pas dans la même situation au plan territorial ».

¹³⁹⁶ *Rép. civ.*, Dalloz, V° « Alsace-Moselle », par J.-L. Vallens, 2011, n° 12.

¹³⁹⁷ *Ibid.*

¹³⁹⁸ 1) Or, dire que le droit spécial territorial est techniquement opportun n'est pas démontrer qu'il l'est. En d'autres termes ici, « dire » n'est pas « faire » ; v. J. L. Austin, *Quand dire, c'est faire*, trad. G. Lane, Seuil, 1970, rééd. 2002 (titre original : *How to do things with words*, 1962).

2) V. par ex. N. Rouland, S. Pierré-Caps et J. Poumarède, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, PUF, 1996, n° 245 : les règles spéciales territoriales reposeraient sur « un réseau de fictions et distinctions juridiques jouant comme dispositif d'encadrement des particularismes socioculturels et ethniques dans leurs expressions juridiques ».

¹³⁹⁹ Les illustrations qui pourraient être prises sont, ici encore, fort nombreuses. Par exemple, l'idée pourrait être développée qu'en matière pénale, le particularisme local apparaît particulièrement injustifié et « choquant lorsque des infractions analogues sont commises les unes dans l'un des trois départements de l'Est et les autres dans [le reste de la France] » (*Rép. dr. pén. et pr. pén.* Dalloz, V° « Alsace-Moselle », 1997, par V. Jaworsky et M.-J. Littmann-Martin, n° 122) : où en est la justification technique ou sociologique ? V. encore, pour la critique de l'opportunité de la législation du travail (et notamment l'article L. 3134-11 du code du travail), P. Hennion-Jacquet, « Le droit local du travail alsacien-mosellan : principe d'égalité neutralisé, principe de légalité consacré », *D.* 2012, p. 1047 s., spéc. n° 13, qui estime que « le droit local engendre une inégalité injustifiée en tant que réminiscence désuète de l'occupation allemande d'un territoire de la République ».

en matière d'assurance-vie ; or, c'est, pour le moins, peu probable. L'argument pourrait encore tenir s'il était plus *adapté* et *efficace*, dans l'absolu, de faire valoir ses droits en matière d'assurance-vie dans un délai de cinq ans que dans un délai de dix ans ; c'est là encore contestable. Au contraire d'ailleurs, le délai de dix ans, de droit commun territorial, peut à certains égards apparaître mieux adapté à la situation que le délai de cinq ans, de droit local : lorsque le bénéficiaire de l'assurance-vie est une personne distincte du souscripteur, il lui faut parfois de nombreuses années pour savoir qu'il en est effectivement bénéficiaire ; le priver de tout droit après cinq ans prête dès lors à discussion. Et lorsque le bénéficiaire et le souscripteur sont une seule et même personne, le délai de prescription est alors porté, en *droit commun de la France*, à deux ans ; la solution peut apparaître plus opportune que celle retenue en Alsace-Moselle (cinq ans), en ce qu'elle astreint l'intéressé à davantage de diligence. C'est ainsi que certains auteurs, que l'on pourra suivre, ont pu douter de l'opportunité d'une telle règle locale¹⁴⁰⁰.

407. Insuffisance de la justification technique : certificat d'héritier en Alsace-Moselle. La même démonstration pourrait être conduite, en droit des successions, à propos du certificat d'héritier. Quelle nécessité de technique juridique, en effet, imposerait un mode d'établissement de la qualité d'héritier *spécial à une partie du territoire national*? Pour les mêmes raisons que celles qui viennent d'être exposées, la question est probablement rhétorique. Et si des études débouchent sur le constat de l'intérêt technique du certificat d'héritier, ce n'est pas du fait de considérations en lien avec le territoire sur lequel il s'applique, mais du fait de l'intérêt de l'institution détachée de ses liens avec la fraction de territoire sur lequel elle s'applique¹⁴⁰¹ : le certificat d'héritier pourrait tout aussi bien bénéficier au *droit commun de la France* ; les avantages techniques qu'il présente ne sont pas en lien avec le territoire sur lequel il s'applique¹⁴⁰². C'est pourquoi des auteurs, ici encore, ont pu douter de l'opportunité du maintien de cet ensemble de règles spéciales exceptionnelles¹⁴⁰³.

408. Insuffisance de la justification technique : propriété collective en Nouvelle-Calédonie. L'argument de technique juridique put parfois même être utilisé pour légitimer des règles spéciales territoriales sous le masque de données selon toute apparence erronées. Le professeur Rouland en donne un exemple : « en 1868, un arrêté pose en principe que les Kanaks ne connaissent que la propriété collective des terres. Invention pure et simple – l'ethnographie l'a montré – qui facilite les opérations de cantonnement auxquelles l'administration veut se livrer pour mener à bien la colonisation : il est plus facile de s'entendre

¹⁴⁰⁰ V. not. *Rép. civ.* Dalloz, V^o « Alsace-Moselle », par J.-L. Vallens, 2011, n^o 34 : « le droit local a été maintenu [...] sans que ce particularisme paraisse justifié ». Il n'est en effet pas certain qu'il s'agisse d'une solution « supérieure » techniquement à celle établie en *droit commun de la France* – au contraire même peut-être.

¹⁴⁰¹ C'est la conclusion à laquelle parvenait un auteur après avoir démontré que les garanties d'exactitude qu'il offre sont supérieures à celles offertes par les modes de preuve de la qualité d'héritier relevant du *droit commun de la France* : F. Lotz, *Du maintien ou de l'abrogation du droit local alsacien-lorrain dans le domaine de la famille (incapacités, successions, régimes matrimoniaux)*, thèse Strasbourg, 1968, p. 346 s. ; v. aussi p. 422.

¹⁴⁰² Il y aurait peut-être lieu, conclut un auteur, de réfléchir à son introduction en *droit commun de la France* et à son abrogation corrélative en droit local : F. Lotz, *Du maintien ou de l'abrogation du droit local alsacien-lorrain dans le domaine de la famille (incapacités, successions, régimes matrimoniaux)*, thèse Strasbourg, 1968, p. 349. V. *infra*, n^o 422.

¹⁴⁰³ *JCl. Alsace-Moselle*, fasc. 395, « Successions en Alsace-Moselle - Certificat d'héritier », par F. Lotz et G. Hautz, 1992, n^o 1 : « nul doute que l'institution particulière du droit local ne disparaisse lorsque la réforme du code civil sera réalisée » ; les réformes visées sont arrivées, mais le certificat d'héritier tient toujours.

avec un chef de tribu qu'avec une multiplicité de titulaires de droits »¹⁴⁰⁴. Les tribus de Nouvelle-Calédonie n'auraient jamais connu la propriété collective : l'argument aurait été fabriqué pour servir d'autres intérêts. Pour reprendre les termes du professeur Halpérin, il s'agirait en somme d'un cas d'« invention » de droit coutumier local¹⁴⁰⁵, de « formes de légitimation [...] par l'invocation d'une tradition usurpée »¹⁴⁰⁶. Dans ces cas, la justification technique ne convient pas.

409. **Justification sociologique ?** Un autre argument est celui de la meilleure adaptation sociologique du droit local¹⁴⁰⁷ : le droit spécial territorial serait mieux adapté aux spécificités socioculturelles du territoire qui l'accueille et à la population qui l'habite. Les règles spéciales territoriales permettraient ainsi « un droit en harmonie avec les réalités sociologiques »¹⁴⁰⁸ et, par exemple, MM. Mazeaud et Chabas estiment que ce sont « les différences de mœurs »¹⁴⁰⁹ entre les habitants de la France métropolitaine et ceux des collectivités d'outre-mer qui justifient l'existence du droit local de ces collectivités¹⁴¹⁰. C'est ainsi, encore, que pour les règles spéciales territoriales d'Alsace-Moselle, l'on invoque « l'attachement »¹⁴¹¹ de la population au droit ; les textes sources de droit spécial territorial sont maintenus car ils seraient « adaptés et appréciés des praticiens et des populations locales »¹⁴¹² ; ils auraient « acquis un caractère de symbole et une valeur sentimentale »¹⁴¹³. L'affirmation semble pourtant souvent dogmatique¹⁴¹⁴. Elle peut être mise à l'épreuve.

¹⁴⁰⁴ N. Rouland, *Aux confins du droit*, Odile Jacob, 1991, p. 229.

¹⁴⁰⁵ Pour d'autres exemples, v. J.-L. Halpérin, « La détermination du champ juridique à la lumière de travaux récents d'histoire du droit », *Droit et société* n° 81, 2012, p. 403 s., spéc. p. 407 s. (« l'invention du droit coutumier »).

¹⁴⁰⁶ J.-L. Halpérin, « La détermination du champ juridique à la lumière de travaux récents d'histoire du droit », *Droit et société* n° 81, 2012, p. 403 s., spéc. p. 413.

¹⁴⁰⁷ Sur cet argument, v., de manière générale, *L'argument sociologique en droit*, colloque du Laboratoire de sociologie juridique, Université Panthéon-Assas, 9-10 janv. 2014.

¹⁴⁰⁸ F. Webert, *Unité de l'État et diversité régionale en droit constitutionnel français*, thèse Nancy II, 1997, p. 188.

¹⁴⁰⁹ H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., par F. Chabas, LGDJ, 2000, n° 134.

¹⁴¹⁰ En d'autres termes, l'argument est le suivant : à une spécificité territoriale sociologique devrait correspondre une spécificité territoriale juridique.

¹⁴¹¹ J.-M. Woehrling, « La décision du Conseil constitutionnel sur le droit local alsacien-mosellan : consécration ou restriction ? », *RFDA* 2012, p. 131 s.

¹⁴¹² *Rép. civ.*, Dalloz, V° « Alsace-Moselle », par J.-L. Vallens, 2011, n° 4. Dès lors, « parmi les arguments qui peuvent être avancés à l'appui de la défense du droit local, l'approche sociologique est essentielle, car [...] le droit local caractérise un ordre social alsacien-mosellan qui puise ses racines dans un profond sentiment d'appartenance à une communauté de culture » (N. Rouland, S. Pierré-Caps et J. Poumarède, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, PUF, 1996, n° 159). Les auteurs ajoutent : « témoignage de l'adhésion d'une population à ce qui fonde son identité, le droit local semble représenter un phénomène politico-idéologique » (*op. et loc. cit.*).

¹⁴¹³ J.-M. Woehrling, « La gestion du droit local : maintien, abrogation, actualisation », in *La situation du droit local alsacien-mosellan*, LGDJ, 1986, p. 17 s., spéc. p. 44.

¹⁴¹⁴ 1) V. par ex. N. Rouland, *Aux confins du droit*, Odile Jacob, 1991, p. 226-227. V. aussi J.-M. Woehrling, « La décision du Conseil constitutionnel sur le droit local alsacien-mosellan : consécration ou restriction ? », *RFDA* 2012, p. 131 s., qui se contente d'affirmer que les « populations locales » ont « clairement exprimé leur attachement au maintien du droit local ». V. encore, pour la Corse, les arguments développés pour défendre la légitimité des exonérations fiscales spécifiques qui existaient depuis les « arrêtés Miot » de 1801 : une fois leur « valeur symbolique » avancée, il est soutenu que « les arrêtés Miot sont légitimes et cette légitimité est fondée sur plus de deux siècles d'histoire fiscale, sur la géographie c'est-à-dire l'insularité qui génère quoi que l'on dise des obstacles objectifs et subjectifs au développement » (Question orale posée par M^{me} S. Grimaldi, 2^e session ordinaire pour 2010 de l'Assemblée de Corse, 24 septembre) ; ces règles locales disparaîtront à l'expiration du délai fixé dans le code général des impôts, sans nouvelle prorogation possible (Cons. const. 29 déc. 2012, n° 2012-662 DC, *Loi de finances pour 2013*, consid. n° 133 – 29 déc. 2013, n° 2013-685 DC, *Loi de finances pour 2014*, considér. n° 139-140). Dans une certaine mesure, le doyen Carbonnier donnait le ton, lorsqu'il affirmait que « beaucoup de lois [...] conçues en fonction de

410. **Inadaptation de la justification sociologique : institutions extérieures aux matières de tradition.** La justification sociologique serait d'abord largement dépourvue de portée pour les institutions extérieures au droit des personnes, de la famille, ou répressif traditionnel : peut-on soutenir l'attachement de la population d'Alsace-Moselle ou de Nouvelle-Calédonie aux règles de prescription étudiées plus haut en matière d'assurance-vie ou de contravention ? S'agit-il d'ailleurs d'un véritable attachement des populations locales ou d'une habitude des juristes¹⁴¹⁵ ? Peut-on davantage évoquer l'attachement à des sûretés territorialement spéciales, telle la prestation foncière ? Pour le savoir, peut-être conviendrait-il de rechercher le degré de connaissance effective de ces règles par les populations concernées. Or, des enquêtes ont par exemple déjà été menées au sein des professions amenées à appliquer le droit local alsacien-mosellan ; elles ont parfois révélé une connaissance incertaine du droit local, même chez les professionnels du droit¹⁴¹⁶. L'argument sociologique manquerait alors en fait : ce type de règles locales n'est-il pas majoritairement ignoré jusque dans son existence par les principaux intéressés ? Au-delà, il apparaît difficile de saisir en quoi une différence de mœurs devrait ou pourrait justifier une différence dans la prescription des peines contraventionnelles ou dans la fiscalité des successions – pour reprendre les exemples de règles spéciales à la Nouvelle-Calédonie. Pour ces questions, la sociologie n'apparaît d'aucune aide – sauf pour montrer que les populations ne peuvent pas être attachées à ces règles, car *elles les connaissent mal*. Absence d'objet illustrée par un auteur qui, dans une étude sur le code de procédure civile de la Polynésie française, explique que les lecteurs « désireux de connaître les dispositions typiquement “polynésiennes” de ce texte » seront sans doute « déçus de n'en guère trouver, car l'ethnographie ne transparait guère en une telle matière »¹⁴¹⁷. N'est-on pas proche de la – fort critiquée – théorie des climats de Montesquieu¹⁴¹⁸ ?

possibilités ou de difficultés propres à la capitale sont inadaptées à la province », mais sans l'illustrer par des exemples concrets (*Droit civil*, t. 1, *Introduction - Les personnes - La famille*, PUF, « Quadrige », 2004, n° 82, p. 141).

2) Ici encore, l'absence de vérification empirique, dans les faits, de la théorie, fait que l'on ne sait pas si l'affirmation est vraie ou fautive – dire que le droit spécial territorial est sociologiquement justifié n'est pas démontrer qu'il l'est.

¹⁴¹⁵ Le parallèle avec l'histoire serait riche d'enseignements : certains se sont demandé si, sous l'Ancien Régime, « la prétendue fidélité de chaque province à son droit ne serait [...] pas avant tout le fait des juges et des juristes » (J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 46).

¹⁴¹⁶ V. par ex. T. Schmitt, « Présentation d'une enquête réalisée par le centre de droit public interne sur l'application du droit local », in *La situation du droit local alsacien-mosellan*, LGDJ, 1986, p. 81 s., et les réponses apportées à la question de l'application du droit local et de sa combinaison avec le droit français général (p. 89) : certains ne voient aucune difficulté, dans la mesure où, pour eux, « seul le droit local est appliqué » (!). Réponse préoccupante.

¹⁴¹⁷ R. Bonneau, « Le Code de procédure civile de la Polynésie française », *Journal de la Société des océanistes* 1967, p. 152 s., spéc. p. 153 (pour les deux dernières citations).

¹⁴¹⁸ Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, livre XIV, « Des lois dans le rapport qu'elles ont avec la nature du climat » (v. aussi J.-É.-M. Portalis, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Confluences, 1999, p. 14, qui se demandait « comment donner des lois à des hommes qui, quoique soumis au même gouvernement, ne vivaient pas sous le même climat »). Pour une critique, v. P. Bourdieu, *Ce que parler veut dire*, Fayard, 1982 (éd. 2008), « La rhétorique de la scientificité : contribution à une analyse de l'effet Montesquieu », p. 227 s. : l'auteur fustige les argumentations qui produisent une « apparence de science qui s'obtient par le transfert des méthodes ou des opérations d'une science plus accomplie ou simplement plus prestigieuse » (p. 239). Toutefois, les différences climatiques peuvent parfois justifier en opportunité une adaptation de la règle de droit à un territoire particulier ; simplement, il convient d'avancer un lien suffisamment pertinent entre la différence constatée et l'adaptation projetée. V. par ex. les articles L. 621-4, L. 631-6 et L. 641-8 du code des procédures civiles d'exécution, qui invitent expressément à tenir compte des « particularités climatiques » à certains territoires pour l'adaptation de la période annuelle de sursis aux mesures d'expulsion.

411. **Justification sociologique imparfaitement démontrée : institutions liées aux matières de tradition.** La justification sociologique des règles spéciales territoriales convient certainement davantage pour les institutions liées au droit des personnes, de la famille – notamment les statuts civils locaux à forte connotation territoriale¹⁴¹⁹ –, ou répressif traditionnel. Il est en effet fort concevable que des règles locales relatives, par exemple, à l'union des personnes ou à la filiation traduisent et perpétuent l'attachement de populations d'un lieu à des traditions ancrées dans les mœurs. Et, pour paraphraser Portalis, dans une certaine mesure, les règles de droit « doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lesquelles elles sont faites »¹⁴²⁰. Une tâche de la socio-anthropologie pourrait alors consister à rechercher, règles et faits à l'appui, le lien entre des mœurs différentes et la nécessité d'un droit différent ; or, cette démarche semble rare¹⁴²¹. La recherche de la justification sociologique des règles locales (au moyen d'études empiriques, sondages, enquêtes, etc.¹⁴²²) ne devrait-elle pas revêtir un caractère plus systématique¹⁴²³ ? Faute de cela, la justification de ces règles ne repose que sur une pétition de principe¹⁴²⁴. C'est « l'autorité »¹⁴²⁵ de ces arguments qui est en jeu, et ce, d'autant qu'ils apparaissent ici sur le principe pertinents.

B. La recherche de justification des règles spéciales territoriales non exceptionnelles

412. **Le fondement des règles spéciales territoriales non exceptionnelles souvent discutable en opportunité.** Quel intérêt présentent, en termes d'opportunité, des

¹⁴¹⁹ Sur ce point, v. *supra*, not. n° 198 et les notes.

¹⁴²⁰ J.-É.-M. Portalis, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Confluences, 1999, p. 16.

¹⁴²¹ Des réflexions spécifiques et approfondies n'en existent pas moins (not. S. Blanchy et Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit & société* 2012-1, n° 80, p. 117 s., dont l'article « s'appuie sur des enquêtes ethnographiques menées au sein de la population entre 1980 et 2010, considérant le droit tel qu'il est compris par les personnes et les familles, tel qu'il est appliqué par les cadis et par les juges de droit français ; il s'appuie aussi sur la pratique effective du droit des affaires familiales au tribunal de première instance entre 2001 et 2010, et enfin sur des textes : archives des cadis, lois et décrets métropolitains, archives judiciaires »). L'anthropologie juridique pourrait se donner ce chantier en étude et mêler les principes généraux au détail des règles applicables (v. par ex. R. Sacco, *Anthropologie juridique*, Dalloz, 2008, p. 201 s. : si l'analyse apparaît pénétrante [v. par ex. les développements sur les successions, p. 211 s.] et si l'auteur se livre à une analyse institution par institution [les groupes et les personnes – personne, parenté, mariage, famille, succession –, les biens et les services – propriété, obligation, contrat, acte, société –, les conflits], l'ouvrage n'entre pas dans le détail des règles applicables ou dans celui de sociétés particulières ; la cause présentée [les différences de mœurs] et l'effet expliqué [les différences de règles] apparaissent en outre parfois simplement juxtaposés, sans que soit établi de lien entre eux [*ibid.*, p. 201 s.]).

¹⁴²² Pour la présentation de ces techniques, v. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF Quadrige, 2004, p. 167 s.

¹⁴²³ La socio-anthropologie juridique ne pourrait-elle s'assigner comme objectif complémentaire, au-delà de « connaît[re] le droit dans toutes ses variétés » (R. Sacco, *Anthropologie juridique*, Dalloz, 2008, p. 74), de chercher *si, en quoi et dans quelle mesure* une spécificité des mœurs sur un point donné légitime une spécificité du droit sur un autre point ? La recherche pourrait, en d'autres termes, porter sur l'étude de la *causalité* entre spécificités liées à des territoires et règles spéciales liées à ces mêmes territoires.

¹⁴²⁴ Qu'est-ce qu'une pétition de principe ? C'est un raisonnement fallacieux dans lequel la justification avancée d'une proposition constitue une simple reprise de la proposition à démontrer. Exemple : « Mon frère n'aime pas les épinards / Et c'est heureux pour mon frère car / S'il les aimait, il en mangerait / Et ne peut pas les supporter » (Nino Ferrer, « Madame Robert », 1967). Il serait ici affirmé en substance que les règles locales sont mieux adaptées aux territoires qu'elles concernent parce que les règles les mieux adaptées à ces territoires ne peuvent être que locales (rapp. J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 s., spéc. p. 301-302, préc.).

¹⁴²⁵ L. Assier-Andrieu, *L'autorité du passé*, Dalloz, 2011, p. 135.

règles locales qui posent une solution non dérogatoire à celle consacrée par les règles de *droit commun de la France* ? Les justifications d'opportunité avancées en faveur de l'existence du droit spécial territorial sont fédérées autour du caractère mieux adapté de la solution qu'il pose aux spécificités du territoire qu'il concerne ; or, pour les règles non exceptionnelles, ces justifications, qu'elles soient celles d'une meilleure adaptation technique ou d'une meilleure adaptation sociologique, ne sauraient convenir, puisque la règle spéciale territoriale prévoit la même solution que la règle de droit commun territorial. La réalité est donc ici moins nuancée : elle tiendrait, pour la majorité des règles non exceptionnelles, à un constat de carence des justifications proposées.

413. **L'improbable justification en opportunité hors du contexte de spécialité législative.** Parce qu'elles se contentent, pour un domaine territorial limité, de reprendre une règle de *droit commun de la France* ou d'y renvoyer, les règles locales non exceptionnelles ne répondent à aucune spécificité locale. Elles ne sont pas l'expression du caractère mieux adapté d'une solution spéciale à la fraction de territoire qu'elles concernent mais, au contraire, la preuve en fait du caractère adapté de la solution consacrée par la règle de droit commun territorial. Contexte de spécialité législative mis à part¹⁴²⁶, les justifications d'opportunité proposées n'ont ici pas de portée.

414. **L'absence de justification en opportunité des règles locales de reproduction pure et simple du *droit commun de la France*.** Pour le droit spécial territorial qui se contente de reproduire une solution consacrée en *droit commun de la France*, la seule différence entre la règle de droit commun et la règle spéciale tient dans le domaine d'application territorial de cette règle. Pour l'exemple déjà pris des droits de mutation à titre gratuit, les articles Lp. 357-0 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie et 796-0 *bis* du code général des impôts disposent tous deux identiquement que « sont exonérés de droits de mutation par décès le conjoint survivant et le partenaire lié au défunt par un pacte civil de solidarité ». À quoi bon cette dualité de forme (deux règles), à laquelle ne répond aucune dualité de fond (une seule solution) ? N'est-ce pas le signe que le droit local ne correspond pas toujours à un besoin lié aux spécificités d'une fraction de territoire ?

415. **L'absence de justification en opportunité des règles locales devenues non exceptionnelles au cours de leur existence.** Dans cette deuxième série de cas, le droit local consacrait bien une solution dérogatoire au *droit commun de la France*, avant que celui-ci ne soit modifié dans le sens de cette solution dérogatoire ; son rôle était précurseur. Il n'en demeure pas moins qu'après la modification des règles de *droit commun de la France*, ce droit local perd largement son utilité, car la solution qu'il consacre est identique à celle du droit commun : il devient un simple doublon. Notamment, dans la mesure où, par l'effet des réformes du droit commun territorial des successions, la règle spéciale à l'Alsace-Moselle prévue par l'article 73,

¹⁴²⁶ V. juste *infra*.

alinéa 1^{er}, de la loi civile du 1^{er} juin 1924 est devenue non dérogoire au droit commun, l'opportunité de son maintien peut faire débat¹⁴²⁷.

416. **L'absence de justification en opportunité des règles locales de renvoi au droit commun de la France hors du contexte de spécialité législative.** L'utilité des règles qui opèrent, pour les collectivités territoriales soumises au régime de spécialité législative, un renvoi d'applicabilité vers des règles de *droit commun de la France*, ne peut être remise en question. Par exemple, l'article 1026 du code de procédure civile de Polynésie renvoie, pour les questions non traitées, au code de procédure civile général ; parce que le droit commun territorial n'y est pas applicable de plein droit, une telle règle présente l'utilité de le déclarer applicable à la collectivité territoriale concernée. En revanche, une règle locale qui renvoie au droit commun territorial se révèle inopportune hors du contexte de la spécialité législative. Il en est notamment ainsi en droit alsacien-mosellan – par exemple, l'article 187, alinéa 1^{er}, de la loi de 1924, se borne à renvoyer aux articles 2374 et suivants du code civil en matière de purge des hypothèques. Le renvoi est dépourvu d'utilité, puisque les règles de *droit commun de la France* sont de toute manière applicables de plein droit en Alsace-Moselle¹⁴²⁸.

417. **Bilan : insuffisance des justifications en opportunité.** Les justifications d'opportunité des règles spéciales territoriales n'apparaissent pas toujours suffisantes. La question apparaît pourtant fondamentale : elle seule permet de prévenir contre un mouvement frénétique de spécialisation territoriale¹⁴²⁹. Lorsque les justifications proposées sont insuffisantes pour des questions de fond (par exemple, pour les délais spéciaux de prescription, les sûretés spéciales, ou les règles spéciales non exceptionnelles hors spécialité législative), il peut apparaître opportun de s'interroger sur le maintien des règles concernées.

§ II – La question du maintien

418. **Plan : question du maintien des règles spéciales « défailtantes ».** N'y aurait-il pas lieu d'envisager la suppression de celles des règles locales qui seraient dépourvues de justifications appropriées ? La question peut être posée successivement pour les règles exceptionnelles (A), puis pour les règles non exceptionnelles (B).

A. La question du maintien des règles spéciales territoriales exceptionnelles

419. **Réfléchir à la suppression des règles locales exceptionnelles non justifiées en opportunité ?** Parfois, le droit local dérogoire au *droit commun de la France*

¹⁴²⁷ V. déjà F. Lotz, *Du maintien ou de l'abrogation du droit local alsacien-lorrain dans le domaine de la famille (incapacités, successions, régimes matrimoniaux)*, thèse Strasbourg, 1968, p. 345-346 ; v. aussi *JCl. Alsace-Moselle*, fasc. 396, « Successions et libéralités en Alsace-Moselle - Transmission intégrale d'une exploitation », par É. Sander, 2011, n° 3.

¹⁴²⁸ Dans ce contexte, une règle spéciale n'a pas à prévoir l'application d'une règle de droit commun, laquelle a pleine vocation subsidiaire à jouer : cf. *supra*, n° 92.

¹⁴²⁹ Mouvement qui, poussé à son paroxysme, n'est pas souhaitable. Sous le prétexte que « tout ce qui est réel est dominé par la diversité » (R. Sacco, *Anthropologie juridique*, Dalloz, 2008, p. 29), faut-il tirer des conséquences juridiques systématiques et édicter un droit différent pour chaque lieu, pour chaque territoire ? N'en faudrait-il alors pas un par centimètre carré de terre ?

territorial n'apparaît pas indispensable¹⁴³⁰ et ses justifications en opportunité, notamment au regard de l'intérêt général, apparaissent obscures – son existence étant parfois due à des circonstances historiques¹⁴³¹, ou à des revendications politiques¹⁴³², dont on peut se demander si elles constituent toujours des justifications convaincantes en opportunité –, si bien que certaines règles locales ont pu être jugées « anachroniques » ou « encombrantes »¹⁴³³. Les pouvoirs publics ne devraient-ils pas envisager la suppression des règles locales exceptionnelles qui ne parviennent pas à trouver une justification appropriée en opportunité¹⁴³⁴ ? Cette réflexion pourrait valoir à la fois pour les règles locales injustifiées en opportunité et pour les règles spéciales territoriales qui présentent des avantages par rapport aux règles relevant du *droit commun de la France*, mais dont les avantages ne sont pas liés au territoire auquel elles sont limitées¹⁴³⁵. Une telle occasion de simplifier le droit est en outre possible.

420. **Possibilité d'abrogation par l'auteur de la règle.** La valeur constitutionnelle du maintien du droit d'Alsace-Moselle reconnue en 2011 ne serait qu'une victoire à la Pyrrhus pour le droit local : dans le principe fondamental reconnu par les lois de la République dérogé, le Conseil constitutionnel précise en effet que « des dispositions législatives et réglementaires particulières aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle *peuvent* demeurer en vigueur », mais seulement « *tant qu'elles n'ont pas été remplacées par les dispositions de droit commun ou harmonisées avec elles* », si bien qu'il est loisible au législateur de décider à tout moment de leur « abrogation »¹⁴³⁶. Le législateur est donc libre de disposer du droit local comme il l'entend¹⁴³⁷, des

¹⁴³⁰ V. F. Lotz, *Du maintien ou de l'abrogation du droit local alsacien-lorrain dans le domaine de la famille (incapacités, successions, régimes matrimoniaux)*, thèse Strasbourg, 1968, p. 349 (qui estime que le droit spécial territorial d'Alsace-Moselle, même lorsqu'il est utile, n'est « pas indispensable »).

¹⁴³¹ Notamment, l'existence du droit local alsacien-mosellan est avant tout due à l'absence de rattachement des trois départements à la France entre 1870 et 1918. V. not. M.-R. Bayle (dir.), *Le droit local culturel d'Alsace-Moselle*, éd. Journaux officiels, 2013, n° 56 : « le maintien du droit local culturel est largement tributaire de son imprégnation dans l'histoire des territoires concernés », *Adde* N. Rouland, S. Pierré-Caps et J. Poumarède, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, PUF, 1996, n° 159, p. 325.

¹⁴³² Cf. les « événements » en Nouvelle-Calédonie (selon le terme consacré) qui ont mené aux accords de Matignon de 1988, à l'accord de Nouméa du 5 mai 1998, et le référendum d'autodétermination en projet.

¹⁴³³ F. Lotz, *Du maintien ou de l'abrogation du droit local alsacien-lorrain dans le domaine de la famille (incapacités, successions, régimes matrimoniaux)*, thèse Strasbourg, 1968, p. 159 s., qui reproche en particulier aux règles de droit local d'être encombrantes et anachroniques.

¹⁴³⁴ V. not., pour l'Alsace-Moselle, F. Lotz, *Du maintien ou de l'abrogation du droit local alsacien-lorrain dans le domaine de la famille (incapacités, successions, régimes matrimoniaux)*, thèse Strasbourg, 1968, p. 17 : l'auteur explique que l'idée directrice de son étude est de démontrer pourquoi il convient de « rechercher l'unité législative dans la plus large mesure du possible » en abrogeant le droit local. V. aussi, du même auteur, *Droit civil alsacien-lorrain*, Litec, 1977, n° 46 : « il semble indispensable qu'un certain nombre de dispositions du droit local, devenues encombrantes, soient supprimées ».

¹⁴³⁵ Pour ces dernières, pourquoi ne pas les abroger en tant que droit local, quitte à les reprendre en droit commun territorial ? V. juste *infra*.

¹⁴³⁶ Cons. const. 5 août 2011, n° 2011-157 QPC, consid. n° 3 (nous ajoutons les italiques). *Adde* Cons. const. 28 sept. 2012, n° 2012-274 QPC, consid. n° 6.

¹⁴³⁷ Dans le même sens : J.-M. Woehrling, « La décision du Conseil constitutionnel sur le droit local alsacien-mosellan : consécration ou restriction ? », *RFD A* 2012, p. 131 s., qui relève que le droit local peut apparaître comme « affaibli par la décision du Conseil constitutionnel », dans la mesure où il résulte explicitement de celle-ci qu'« il n'existe pas de garantie constitutionnelle de pérennité des dispositions législatives ou réglementaires constituant le droit local » puisque, « comme n'importe quelle disposition législative ou réglementaire, les règles du droit local n'existent que jusqu'à ce qu'elles soient abrogées ». V. aussi N. Abi Rached, « Un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République : la particularité du droit applicable en Alsace-Moselle », *JCP A* 2011, 2319 ; C. Gueydan, « Dispositions particulières en Alsace-Moselle : un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République à portée limitée », *RFD const.* 2012, p. 158 s.

auteurs évoquant à cet égard la révocabilité « *ad nutum* » de celui-ci¹⁴³⁸. Ce constat est d'ailleurs en accord avec les textes qui maintiennent en vigueur le droit spécial alsacien-mosellan : aux termes de l'article 14 de la loi civile du 1^{er} juin 1924, c'était initialement pour « dix ans » qu'était maintenu en vigueur le droit local ; cet article, modifié par la loi n° 51-677 du 24 mai 1951, dispose aujourd'hui que ces règles « sont *provisoirement applicables* »¹⁴³⁹. De cette lecture combinée, il résulte que le droit local d'Alsace-Moselle est provisoire et que le maintien de son existence tient à la seule discrétion du législateur. Quant à l'outre-mer, revenir sur les règles spéciales territoriales apparaît plus complexe, certaines n'étant plus de la compétence du législateur national. Il en est notamment ainsi de toutes celles qui, aux termes de l'article 7 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, relèvent de la compétence des institutions de Nouvelle-Calédonie ; revenir sur ces règles exigerait donc de modifier la loi organique¹⁴⁴⁰, ainsi que la Constitution qui l'implique. En ce sens, rien n'est impossible : le législateur ou le constituant peuvent toujours décider de revenir sur une règle de leur ressort – notamment sur un transfert de compétences¹⁴⁴¹. Les choses sont moins complexes pour les autres sources : quant aux règles de *droit commun de la France* non étendues aux territoires d'outre-mer, il suffit au législateur de les étendre ; quant aux « mauvaises » coutumes locales – mais elles seules – issues des statuts civils coutumiers locaux, les pouvoirs publics peuvent toujours, d'une manière ou d'une autre, les abroger¹⁴⁴². En somme, l'État peut toujours revenir sur une règle de portée locale, que cette règle soit de source locale – notamment lois du pays de Nouvelle-Calédonie ou de Polynésie française – ou nationale – notamment droit local d'Alsace-Moselle. En dernière analyse, l'existence de ces règles est toujours conditionnée par une règle nationale¹⁴⁴³.

421. **Illustrations d'abrogations.** Un certain nombre de suppressions de règles locales exceptionnelles s'est d'ailleurs déjà réalisé sans heurts. Pour l'Alsace-Moselle, il en est notamment ainsi pour le procès civil depuis l'édiction, en 1975, du code de procédure civile, ce

¹⁴³⁸ M.-R. Bayle (dir.), *Le droit local culturel d'Alsace-Moselle*, éd. Journaux officiels, 2013, n° 56

¹⁴³⁹ Nous ajoutons les italiques. Rappr. de la constatation opérée par Ripert : « l'exception a été présentée comme temporaire pour la faire plus facilement accepter ; le temps a passé et l'unité n'est pas rétablie » (*Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, n° 218, p. 439). V. aussi *Rép. civ.* Dalloz, V° « Alsace-Moselle », par J.-L. Vallens, 2011, n° 4 : « le maintien d'un droit local [...] avait été conçu à l'origine comme provisoire, aussi bien dans la première loi de 1919 que dans les deux lois d'introduction du 1^{er} juin 1924 ».

¹⁴⁴⁰ Ce qui a été fait à plusieurs reprises et notamment, en dernier lieu, le 15 novembre 2013 (LO n° 2013-1027).

¹⁴⁴¹ Il pourrait notamment en être ainsi si le référendum d'autodétermination prévu à terme en Nouvelle-Calédonie se soldait par une volonté de rester sous la souveraineté française : pourquoi, alors, ne pas aller au bout de la logique et rapprocher le droit local du droit commun territorial ?

¹⁴⁴² Tout comme la royauté s'était vue confier mission de lutter contre les « mauvaises » coutumes (v. *supra*, n° 362).

¹⁴⁴³ Rappr. A. Roux, « Normes nationales et normes locales dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RRJ* 1992, p. 73 s. : « le champ d'application des normes locales édictées dans l'exercice des compétences attribuées aux autorités locales est conditionné et limité par la norme nationale. Seul l'État peut donc définir les attributions des collectivités territoriales » (p. 76), et « s'il existe bien un pouvoir normatif initial reconnu [à certaines collectivités territoriales], il s'agit d'un pouvoir [...] révocable [...] et s'exerçant sous le contrôle de l'État. Il n'y a donc pas atteinte à l'indivisibilité de la souveraineté nationale » (p. 81) ; *adde*, du même auteur, « Normes nationales et normes locales - Dernières évolutions », in *Mélanges J.-C. Escarras*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 375 s. V. déjà T. Hobbes, *Léviathan*, trad. F. Tricaud, Dalloz, 1999, chap. 26, p. 286. C'est la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel a pu affirmer que le législateur national est tout à fait compétent pour réaliser « le transfert de compétence d'une collectivité territoriale à l'État » (Cons. const. 9 juill. 1970, n° 70-63 L, pour le transfert de compétence d'une collectivité territoriale relevant de l'article 72 de la Constitution à l'État ; v. aussi Cons. const. 23 avr. 1971, n° 71-70 L) sous réserve des dispositions de la Constitution. Quant au constituant, il peut aller plus loin encore.

dont les juristes se félicitent¹⁴⁴⁴. Ainsi, encore, il existait un certain nombre de règles locales relatives aux incapacités, maintenues en vigueur par les articles 19 et suivants de la loi civile du 1^{er} juin 1924¹⁴⁴⁵. Une partie de la doctrine avait montré que certaines règles du droit local relatives aux majeurs protégés « encombr[ai]ent inutilement la législation » dans la mesure où, « si elles p[ouvaient] à la rigueur se justifier dans des situations tout à fait exceptionnelles, [elles] constitu[ai]ent plutôt un encombrement et un objet de critiques qu'une utilité »¹⁴⁴⁶. Conclusion : il fallait « réaliser l'unification législative par l'abrogation du droit local »¹⁴⁴⁷. Dans le sillage de ces critiques, la loi n° 90-1248 du 29 décembre 1990 a abrogé ces règles, ne les maintenant qu'à titre transitoire pour les régimes ouverts avant son entrée en vigueur¹⁴⁴⁸. Depuis la loi de 1990 et sauf ces mesures transitoires, les mesures de protection sont celles du *droit commun de la France*¹⁴⁴⁹. La démarche pourrait être poursuivie pour d'autres institutions ; depuis 1985, une Commission d'harmonisation du droit privé alsacien-mosellan¹⁴⁵⁰ est d'ailleurs chargée de réfléchir à ces questions. Pour l'outre-mer et par exemple, une loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 a abrogé un certain nombre de coutumes mahoraises qui, en plus d'être sources de règles spéciales territoriales exceptionnelles, pouvaient apparaître en profond décalage avec des solutions admises en *droit commun de la France* : polygamie, répudiation, inégalité des vocations successorales entre descendants¹⁴⁵¹ ; cette loi doit aujourd'hui être lue à la lumière de l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte. Ces abrogations se sont déroulées sans heurts¹⁴⁵².

422. Aller plus loin : abroger, voire intégrer au *droit commun de la France*.

On peut souhaiter que les pouvoirs publics poursuivent dans cette voie. Pourquoi, notamment, ne pas abroger les règles locales exceptionnelles relatives à la prescription (au premier rang desquelles figure la règle contenue à l'article L. 192-1 du code des assurances, et qui porte le délai de prescription des actions dérivant d'un contrat d'assurance-vie¹⁴⁵³), ou les règles qui établissent des sûretés spéciales ou des modes spéciaux d'établissement de la qualité d'héritier – quitte à

¹⁴⁴⁴ V. not. R. Cabrillac, *Les codifications*, PUF, 2002, p. 159 : « on a ainsi pu louer le Code de procédure civile de 1975 d'avoir réalisé pour la première fois l'unification territoriale de la procédure, effaçant les dérogations du droit local alsacien-mosellan » (et la référence citée). Quelques spécificités de procédure y demeurent néanmoins.

¹⁴⁴⁵ Sur ces règles, v. not. *JCl. Alsace-Moselle*, fasc. 320 s., « Droit des incapacités », par D. Koessler, 1997.

¹⁴⁴⁶ F. Lotz, *Du maintien ou de l'abrogation du droit local alsacien-lorrain dans le domaine de la famille (incapacités, successions, régimes matrimoniaux)*, thèse Strasbourg, 1968, p. 159 s., spéc. p. 159 (pour les deux dernières citations).

¹⁴⁴⁷ F. Lotz, *Du maintien ou de l'abrogation du droit local alsacien-lorrain dans le domaine de la famille (incapacités, successions, régimes matrimoniaux)*, thèse Strasbourg, 1968, p. 228. L'auteur allait jusqu'à affirmer que « fort peu d'institutions du droit local mériteraient d'être conservées » (p. 233).

¹⁴⁴⁸ C'est ce qui résulte de l'article 4 de la loi. *JCl. Alsace-Moselle*, fasc. 100, « Droit alsacien-mosellan - principes généraux », par J.-M. Woehrling, 2003, n° 91.

¹⁴⁴⁹ *JCl. Alsace-Moselle*, fasc. 323, « Droit des incapacités », par D. Koessler, 1997, n° 1 (« au droit commun du code civil »).

¹⁴⁵⁰ Créée par un arrêté du 22 août 1985 (*JO* 5 sept., p. 10278).

¹⁴⁵¹ Article 68 de la loi n° 2003-660 du 21 juill. 2003 de programme pour l'outre-mer. Sur l'abrogation des règles locales coutumières correspondantes, v. not. O. Guillaumot, *JCP G* 2003, actu. 417.

¹⁴⁵² V. tout au plus la réception par l'opinion publique de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une nouvelle prorogation du régime fiscal dérogatoire pour les immeubles successoraux en Corse : not. « Successions : la Corse pleure la perte de son exception fiscale », *L'Expansion.com* du 31 déc. 2012. *Adde* M. Collet, « Les Sages en font-ils trop ? », *Le Monde* 4 janv. 2012, p. 14.

¹⁴⁵³ La loi n° 2005-1564 du 15 décembre 2005, en son article 20, I, 2°, c, a modifié l'intitulé du chapitre dans lequel est contenu l'article L. 192-1 du code des assurances. Le législateur aurait pu saisir l'occasion pour supprimer le délai spécial qu'établit cet article ; il ne l'a pas fait.

reprendre ces règles, si elles sont considérées comme ayant fait la preuve de leurs qualités, en *droit commun de la France*¹⁴⁵⁴ – ?

423. **Possibilité d'un contrôle du Conseil constitutionnel sur les règles locales dérogatoires dépourvues de base constitutionnelle explicite.** Au-delà, le Conseil constitutionnel pourrait avoir ouvert la voie au contrôle du droit spécial territorial exceptionnel, en tout cas lorsque lui sont soumises des règles dépourvues de base constitutionnelle explicite, pourvu qu'elles constituent une atteinte à un droit protégé par le bloc de constitutionnalité. Ainsi, si le Conseil décide depuis longtemps que le principe d'égalité implique qu'il est permis de traiter différemment des situations différentes¹⁴⁵⁵, il a notamment, par une décision du 29 décembre 2012, contraint le législateur à mettre fin au régime dérogatoire applicable à la fiscalité des successions immobilières en Corse, qui avait été institué par les « arrêtés Miot » de 1801 : il a jugé qu'une « nouvelle prorogation » du « régime fiscal dérogatoire » applicable aux successions sur des immeubles situés dans les départements de Corse « méconnaît le principe d'égalité devant la loi et les charges publiques » et, partant, était contraire à la Constitution¹⁴⁵⁶. De même, si le principe d'indivisibilité de la République, posé par l'article 1^{er} de la Constitution, ne s'oppose pas à ce que le législateur édicte des règles spéciales territoriales¹⁴⁵⁷, ce dernier doit cependant justifier un tel particularisme : par exemple, des amendements visant à exclure du champ d'application de la loi le territoire de certaines collectivités territoriales, sans justification appropriée, méconnaissent le principe d'indivisibilité de la République¹⁴⁵⁸.

¹⁴⁵⁴ Une règle locale qui a démontré ses avantages n'aurait-elle pas idéalement vocation à être intégrée au *droit commun de la France* ? En effet, pour un certain nombre, les règles de droit spécial territorial apparaissent techniquement ou politiquement opportunes : il en est probablement ainsi, notamment, du certificat d'héritier en droit alsacien-mosellan ; c'est la conclusion à laquelle parvint un auteur (qui ne peut être accusé de complaisance à l'égard des règles locales, tant il critique les autres) en démontrant que les garanties d'exactitude qu'il offre sont supérieures à celles offertes par les modes de preuve de la qualité d'héritier relevant du *droit commun de la France* (F. Lotz, *Du maintien ou de l'abrogation du droit local alsacien-lorrain dans le domaine de la famille [incapacités, successions, régimes matrimoniaux]*, thèse Strasbourg, 1968, p. 346 s. ; v. aussi p. 422). L'auteur en conclut pourtant qu'il convient d'abroger les règles relatives au certificat d'héritier, car l'unité législative lui semble préférable aux quelques avantages de telle ou telle règle territorialement spéciale (*op. cit.*, p. 349). Contre-proposition : si ces règles sont opportunes mais non en raison de leur lien avec la fraction du territoire qu'elles concernent, pourquoi ne pas les reprendre en droit commun territorial ? V. déjà les réflexions de M. Nast, « L'introduction des lois civiles et commerciales françaises en Alsace et Lorraine », *Clunet* 1925, p. 62 s., spéc. p. 69 : « pourquoi établir une procédure d'exécution forcée, de purge hypothécaire, d'ordre, etc., qui présente de sérieux avantages pratiques, et restreindre son domaine d'application à trois départements français ? » Et « pourquoi permettre aux notaires de rédiger leurs actes au moyen de la machine à écrire, et limiter cette autorisation aux notaires d'Alsace-Moselle ? »

¹⁴⁵⁵ Par ex. Cons. const. 6 août 2010, n° 2010-24 QPC, spéc. consid. n° 5. Adde J.-P. Pastorel, « Le principe d'égalité en outre-mer », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* n° 35, *La Constitution et l'outre-mer*, 2012, p. 73 s.

¹⁴⁵⁶ 1) Cons. const. 29 déc. 2012, n° 2012-662 DC, *Loi de finances pour 2013*, considérant n° 133. Ce régime spécial était fixé, en dernier lieu, par les articles 641 *bis*, 750 *bis* A, 1135 et 1135 *bis* A du code général des impôts. Son extinction est fixée au 31 décembre 2017. Pour le refus d'un report de cette date, v. Cons. const. 29 déc. 2013, n° 2013-685 DC, *Loi de finances pour 2014*, considér. n° 139-140.

2) Un tel contrôle ne vaudrait, en toute hypothèse, que pour les dispositions législatives. Les règles coutumières en sont exclues : la coutume ne saurait faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité ; v. la rédaction de l'article 1^{er} de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 qui, d'accord avec les articles 61 et suivants de la Constitution, vise la seule « disposition législative ».

¹⁴⁵⁷ Le Conseil constitutionnel décide que l'existence de régimes juridiques particuliers peut trouver sa justification dans des particularismes géographiques (Cons. const. 9 mai 1991, n° 91-290 DC, consid. 18 et 23 *a contrario*), voire des situations spécifiques à certaines composantes de la République (Cons. const. 21 févr. 1992, n° 92-305 DC, consid. n° 114, décision cependant dépassée en ce qu'elle concerne l'Alsace-Moselle).

¹⁴⁵⁸ Cons. const. 13 janv. 1994, n° 93-329 DC, consid. n° 27, 29 et 30.

424. **Réticences du Conseil constitutionnel pour les règles locales dérogatoires pourvues d'une base constitutionnelle explicite.** En revanche, aucun des fondements développés ne semble pouvoir venir remettre en cause de front le principe même de la validité des règles locales exceptionnelles qui trouvent une base constitutionnelle explicite¹⁴⁵⁹. Quant à un contrôle sur le contenu de ces règles, le Conseil constitutionnel y semble réticent. Par exemple, alors qu'une question prioritaire de constitutionnalité lui était soumise à propos de l'article 73, alinéa 3, de la loi du 1^{er} juin 1924, qui établit des règles successorales dérogatoires au droit commun territorial pour l'Alsace-Moselle, le Conseil constitutionnel s'est retranché derrière le principe fondamental reconnu par les lois de la République précité, relevant qu'aucune atteinte au principe d'égalité entre les héritiers ni à leur droit de propriété n'était caractérisée¹⁴⁶⁰.

425. **Portée incertaine des arguments fondés sur l'ordre public international ou les engagements internationaux.** D'autres arguments apparaissent de faible portée¹⁴⁶¹. D'abord, il n'est pas possible de faire jouer l'ordre public international : son intervention est limitée aux cas dans lesquels la règle désignée n'est pas du droit français ; or, les règles spéciales territoriales sont du droit français à part entière¹⁴⁶². La jurisprudence le confirme¹⁴⁶³. Ensuite, une remise en cause de l'applicabilité des règles locales exceptionnelles sur le fondement d'une incompatibilité avec des engagements internationaux comme la convention européenne des droits de l'Homme apparaît peu probable¹⁴⁶⁴. En effet, l'article 56 §3 de la convention prévoit que les États pourront déclarer que les dispositions conventionnelles « seront appliquées en tenant

¹⁴⁵⁹ C'est-à-dire le droit d'outre-mer et le droit d'Alsace-Moselle : v. *supra* et, pour une synthèse, M. Verpeaux, « Repos dominical en Alsace-Moselle et principe fondamental reconnu par les lois de la République », *JCP G* 2011, 1290. V. M. Verpeaux, art. préc. : « puisque le nouveau principe fondamental vise à garantir, tant que le législateur n'en aura pas décidé autrement, un droit spécifique, c'est-à-dire un droit différent de celui qui s'applique sur le reste du territoire français, le principe d'égalité qui serait susceptible d'être invoqué entre ces trois départements et les autres départements français ne peut servir de fondement à une déclaration d'inconstitutionnalité ». Il en irait de même pour le principe d'indivisibilité de la République.

¹⁴⁶⁰ Cons. const. 28 sept. 2012, n° 2012-274 QPC.

¹⁴⁶¹ V. cep., *contra*, D. Peljak, « La fin du droit local d'Alsace-Moselle ? », *AJDA* 2011, p. 2211 s.

¹⁴⁶² C'est-à-dire que l'ordre public international ne peut jouer faute de « conflit de souverainetés » (M. Eliesco, *Essai sur les conflits de lois dans l'espace sans conflit de souveraineté*, thèse, Picart, 1925, n° 96, p. 127-128 : « coexistent sur le territoire de l'État [...] une pluralité de législations [...] qui, toutes, ont été promulguées par un seul et même souverain, qui trouvent, par conséquent, la source de leur autorité dans la volonté d'un seul législateur » ; la conséquence en est que « si ces lois [...] entrent en conflit, il y aura bien conflit de lois, mais il n'y aura pas conflit de souveraineté »). Telle est la position d'une doctrine majoritaire ; pour sa présentation, v. V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, thèse Paris I, 2009, not. n° 965 s. et n° 1036 s. et les références citées. V. aussi H. Fulchiron, obs. sous Civ. 1^{re}, 25 févr. 1997, *D.* 1997, jur. p. 453 s. Rapp. É. Ralser, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 733 s.

¹⁴⁶³ V. not. Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2010, n° 08-20.843, *Bull. civ.* I, n° 251 : la première branche du moyen unique faisait valoir que le droit à prestation compensatoire, ignoré par le statut civil coutumier kanak, « est d'ordre public au point que toute législation l'ignorant est contraire à l'ordre public français » ; la Cour de cassation répond que ce statut « échappe au contrôle de la Cour de cassation au regard de l'ordre public ».

¹⁴⁶⁴ Rapp. É. Ralser, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 733 s. Comp. H. Fulchiron, *D.* 1997, jur. p. 453 s. V. aussi P. Deumier, « La coutume kanake, le pluralisme des sources et le pluralisme des ordres juridiques », obs. sur Cass. avis, 16 déc. 2005, *RTD civ.* 2006, p. 516 s. Rapp. des considérations générales de M. Grimaldi, « Rapport de synthèse », in *De la place de la coutume dans l'ordre juridique haïtien*, dir. G. Paisant, Grenoble, PUG, 2002, p. 205 s., spéc. p. 216 : le droit coutumier local « est menacé par le phénomène de mondialisation [...] dont on connaît la double dimension : l'universalisme triomphant des droits de l'Homme et la globalisation galopante de l'économie. Sous ses deux aspects, la mondialisation s'accommoderait mal des traditions coutumières, familiales ou foncières. Comment la discrimination selon le sexe résisterait-elle à la tribune internationale des droits de l'Homme ? » Rapp. ég. de F. Garde, « Les autochtones et la République », *RFD.A* 1999, p. 1 s., spéc. « Les traditions contre les droits de l'homme ».

compte des nécessités locales », déclaration à laquelle s'est livrée la France pour les collectivités d'outre-mer¹⁴⁶⁵. Par exemple, dans une affaire soumise à la première chambre civile de la Cour de cassation en 2010, une femme divorcée, de statut civil coutumier kanak, reprochait à un arrêt de la Cour d'appel de Nouméa de l'avoir déboutée de sa demande de prestation compensatoire aux motifs qu'un tel droit n'était pas prévu par le statut précité : la demanderesse en cassation estimait que « le refus du bénéfice des dispositions relatives à l'octroi d'une prestation compensatoire et aux critères d'appréciation de son montant à raison du statut civil de l'époux demandeur constitue une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention » ; la Cour de cassation a rejeté son pourvoi, estimant que la cour d'appel n'avait « pas méconnu les dispositions conventionnelles invoquées en l'état de la déclaration de la France en application de l'article 63 devenu l'article 56 de la Convention »¹⁴⁶⁶. En outre, les juridictions françaises refuseront probablement de considérer que les règles locales ayant un fondement constitutionnel violent les engagements internationaux aussi longtemps qu'elles admettront la subordination de ces derniers aux dispositions de valeur constitutionnelle¹⁴⁶⁷.

B. La question du maintien des règles spéciales territoriales non exceptionnelles

426. Proposition de suppression des règles locales non exceptionnelles.

Aucun argument de politique juridique ne permet véritablement de justifier l'existence de règles territorialement spéciales qui se contentent de reproduire, pour un domaine limité à une fraction du territoire, la solution établie par une règle de *droit commun de la France*, ou même d'y renvoyer¹⁴⁶⁸. Loin d'être la traduction d'une quelconque spécificité locale, ces règles démontrent

¹⁴⁶⁵ L'instrument de ratification déposé par la France le 3 mai 1974 contient la déclaration selon laquelle la convention « s'appliquera à l'ensemble du territoire de la République, compte tenu, en ce qui concerne les territoires d'outre-mer, des nécessités locales auxquelles l'article 56 [ancien article 63] fait référence ». En outre, la ratification du protocole n° 7, le 17 févr. 1986, était accompagnée d'une réserve de la France selon laquelle l'article 5, relatif à l'égalité entre époux, « ne doit pas faire obstacle à l'application des dispositions de droit local dans la collectivité territoriale de Mayotte et les territoires de Nouvelle-Calédonie et des Îles Wallis et Futuna ».

¹⁴⁶⁶ Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2010, n° 08-20.843, *Bull. civ.* I, n° 251 : « après avoir relevé que les parties étaient de statut civil coutumier kanak, c'est à bon droit qu'ayant retenu que les obligations de [l'ex-époux] à l'égard de [son ex-épouse] étaient régies par le droit coutumier, dont l'application échappe au contrôle de la Cour de cassation au regard de l'ordre public, la cour d'appel, qui n'a pas méconnu les dispositions conventionnelles invoquées en l'état de la déclaration de la France en application de l'article 63 devenu l'article 56 de la Convention européenne des droits de l'Homme, a décidé que les articles 270 et suivants du code civil ne s'appliquaient pas ».

¹⁴⁶⁷ 1) Solution posée par CE Ass., 30 oct. 1998, *Sarran, Levacher et a.*, n° 200.286, *Lebon* p. 368 (« la suprématie [...] conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle ») et par Ass. plén. 2 juin 2000, *Fraisse*, n° 99-60.274, *Bull. AP*, n° 4 (« la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'appliqu[e] pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle »).

2) En outre et au-delà, en l'état de la jurisprudence de la Cour européenne, ne devrait pas être déclarée contraire à la convention, par exemple, la coutume kanake qui impose au juge de refuser la demande en divorce formée par un époux dont le clan d'appartenance s'y oppose formellement (CA Nouméa, 11 déc. 2003, *Juris-Data* n° 2003-247723) : la Cour européenne, par un arrêt *Jobnston c. Irlande* du 18 décembre 1986, a signifié qu'elle n'avait pas l'intention de consacrer un droit au divorce (n° 9697/82). En revanche, la coutume mahoraise qui interdit à l'enfant né hors mariage d'établir sa filiation et, partant, d'hériter (Civ. 1^{re}, 25 févr. 1997, n° 94-19.321, *Bull. civ.* I, n° 67 ; *Rev. crit. DIP* 1998, p. 602 s., obs. G. Droz ; *D.* 1997, jur. p. 453 s., obs. H. Fulchiron ; *JCP G* 1997, II, 22968, note L.-A. Barrière et T. Garé) aurait davantage pu se prêter à une telle incompatibilité (elle a de toute façon été abrogée) : cf. la motivation de CEDH 1^{er} févr. 2000, *Mazurek c. France*, n° 34406/97 ; F. Sudre et al., *GACEDH*, 6^e éd., PUF, 2011, n° 54.

¹⁴⁶⁸ Les seules règles non exceptionnelles pour lesquelles ce constat doit être tempéré étant celles prises dans un contexte de spécialité législative, dans la mesure où, dans ce contexte, le *droit commun de la France* ne s'applique pas de

au contraire le caractère parfaitement adapté des solutions consacrées par le droit commun territorial. L'idée même de droit spécial non exceptionnel paraît creuse. Dans le cadre d'une nouvelle simplification du droit, ne conviendrait-il donc pas d'abroger ces règles ? Pour le contexte de spécialité législative, cette abrogation devrait s'accompagner d'une mention d'applicabilité des règles de droit commun territorial correspondantes¹⁴⁶⁹ ; hors du contexte de spécialité législative, la simple abrogation de la règle spéciale serait suffisante pour que le droit commun retrouve son applicabilité directe¹⁴⁷⁰.

427. Règles soumises à la compétence du législateur. Le constat vaut pour les règles sur lesquelles le législateur a une emprise directe. Pour les règles territorialement spéciales à l'Alsace-Moselle, le législateur dispose de la compétence pour les abroger, ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans le principe fondamental reconnu par les lois de la République dégagé en 2011¹⁴⁷¹. Par exemple, l'article 73, alinéa 1^{er}, de la loi civile du 1^{er} juin 1924, pourrait être abrogé, puisque la solution qu'il pose relativement à la réduction en valeur, qui était exceptionnelle au fond, ne l'est plus depuis que les règles de *droit commun de la France* en la matière instituent également ce type de réduction¹⁴⁷² ; cette abrogation reviendrait à rendre applicable à l'Alsace-Moselle le droit commun territorial, exprimé sur ce point à l'article 924 du code civil. De même, pourrait encore être abrogé l'article 187, alinéa 1^{er}, de la loi de 1924, qui se borne à renvoyer aux articles 2374 et suivants du code civil ; cette abrogation aurait pour effet de rendre de plein droit applicables les articles 2374 et suivants précités, sans le détour d'un renvoi inutile. Pour les territoires qui relèvent du régime de la spécialité législative, il conviendrait en outre, en même temps que l'abrogation, de déclarer applicable la règle de droit commun territorial : par exemple, depuis l'entrée en vigueur du nouvel article 2238 du code civil, on pourrait songer à abroger la règle polynésienne qui pose que la saisine d'une commission de conciliation en matière foncière suspend la prescription, et à accompagner cette abrogation d'une déclaration d'applicabilité de l'article 2238 du code civil en Polynésie française¹⁴⁷³.

428. Règles non soumises à la compétence du législateur. Le constat vaudrait également pour les règles non exceptionnelles sur lesquelles le législateur n'a pas de prise directe : la seule différence réside dans les moyens à mettre en œuvre pour les abroger. Pour les règles relevant de compétences transférées de l'État à une collectivité territoriale (Nouvelle-Calédonie, Polynésie française, etc.), deux possibilités seraient ouvertes. Première possibilité : l'abrogation

plein droit. Cependant, même pour celles-ci, le fond du constat ne change pas : ne vaut-il pas mieux *étendre* l'application d'une règle de droit commun territorial plutôt que d'édicter une nouvelle règle spéciale qui reprend, mot pour mot, la solution de cette règle de droit commun territorial ?

¹⁴⁶⁹ Par exemple, si l'on souhaitait abroger l'article 197 du code de procédure civile de Nouvelle-Calédonie, qui reprend mot pour mot l'article 197 du code de procédure civile général, il conviendrait, dans le même temps, de déclarer ce dernier applicable à la Nouvelle-Calédonie. Cela pourrait s'accompagner d'une modification de la répartition des compétences entre le législateur national et les institutions néo-calédoniennes, par le biais d'une modification de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999. Le contexte politique rend certes une telle proposition relativement irréaliste ; ce n'est pas à dire, pourtant, que l'opportunité n'en rendrait pas souhaitable la mise en œuvre.

¹⁴⁷⁰ Ce dernier étant applicable de plein droit et sans besoin de mention expresse en ce sens : v. *supra*, n° 332.

¹⁴⁷¹ Cons. const. 5 août 2011, n° 2011-157 QPC, consid. n° 3 – 28 sept. 2012, n° 2012-274 QPC, consid. n° 6.

¹⁴⁷² Des auteurs se sont d'ailleurs déjà prononcés pour son abrogation. V. not. F. Lotz, *Du maintien ou de l'abrogation du droit local alsacien-lorrain dans le domaine de la famille (incapacités, successions, régimes matrimoniaux)*, thèse Strasbourg, 1968, p. 346, qui en souhaitait déjà l'abrogation immédiate.

¹⁴⁷³ Ce que n'a pas fait la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 : v. son article 25.

directe, par les autorités locales, des règles concernées et le remplacement par d'autres règles renvoyant au *droit commun de la France* – sur le modèle, par exemple, de l'article 1026 du code de procédure civile de la Polynésie française précité, qui renvoie au code de procédure civile général pour les questions dont il ne traite pas. S'il s'agit de la solution la plus simple, ce n'est pas la plus satisfaisante, dans la mesure où elle laisserait formellement subsister une règle spéciale – il resterait en effet deux règles distinctes pour une seule solution au fond¹⁴⁷⁴. Deuxième possibilité, peut-être plus satisfaisante – mais politiquement irréaliste –, pourrait être envisagée une nouvelle modification de la répartition des compétences entre l'État et la collectivité territoriale concernée, tendant à restituer au premier les compétences dans les matières pour lesquelles la collectivité a édicté, à titre principal, de simples doublons des règles de droit commun territorial¹⁴⁷⁵.

429. Contestation de la constitutionnalité sur le fondement de l'intelligibilité de la loi ? Pas plus que les règles locales exceptionnelles, le principe des règles locales non exceptionnelles ne saurait probablement être contesté de front : ces règles disposent des mêmes fondements juridiques – jurisprudence constitutionnelle pour les règles locales édictées par le législateur, principe fondamental reconnu par les lois de la République pour les règles d'Alsace-Moselle, articles 72 et suivants de la Constitution pour les règles locales édictées par les collectivités territoriales, notamment d'outre-mer. Pourtant, au-delà de ce constat, ne pourrait-on tout de même soumettre le droit local non exceptionnel au contrôle du Conseil constitutionnel¹⁴⁷⁶ ? Pourrait alors être invoqué le fondement de l'intelligibilité de la loi¹⁴⁷⁷. Cette possibilité apparaîtrait comme un moyen efficace de « désencombrer » le droit spécial territorial de certaines dispositions non dérogoires au *droit commun de la France*. En pratique cependant, la saisine du Conseil constitutionnel pourrait opportunément être limitée aux seules dispositions de source nationale n'intervenant pas dans un contexte de spécialité législative¹⁴⁷⁸ – c'est-à-dire

¹⁴⁷⁴ Variante : les autorités locales compétentes pourraient, après avoir abrogé les règles locales non dérogoires au *droit commun de la France*, les remplacer par des règles franchement dérogoires à celles-ci. En effet, à quoi bon avoir décidé d'un transfert de compétence si c'est pour faire usage de cette compétence en recopiant simplement les textes édictés par un législateur dont on a voulu s'affranchir ? La volonté de différence n'est-elle pas qu'une posture si, une fois acquis les moyens de mettre en œuvre cette différence, on se contente de reproduire le modèle duquel on souhaitait se démarquer ? Cette variante, qui n'est peut-être pas la solution la plus satisfaisante politiquement, car elle serait à la source de l'édition de règles locales posant une dérogoire non nécessaire – par hypothèse – au droit commun territorial, n'aurait-elle pas le mérite d'une certaine cohérence ?

¹⁴⁷⁵ Par exemple, en modifiant la répartition des compétences qui résulte, pour la Nouvelle-Calédonie, de l'article 99 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, modifiée, en dernier lieu, par la loi organique n° 2013-1027 du 15 novembre 2013.

¹⁴⁷⁶ Soit sur le fondement de l'article 61 de la Constitution (loi avant sa promulgation), soit sur le fondement de l'article 61-1 du même texte (loi promulguée, qu'elle émane du Parlement ou qu'elle constitue une « loi du pays » de Nouvelle-Calédonie : v. l'article 1^{er} de la loi organique n° 2009-1523 du 10 déc. 2009), soit sur le fondement de l'article 104 de la loi n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée (« loi du pays » de Nouvelle-Calédonie avant sa promulgation). Les « lois du pays » de la Polynésie française, en revanche, qui sont des actes administratifs, ne relèvent pas du contrôle de constitutionnalité ; elles peuvent néanmoins faire l'objet de recours en déclaration d'illégalité devant le Conseil d'État : v. l'article 140 de la loi organique n° 2004-192 du 27 févr. 2004 et par ex. CE 8 mars 2013, *Syndicat des cadres de la fonction publique*, n° 355.788, à paraître au *Lebon* (déclaration d'illégalité) ; CE 17 juill. 2013, n° 365.320 (rejet de la requête).

¹⁴⁷⁷ Comp. cep., pour la « QPC », not. Cons. const. 22 juill. 2010, n° 2010-4/17 QPC, consid. n° 9 et Com. 14 janv. 2014, n° 13-40.061 (qui exigent que cet objectif à valeur constitutionnel soit accompagné d'un autre fondement), dont les affirmations pourraient être discutées. Pour le droit spécial matériel non exceptionnel, v. *infra*, n° 779.

¹⁴⁷⁸ Outre qu'un recours fondé sur ces arguments dans un contexte de spécialité législative aurait probablement peu de chances de prospérer, ses conséquences en cas de succès s'avèreraient peu opportunes, puisque le *droit commun territorial* ne retrouverait pas automatiquement son applicabilité subsidiaire.

principalement au droit local d'Alsace-Moselle non exceptionnel. Pourrait par exemple faire l'objet d'un recours sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, l'article 73, alinéa 1^{er}, de la loi civile du 1^{er} juin 1924, ou l'article 187, alinéa 1^{er}, de la même loi, précités.

430. **Conclusion de chapitre.** Le « morcellement géographique »¹⁴⁷⁹ du droit français, selon l'expression du professeur Molfessis, est difficilement contestable. En droit français contemporain, les règles spéciales territoriales existent pour de nombreuses institutions ; elles concernent des fractions du territoire comme, par exemple, l'Alsace-Moselle ou les collectivités d'outre-mer. Le droit favorise leur création et l'on ne peut que constater leur multiplication en quelques décennies¹⁴⁸⁰. Elles ne sont pourtant ni toujours nécessaires, ni toujours opportunes. La légitimité de ces règles, dérogoires ou non au droit commun territorial, peut être mise à l'épreuve¹⁴⁸¹. Hors du contexte de spécialité législative, les règles non exceptionnelles sont inopportunes : elles se contentent de reproduire la solution posée par une règle de droit commun territorial ; elles pourraient dès lors être abrogées. Les règles exceptionnelles n'apparaissent opportunes que si la dérogation qu'elles apportent se justifie par une spécificité du territoire auquel est limitée leur application ; les règles qui ne répondent pas à ces critères pourraient faire l'objet, elles aussi, d'une abrogation – laquelle est toujours techniquement possible, pourvu qu'une volonté politique aille en ce sens¹⁴⁸² : en dernière analyse, rappelait Dabin, le « choix entre droit commun et droit spécial [...] incombe à l'État »¹⁴⁸³.

431. **Conclusion de sous-titre.** S'il a significativement reculé à la fin de l'Ancien Régime, le droit spécial territorial connaît une certaine recrudescence depuis le début du XX^e siècle¹⁴⁸⁴ : droit spécial d'Alsace-Moselle, droit spécial des collectivités territoriales ordinaires lié à la décentralisation administrative, droit spécial des collectivités d'outre-mer telles la Nouvelle-Calédonie ou la Polynésie française. Peut-être la légitimité de ces règles spéciales territoriales qui concurrencent le *droit commun de la France* devrait-elle plus systématiquement être mise à l'épreuve, quitte à envisager l'abrogation des règles locales qui apparaîtraient inopportunes. Il reste à envisager les rapports entre droit commun territorial et droit spécial territorial.

¹⁴⁷⁹ N. Molfessis, « La tradition locale et la force de la règle de droit », *RTD civ.* 2002, p. 181 s.

¹⁴⁸⁰ Dans le même sens, N. Molfessis, art. préc. (à propos de la *corrida*).

¹⁴⁸¹ « La grandeur du génie ne consisterait-elle pas », écrivait Montesquieu, « à mieux savoir dans quel cas il faut l'uniformité, et dans quel cas il faut des différences ? » (*De l'esprit des lois*, in *Œuvres complètes*, t. 2, Gallimard, « La Pléiade », 1976, livre XXIX, chap. 18, p. 882).

¹⁴⁸² Dans le même sens, v. L. Duguit, *Les transformations du droit public*, 3^e tirage, Armand Colin, 1925, chap. 4, « Les lois particulières », p. 108 : « c'est la loi nationale qui a créé le régime [local] et [...] l'autonomie qu'elle a accordée, elle peut en droit la retirer » (la loi devant ici être entendue au sens matériel) ; B. Faure, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, LGDJ, 1998, p. 291.

¹⁴⁸³ J. Dabin, « Droit et politique », in *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 183 s., spéc. p. 194.

¹⁴⁸⁴ Le phénomène de spécialité territoriale n'est donc pas limité aux États fédéraux : il touche aussi les États unitaires comme la France. Dans le même sens, L. Duguit, *Les transformations du droit public*, 3^e tirage, Armand Colin, 1925, chap. 4, « Les lois particulières », p. 106-107 : la régionalisation « apparaît tout d'abord d'une manière frappante dans les pays fédéraux où sur le même territoire s'appliquent en même temps la loi fédérale et la loi de l'État membre. [...] Mais ce n'est pas seulement dans les pays fédéraux, c'est même dans les pays unitaires, comme la France, qu'apparaît cette régionalisation de la loi ».

SOUS-TITRE II – LA RELATION INSTABLE AVEC LES REGLES SPECIALES TERRITORIALES

432. **L'existence de conflits entre droit commun territorial et droit spécial territorial.** La coexistence de règles locales et de règles de droit commun territorial est source de conflits potentiels¹⁴⁸⁵, comme tel est le cas en droit français¹⁴⁸⁶. Ces conflits se présentent dans les hypothèses où la situation à régir peut entrer dans le domaine d'application d'une règle locale et d'une règle de *droit commun de la France*¹⁴⁸⁷. C'est une situation pathologique à laquelle il convient de trouver des solutions.

433. **Plan : « de véritables rébus juridiques »**¹⁴⁸⁸. Se pose, dès lors, la question de savoir comment régir les rapports entre les deux corps de règles. Les solutions admises par l'ancien droit apparaissent relativement satisfaisantes en ce qu'elles étaient clairement fixées (Chapitre I). Les solutions admises en droit contemporain se révèlent au contraire souvent chaotiques : soit, au fond, elles consacrent un système insatisfaisant en opportunité ; soit, en la forme, le système qu'elles consacrent manque de clarté. Une proposition de mise en ordre peut être tentée (Chapitre II).

¹⁴⁸⁵ V. not. H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., par F. Chabas, LGDJ, 2000, n° 136 ; *JCl. Alsace-Moselle*, fasc. 309, « Conflits de lois et conflits de juridictions en droit privé alsacien-mosellan », par É. Sander, 2003, n° 10 ; *Rép. civ.* Dalloz, V° « Lois et décrets », par L. Bach, actu. 2013, n° 285. Ces conflits sont une fatalité lorsque le droit d'un État « n'est pas entièrement unifié, c'est-à-dire lorsque des distinctions sont faites [...] suivant les circonscriptions territoriales » (P. Lampué, « Les conflits de lois interrégionaux et interpersonnels dans le système juridique français (métropolitain et d'outre-mer) », *Rev. crit. DIP* 1954, p. 249 s., spéc. n° 1, p. 249).

¹⁴⁸⁶ Dans le même sens, V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, thèse Paris I, 2009, n° 30 (Alsace-Moselle) et n° 31 (outre-mer) ; Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 9^e éd., Dalloz, 2007, n° 115, p. 126 ; H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., par F. Chabas, LGDJ, 2000, n° 136, qui visent les conflits entre le droit français général et les lois d'Alsace-Moselle d'une part, et ceux entre le droit français général et les lois applicables outre-mer d'autre part.

¹⁴⁸⁷ Dans le même sens, *Rép. civ.* Dalloz, V° « Lois et décrets », par L. Bach, actu. 2013, n° 285.

¹⁴⁸⁸ M. Nast, « L'introduction des lois civiles et commerciales françaises en Alsace et Lorraine », *Clunet* 1925, p. 62 s., spéc. p. 70-71 (à propos des solutions des rapports entre droit local alsacien-mosellan et droit commun territorial).

Chapitre I – L’ordre des solutions d’ancien droit

434. **Plan.** La question des rapports entre *droit commun de la France* et règles locales fait, dans l’ancien droit, peu débat¹⁴⁸⁹. Elle se subdivise en deux points complémentaires, qui feront l’objet de courts développements. D’abord, les règles locales sont d’interprétation stricte (Section I). Ensuite, la question recouvre l’autorité proprement dite du droit commun territorial face aux règles locales (Section II).

Section I – L’étendue du droit spécial territorial

435. **L’interprétation stricte du droit spécial territorial.** Dans l’ancien droit, les règles locales se voient imposer une directive d’interprétation classique : elles doivent être interprétées strictement, dans les strictes limites de leur domaine d’application *ratione loci*¹⁴⁹⁰. La directive est parfois renforcée par l’assimilation des règles spéciales aux règles « odieuses » ; elle se voit alors confortée par l’adage *odiosa sunt restringenda*¹⁴⁹¹. En effet, le droit local se distingue du droit commun en ce qu’il ne s’applique pas partout ; il est assimilé pour cette raison au droit *odieux* et, sur le fondement de l’adage, il doit être interprété strictement¹⁴⁹². Pourtant, juridiquement obligatoire en présence de règles plus générales sous peine d’une violation des deux règles en présence¹⁴⁹³, l’interprétation stricte des règles spéciales territoriales n’a nul besoin, pour prospérer, de cette assimilation certainement quelque peu hâtive¹⁴⁹⁴.

436. **Une consigne étendue à toute règle spéciale territoriale.** D’ailleurs, cette interprétation stricte semble concerner toute règle locale, exceptionnelle ou non ; c’est l’expression d’un adage d’où il ressort que *jus commune extendi, jus singulare restringi debet*¹⁴⁹⁵. Cette interprétation se comprend aisément : si la règle locale n’est pas dérogoratoire à la règle de droit commun, pourquoi vouloir l’interpréter de manière extensive ? Il suffit d’appliquer la règle de droit commun hors du domaine de la règle spéciale. Sont alors respectés les domaines d’application territoriaux des deux règles en présence¹⁴⁹⁶.

¹⁴⁸⁹ Et, dans tous les cas, moins que celle qui consiste à savoir ce qu’est le *droit commun de la France*. V. *supra*, n° 249 s.

¹⁴⁹⁰ Pour les développements généraux sur l’interprétation stricte, v. *supra*, n° 165 s.

¹⁴⁹¹ L’adage, lui aussi inspiré du Sexte de Boniface VIII (*De regulis juris*, XV : « *Odia restringi, et favores convenit ampliari* »), pourrait être ainsi restitué en français : « ce qui est odieux est restreint » (trad. libre).

¹⁴⁹² Ainsi, parce que la disposition est spéciale, elle est odieuse ; et parce qu’elle est odieuse, elle doit être interprétée strictement. La doctrine contemporaine l’exprime ainsi : « les dispositions qui sont particulières à une coutume sont “odieuses” ; on leur applique l’adage *odiosa restringenda* et leur portée sera réduite par une interprétation stricte » (P. Ourliac et J.-L. Gazzaniga, *Histoire du droit privé français de l’An mil au Code civil*, Albin Michel, 1985, p. 162).

¹⁴⁹³ Pour la démonstration, v. *supra*, n° 167.

¹⁴⁹⁴ En ce sens, v. par ex. M. Lebeau, *De l’interprétation stricte des lois - Essai de méthodologie*, thèse Paris II, 2007, not. n° 43 s. et 46 s. : la catégorie des règles odieuses et celle des règles spéciales ne se recourent pas exactement.

¹⁴⁹⁵ L’adage, qui pourrait être traduit par « le droit commun doit être étendu, le droit spécial doit être restreint », est parfois cité par la doctrine. V. par ex. C.-J. de Ferrière, *Dictionnaire de droit et pratique*, 3^e éd., t. 1, Brunet, 1749, V^o « Droit commun », p. 768. Adde L. Robine, *L’interprétation des textes exceptionnels*, thèse Bordeaux, 1933, p. 17 s.

¹⁴⁹⁶ Sans que l’un soit artificiellement étendu (celui de la règle spéciale territoriale) et que l’autre soit artificiellement restreint (celui de la règle de droit commun territorial).

Section II – L'autorité du droit commun territorial

437. **Distinction entre *droit commun de la France* issu des lois du roi et propositions doctrinales.** La fonction du *droit commun de la France* face aux règles locales était, lit-on souvent, la subsidiarité : il s'appliquait dans les vides des règles spéciales ; mais sont ainsi visées les *propositions doctrinales* de *droit commun de la France* – distinctes, on l'a vu, du *droit commun de la France*¹⁴⁹⁷. Si les propositions doctrinales de *droit commun de la France* ont simplement, dans l'esprit de leurs auteurs, une vocation subsidiaire, c'est parce que ces propositions avaient d'abord pour objectif de combler les lacunes des droits locaux. Cependant, le *droit commun de la France* royal va plus loin ; il adopte une attitude plus hostile à l'égard des règles locales. En plus de vouloir combler les lacunes, il veut faire reculer les droits locaux : la subsidiarité des règles de *droit commun de la France* ne suffit pas ; ces dernières, plus élevées hiérarchiquement, priment aussi les règles locales en cas de conflit.

438. **Plan.** Sous le bénéfice de ces précisions, sous l'ancien droit, l'autorité du *droit commun de la France* est fixée de manière simple : si les propositions doctrinales souhaitaient assigner aux systèmes qu'elles proposaient une simple vocation subsidiaire par rapport aux règles locales (§ I), le *droit commun de la France*, issu des lois du roi, s'applique en outre en primant les règles de source locale (§ II).

§ I – La subsidiarité souhaitée des propositions doctrinales de droit commun de la France

439. **Exposé : *specialia generalibus derogant*.** Si les auteurs cherchaient, sous l'ancien droit, à découvrir un droit commun territorial, c'est certainement parce qu'ils avaient en vue l'unification des règles applicables sur le territoire. Mais la recherche apparaissait avant tout motivée par un but plus immédiatement pratique : *combler les lacunes* des droits locaux ; il fallait un système auquel se référer dans ce cas. Avant d'y voir un instrument d'unification du droit, les auteurs en recherchaient donc la vocation subsidiaire, qu'ils combinaient avec la primauté des droits locaux.

440. **La primauté des droits locaux.** Poser la subsidiarité des propositions de *droit commun de la France* revenait avant tout à reconnaître implicitement la primauté des règles spéciales territoriales : là où il y avait une règle coutumière locale, il fallait la respecter¹⁴⁹⁸. Le droit spécial territorial primait ainsi ces propositions doctrinales toutes les fois que les deux se retrouvaient en conflit. Cependant, là où il n'y a pas de droit spécial territorial, c'est la subsidiarité de ces propositions que les auteurs entendaient imposer.

441. **La subsidiarité corrélatrice des propositions doctrinales.** Les auteurs à l'origine des propositions de *droit commun de la France* souhaitaient, grâce à celui-ci, combler les

¹⁴⁹⁷ Lequel ne pouvait techniquement être issu que des lois du roi : v. *supra*, n° 298 s.

¹⁴⁹⁸ J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 34.

lacunes des droits locaux¹⁴⁹⁹. Ces propositions doctrinales se voient donc assigner une fonction subsidiaire, résiduelle par rapport aux règles locales¹⁵⁰⁰ : elles étaient invoquées pour « compléter une coutume muette »¹⁵⁰¹. La doctrine est unanime en ce sens¹⁵⁰². Boutaric le résume : en recherchant le *droit commun de la France*, il veut « un Droit auquel il faut avoir recours dans le cas que les Coutumes des Lieux ont omis »¹⁵⁰³.

442. **Illustrations.** Un célèbre exemple est contenu dans la première phrase du *Droit commun de la France* de Bourjon, ainsi rédigée : « Le Droit commun du Royaume est l'exacte explication de la Coutume ; il supplée à tout ce qui lui manque »¹⁵⁰⁴. Tout aussi explicite, pour les successions, Le Brun, après avoir expliqué que la règle *paterna, paternis* relève du *droit commun de la France* en la matière, se demande s'il y a lieu de l'appliquer dans les coutumes qui n'en font point mention ; il répond que, de l'avis de tous, « l'on doit suppléer à cette omission, et que pourvu qu'il n'y ait point dans une Coutume de disposition contraire, la règle *paterna, paternis* y doit avoir lieu : parce que les dispositions qui soit de Droit commun, doivent être suppléées dans les Coutumes »¹⁵⁰⁵. Ardapelle¹⁵⁰⁶, commentateur de la coutume de Toulouse, « oppose le droit de Toulouse et celui de Gaillac, qui, n'ayant pas de coutume, est régi par le droit commun »¹⁵⁰⁷ ; c'est encore assigner à ce dernier une vocation subsidiaire.

¹⁴⁹⁹ V. J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 30 : les anciens juristes s'intéressaient au *droit commun de la France*, c'était probablement avant tout pour connaître « le droit applicable en cas de silence ou de lacune de la coutume », dans les vides du droit local. V. aussi P. Ourliac et J.-L. Gazzaniga, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Albin Michel, 1985, p. 138 ; A. Guzmán Brito, « Sobre la historia de las nociones de derecho común y derecho propio », préf. à B. Bravo Lira, *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1989, p. XI s., spéc. IV, p. XX-XXI ; É. Lambert, « Une réforme nécessaire des études de droit civil », *Revue internationale de l'enseignement* 1900 (t. 40), p. 218 s., spéc. p. 241. Rapp. L. Mayali, « *Ius civile* et *ius commune* dans la tradition juridique médiévale », in *Droit romain, jus civile et droit français*, dir. J. Krynen, PU Toulouse, 1999, p. 201 s., spéc. p. 216 : l'« origine doctrinale » du *jus commune* « lui assurait une place originale dans l'ordre normatif », et « à ce titre il fonctionnait sur la base d'un principe de subsidiarité ».

¹⁵⁰⁰ Vocation subsidiaire qui n'était alors pas obligatoire, dans la mesure où il s'agissait de propositions doctrinales – contrairement à la vocation subsidiaire du droit commun qui, elle, est techniquement obligatoire (v. *supra*, n° 84 s.).

¹⁵⁰¹ R. Filhol, « La rédaction des coutumes en France aux XV^e et XVI^e siècles », in *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, Bruxelles, ULB, 1962, p. 63 s., spéc. p. 77.

¹⁵⁰² 1) P. Ourliac et J.-L. Gazzaniga, *op. cit.*, p. 138 ; J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 34 ; A. Lefebvre-Teillard, « Les différents facteurs d'unification dans l'ancien droit », in *1804-2004*, p. 77 s., spéc. p. 78 et p. 82 ; N. Warembourg, « Le “droit commun coutumier”, un exemple paradoxal d'acculturation juridique », in *Iuris scripta historica*, t. 27, *Modernisme, tradition et acculturation juridique*, dir. B. Coppein, F. Stevens et L. Waelkens, Bruxelles, 2011, p. 161 s., spéc. p. 164 ; *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, V° « Droit commun », par J.-L. Thireau, PUF, « Quadrige », 2003, p. 446 ; A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, 3^e éd., Dalloz, 2006, n° 463.

2) C'est la même fonction, par rapport aux droits nationaux, que souhaitent promouvoir les comparatistes qui, menés par Lambert et Saleilles, recherchent la construction d'un « droit commun international » (sur celui-ci et l'assimilation entre droit comparé et droit commun, v. *supra*, n° 56 s. ; sur l'assimilation entre droit international et droit commun, *adde* n° 115 s.) à travers les propositions d'un « droit commun législatif » (v. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, PUF, « Quadrige », 2004, n° 26, p. 60 ; *adde* C. Jamin, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité - À propos du centenaire du congrès international de droit comparé de Paris », *RIDC* 2000, p. 733 s.).

¹⁵⁰³ F. de Boutaric, *Les institutes de l'empereur Justinien conférées avec le droit français*, Toulouse, Hénauld et Forest, 1740, préface, p. V.

¹⁵⁰⁴ F. Bourjon, *Le droit commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principes*, « Dissertation », t. 1, Grangé et Cellot, 1770, p. I (nous ajoutons les italiques).

¹⁵⁰⁵ D. Le Brun, *Œuvres*, t. 1, *Traité des successions*, 5^e éd., Paulus-du-Mesnil, 1743, livre II, chap. 1, sect. 2, n° 9, p. 152.

¹⁵⁰⁶ *Les Coutumes de Toulouse (1286) et leur premier commentaire (1296)*, éd. H. Gilles, 1969, p. 263 (cité par P. Ourliac et J.-L. Gazzaniga, *op. cit.*, p. 136 et 138).

¹⁵⁰⁷ P. Ourliac et J.-L. Gazzaniga, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Albin Michel, 1985, p. 138.

§ II – La primauté imposée du *droit commun de la France* issu des lois du roi

443. **Exposé.** Issu des lois du roi¹⁵⁰⁸, le *droit commun de la France* n'avait pas seulement une fonction subsidiaire – qui le conduisait à s'appliquer dans les vides des droits locaux –, mais semblait en outre primer le droit de source locale : là où existait un conflit, il l'emportait. Ce qui peut paraître curieux de prime abord se comprend en réalité fort bien : en quelque sorte, un rapport de « hiérarchie » se surajoutait au rapport de commun à spécial, lequel subordonnait le droit local au droit royal. La primauté du droit commun territorial était confortée par une différence de nature entre ce dernier – actes royaux, droit venu d'« en haut » – et les règles locales – coutumes, droit venu d'« en bas »¹⁵⁰⁹. Charondas Le Caron l'explique sans ambiguïté : les lois du roi, source de *droit commun de la France* pour les institutions qu'elles régissent, « doivent avoir autorité en tous lieux et valoir par dessus les coutumes »¹⁵¹⁰. De manière générale, la solution du conflit tourne en faveur de la règle de droit commun territorial.

444. **Illustrations.** Pour le droit commun territorial de la prescription, l'article 46 de l'ordonnance prise par Louis XII en juin 1510¹⁵¹¹ précise qu'il s'applique « nonobstant statuts, coutumes ou usances quelconques à ce contraire, ausquelles, quant à ce, nous avons dérogé et dérogeons de nostre certaine science, pleine puissance et autorité royale » ; les grandes ordonnances des XVII^e et XVIII^e siècles prévoient une solution identique¹⁵¹². Quoique le terme de primauté ne soit pas directement employé, l'idée y est incontestablement. Peut également être cité, au titre du *droit commun de la France* des successions, l'édit de Saint-Maur pris par Charles IX en mai 1567, précité, qui étend à tout le royaume la règle *paterna paternis*, le roi prenant le soin de préciser que toute « observance » contraire « n'ait lieu et ne soit suivie ni pratiquée en aucun endroit de notre Royaume »¹⁵¹³.

¹⁵⁰⁸ V. *supra*, n° 304 s.

¹⁵⁰⁹ Rapp., de manière générale, de F. Zenati-Castaing, « Le Code civil et la coutume », in *Mélanges Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 607 s., spéc. p. 619-620.

¹⁵¹⁰ L. Charondas Le Caron, *Pandectes ou Digestes du Droit François*, Richer, 1637, livre I, chap. 25, p. 169. Charondas prend l'exemple de l'édit des secondes nocces : dans la mesure « il est généralement conçu, et porte dérogation aux coutumes, [...] il doit être observé nonobstant lesdictes coutumes » (*ibid.*, p. 169). *Addé*, constatant simplement, sans songer à le critiquer, que les dispositions de l'ordonnance de 1673 sur le commerce de terre priment les règles coutumières locales, F.-I. Dunod de Charnage, *Traité des prescriptions, de l'aliénation des biens d'Église, et des dixmes*, Briasson, 1765, partie II, chap. 7, p. 168.

¹⁵¹¹ Citée *supra*. Son titre exact est « Ordonnance pour l'exécution des conciles de Bâle et de Constance et de la pragmatique sanction sur les collations de bénéfices, les mandats apostoliques, et règlement pour l'administration de la justice » et son texte est reproduit dans les *Ordonnances des rois de France de la troisième race*, par J.-M. Pardessus, Imprimerie nationale, vol. 21, 1849, p. 420 s.

¹⁵¹² Une technique plus « directe » est parfois employée : il s'agit de l'abrogation pure et simple des règles spéciales territoriales par le droit commun territorial (v. par ex. l'article 47 de l'ordonnance de février 1731 sur les donations, par lequel le roi abroge notamment « toutes [...] coutumes, statuts et usages différents, ou qui seroient contraires aux dispositions y contenues »).

¹⁵¹³ Cité *supra*. « Voulons et nous plaît que, d'oresnavant, telle observance et manière de succéder n'ait lieu et ne soit suivie ni pratiquée en aucun endroit de notre Royaume [...]. Voulons et nous plaît que les mères d'oresnavant ne succèdent à leurs enfants, et que les biens desdits enfants, provenus du père, de l'aïeul, d'oncles, collatéraux ou autres, de quelque endroit que ce soit, du côté paternel, retourneront à ceux à qui ils doivent retourner, sans que lesdites mères y puissent succéder » (cité par E. Caillemer, « Des résistances que les Parlements opposèrent, à la fin du XVI^e siècle, à quelques essais d'unification du droit civil », *Livre du centenaire du Code civil*, t. 2, 1904, p. 1075 s., spéc. p. 1091).

445. **Conclusion de chapitre.** Dans l'ancien droit, les règles locales sont d'interprétation stricte. Au-delà, les auteurs des propositions doctrinales de *droit commun de la France* recherchaient souvent un « simple » système à même de combler les lacunes laissées par les droits locaux : la fonction assignée à leurs propositions était la simple subsidiarité. Cependant, le roi de France entendait aussi utiliser le droit commun territorial – qu'il était le seul à même d'édicter – comme un instrument de lutte contre les règles locales et de réunification juridique du royaume : objectif politique qui explique la primauté du *droit commun de la France*¹⁵¹⁴. Les solutions du droit contemporain sont moins claires.

¹⁵¹⁴ Quitte, d'ailleurs, à analyser le phénomène comme la substitution d'une logique hiérarchique à la logique du rapport entre droit commun et droit spécial. V. *supra*, n° 443.

Chapitre II – Le désordre des solutions du droit contemporain

446. **Des conflits entre droit commun territorial et droit spécial territorial.** Les conflits entre les deux corps de règles continuent d'exister en droit contemporain, qu'il s'agisse de ceux entre les règles de droit commun territorial et les règles locales d'Alsace-Moselle, entre les règles de droit commun territorial et les règles locales d'outre-mer¹⁵¹⁵, ou même entre les règles de droit commun territorial et les règles spéciales à une collectivité territoriale autre – région, département, commune¹⁵¹⁶. Quelle que soit l'institution, ces conflits sont possibles et ne sont nullement une hypothèse d'école¹⁵¹⁷. Comment sont-ils résolus en droit positif ? Les solutions consacrées sont-elles satisfaisantes ?

¹⁵¹⁵ V. not. V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, thèse Paris I, 2009, n^{os} 30-31 ; Y. Lousouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 9^e éd., Dalloz, 2007, n^o 115, p. 126 ; H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., par F. Chabas, LGDJ, 2000, n^o 136.

¹⁵¹⁶ Ces derniers ne seront pas développés ici : l'on se concentrera sur les rapports principalement analysés sous le prisme droit commun / droit spécial. Or, ceux-ci relèvent souvent d'une logique hiérarchique, telle celle décrite juste *supra*, qui se substitue ici pour les conflits au rapport de commun à spécial. Lorsqu'« une hiérarchie normative est établie, [...] elle l'est nécessairement en faveur du droit central » (J.-B. Auby, « Réflexions sur la territorialisation du droit », in *Mélanges J.-C. Douence*, Dalloz, 2006, p. 1 s., spéc. p. 10). Le conflit d'applicabilité entre droit spécial territorial et droit commun territorial peut être résolu par application de la hiérarchie des normes toutes les fois que sont en présence deux règles de nature ou valeur inégales (P. Pescatore, *Introduction à la science du droit*, 2^e réimpr., Luxembourg, Bruylant, 2009, n^o 119, p. 183 : « Prééminence du droit général sur le droit local. Les règlements communaux, seule forme du droit local dans notre pays, sont toujours subordonnés au droit émané des autorités centrales » – à propos du droit luxembourgeois ; réflexion transposable au droit français). *Adde* J.-B. Auby, art. préc., spéc. p. 9 : souvent, pour « combiner » ces règles, le système juridique se contente de « reconnaître des pouvoirs normateurs dédiés à des territoires déterminés, et de délimiter la sphère matérielle de leurs compétences » ; « l'articulation entre normes nationales et normes locales résultera de ce seul schéma, si les compétences matérielles des pouvoirs normateurs à compétence locale ne se recoupent pas ».

¹⁵¹⁷ 1) Pour les fractions du territoire soumises de plein droit au *droit commun de la France*, les conflits entre ce dernier et le droit local se présentent de manière évidente et automatique : il en est ainsi à chaque fois qu'existent, aptes à régir une même question, une règle de droit commun territorial et une règle spéciale territoriale. Pour les collectivités soumises à la spécialité législative, des conflits entre une règle de droit commun territorial et une règle spéciale territoriale sont également susceptibles de se présenter, sous réserve d'une précision : ne sont envisagées que les règles de *droit commun de la France* qui y ont été déclarées applicables – à défaut, les développements seraient dépourvus d'objet, puisqu'il n'existe pas de conflit, seul étant alors applicable le droit local.

2) *Quid* des conflits entre, par exemple, loi du pays de Nouvelle-Calédonie et règle de *droit commun de la France* ? Une partie de la doctrine rejette théoriquement la possibilité de conflit entre ces deux sources et fait valoir qu'il s'agit d'une simple question de répartition des compétences (V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, thèse Paris I, 2009, n^o 521 : « en principe, il ne devrait pas y avoir de conflit entre une loi de la République et une loi du pays » ; l'auteur se réfère à C. Marliac-Négrier, « Du particularisme législatif - À propos de la nouvelle catégorie juridique des lois du pays en Nouvelle-Calédonie », *Rev. jur. et pol. des États francophones* 2003, t. 57, p. 173 s., qui explique que l'application distributive des compétences est suffisante à prévenir tout conflit). Une loi du pays qui empiéterait sur le domaine réservé de la loi nationale serait inconstitutionnelle, de même que le serait une loi nationale qui empiéterait sur le domaine réservé des lois du pays (V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, thèse Paris I, 2009, n^o 522-523). Madame Malabat soulève néanmoins la possibilité de conflits entre le *droit commun de la France* et le droit local néo-calédonien : « Imaginons qu'une loi de pays détermine les conditions d'attribution d'une pension alimentaire due pour les enfants après un divorce et assortisse le non-respect du paiement de cette pension de sanctions pénales. Imaginons ensuite, un couple calédonien ayant divorcé et dont le conjoint, soumis aux règles calédoniennes pour le paiement de cette pension, est parti vivre sur le territoire métropolitain. Si ce débiteur ne s'exécute pas, la question pourra alors se poser de savoir s'il se rend coupable (en métropole) du délit d'abandon de famille tel que défini par l'article 227-3 du Code pénal ou de l'infraction définie et sanctionnée par la loi de pays » (« Les sources du droit pénal : la loi, toute la loi, rien que la loi... ou presque », *RDA* n^o 5, févr. 2012, p. 83 s., spéc. note 16, p. 85).

447. **Plan.** L'étude du droit positif révèle un système peu intelligible (Section I). L'on pourra proposer de le remplacer par une application systématique des solutions tenant à la primauté du droit spécial territorial et à la subsidiarité du droit commun territorial, tout en ménageant la possibilité d'options et en préservant les rapports de hiérarchie existant parfois (Section II).

Section I – Le caractère insatisfaisant des solutions consacrées en droit positif

448. **Plan.** Le droit positif peut renvoyer une impression de chaos. Il retient plusieurs solutions différentes pour régler les conflits susceptibles de se présenter entre droit spécial territorial et *droit commun de la France* – illustration de ce que la résolution des conflits de normes repose souvent sur du « bricolage »¹⁵¹⁸. Aucune règle générale de l'ordonnement juridique français ne prévoit la solution d'un conflit entre une règle nationale et une règle locale¹⁵¹⁹ ; les solutions sont éparées. Pour l'Alsace-Moselle, s'applique une méthode de règles de conflit, transposée des méthodes du droit international privé français ; cette solution ne semble pas la plus opportune (§ I). Ailleurs, les textes prévoient notamment la primauté du droit spécial territorial et l'applicabilité subsidiaire du droit commun territorial, tout en ménageant parfois des possibilités d'options ; mais ces solutions sont insuffisamment claires et affirmées (§ II)¹⁵²⁰.

§ I – Le caractère inopportun des solutions consacrées dans les rapports entre *droit commun de la France* et règles spéciales territoriales d'Alsace-Moselle

449. **Plan.** Le système choisi par le législateur pour régir les rapports entre *droit commun de la France* et droit local d'Alsace-Moselle est celui de la règle de conflit de lois savignienne (A). Ce système, relativement complexe, ne semble pas répondre à une nécessité (B).

A. Exposé : l'application de règles de conflit savigniennes

450. **Méthode retenue par la loi du 24 juillet 1921.** Les rapports entre règles de *droit commun de la France* et règles locales alsaciennes-mosellanes sont régis de manière originale : mise à part une « faculté d'option » reconnue dans certains cas¹⁵²¹, l'articulation du droit local alsacien-mosellan et du droit commun français est opérée par le recours à des règles de résolution des conflits qui ressemblent, dans la méthode, aux règles de conflit savigniennes utilisées en droit

¹⁵¹⁸ R. Libchaber, « Propos sur l'incertaine solution des conflits de normes », *RTD civ.* 1997, p. 792 s.

¹⁵¹⁹ Rappr. déjà A. Roux, « Normes nationales et normes locales dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RRJ* 1992, p. 73 s., spéc. p. 73, qui relève que « la question de la hiérarchie entre normes nationales et normes locales [...] ne fait l'objet d'aucune référence constitutionnelle directe ».

¹⁵²⁰ Il faut donc y ajouter que, pour un certain nombre de règles, c'est la logique impliquée par la hiérarchie des normes qui régis les rapports entre règle commune et règle spéciale. À la question du domaine d'application se superpose notamment celle de l'autorité compétente (la question sort donc des stricts rapports entre droit commun et droit spécial), et la logique hiérarchique prend le dessus. Pour des développements, v. juste *supra*.

¹⁵²¹ V. le titre II de la loi du 24 juillet 1921.

international privé¹⁵²². C'est ce qui résulte d'un choix explicite du législateur, exprimé dans la loi du 24 juillet 1921 « prévenant et réglant les conflits entre la loi française et la loi locale d'Alsace et Lorraine en matière de droit privé »¹⁵²³. Les dispositions de cette loi confirment sans doute possible que c'est bien à la méthode de la règle de conflit – sans nécessairement, au fond, que les solutions retenues constituent des transpositions des solutions admises en droit international privé français – qu'a entendu avoir recours le législateur¹⁵²⁴. Dans le cadre de ce système, une règle locale peut primer le droit commun territorial, mais cette primauté ne doit pas être présentée comme telle : elle n'est fondée que sur la désignation opérée par la règle de conflit. Quelques exemples des solutions retenues par la loi de 1921 peuvent être développés.

451. **Successions.** Pour les successions, il faut se référer à l'article 5 de la loi précitée. Ce dernier dispose, en son alinéa 1^{er}, que « les successions sont régies, sans distinction entre la masse mobilière et la masse immobilière, par la loi qui détermine l'état et la capacité du *de cuius* au moment du décès » – c'est-à-dire « la loi déterminant le statut personnel du défunt »¹⁵²⁵. Une lecture rapide de ce texte pourrait donner à penser que la loi personnelle du défunt s'applique sans concession aux conflits entre règles locales et règles de *droit commun de la France* des successions, ou qu'elle s'applique aux principales questions appelées à se poser en pratique ; il n'en est rien. D'abord, en vertu de l'alinéa 2 de l'article précité, la territorialité absolue retrouve son empire pour de nombreuses questions, telles toutes les procédures, dont la liquidation et le partage, soumises à « la loi du lieu de la situation des biens »¹⁵²⁶ ; et c'est encore un critère purement territorial qui permet de recourir à ce mode de preuve spécial que constitue le certificat d'héritier, puisque la doctrine déduit de l'article 75 de la loi civile du 1^{er} juin 1924 que le certificat d'héritier concerne « toutes les successions ouvertes en Alsace-Moselle, quel que soit le statut personnel du *de cuius* ou le lieu de situation des biens »¹⁵²⁷. Ensuite, en pratique, les seules questions susceptibles de donner lieu à conflit entre droit local et droit commun territorial sont évidemment celles où il subsiste des règles locales : or, elles concernent surtout la liquidation, le partage et le certificat d'héritier¹⁵²⁸. Ne peut-on déduire que, dans une large mesure, la règle posée par l'alinéa 1^{er} de l'article 5 de la loi de 1921 serait ainsi une coquille vide ? En pratique, le critère

¹⁵²² C'est-à-dire des règles qui opèrent « classification des rapports de droit et localisation de chacun selon un élément caractéristique » (B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, 7^e éd., Economica, 2013, n° 152 ; la méthode « par[t] du type de situation pour déterminer la loi applicable » [n° 162]). V. not. V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, thèse Paris I, 2009, n° 30 (« des règles qui ressemblent à s'y méprendre à de véritables règles de conflits de lois ») ; É. Sander, « Le droit local alsacien-mosellan : un pluralisme juridique dans un système unitaire », in *Le code civil français en Alsace, en Allemagne et en Belgique*, dir. D. d'Ambra et a., PU Strasbourg, 2006, p. 134 s. et la documentation citée.

¹⁵²³ Sur cette loi, v. not. J.-P. Niboyet, *Conflits entre les lois françaises et les lois locales d'Alsace et Lorraine en droit privé*, Sirey, 1922 ; M. Eliesco, *Essai sur les conflits de lois dans l'espace sans conflit de souveraineté*, Picart, 1925, spéc. n° 74 s.

¹⁵²⁴ Preuve supplémentaire : pour les questions auxquelles la loi de 1921 n'envisage pas de solution, son article 15 prévoit notamment que les règles de conflit posées « seront, au besoin, complétées par les règles du droit international privé admises en France ».

¹⁵²⁵ J.-P. Niboyet, *Conflits entre les lois françaises et les lois locales d'Alsace et Lorraine en droit privé*, Sirey, 1922, n° 163. L'auteur explique : « Est-ce un Alsacien ou un Lorrain, sa succession obéira au droit local. Est-ce un Français de l'intérieur (*vis*), sa succession sera soumise à la loi française » générale (*ibid.*).

¹⁵²⁶ Article 5, al. 2nd, de la loi du 24 juillet 1924. V. *Rép. dr. international* Dalloz, V^o « Alsace et Moselle », par J.-M. Bischoff, 1998, n° 17-18.

¹⁵²⁷ *Rép. dr. international* Dalloz, V^o « Alsace et Moselle », par J.-M. Bischoff, 1998, n° 19.

¹⁵²⁸ V. *supra*, n° 376.

de la territorialité, du lieu de situation, permettrait de résoudre la majorité des conflits entre une règle locale et une règle de droit commun territorial des successions.

452. **Sûretés réelles et prescription acquisitive.** Pour les sûretés réelles comme pour la prescription acquisitive d'un droit réel, il y a lieu de se reporter à l'article 4, alinéa 1^{er}, de la loi du 24 juillet 1921, qui dispose que « le régime de la propriété et des droits réels en matière mobilière ou immobilière est déterminé par la loi du lieu de la situation des biens »¹⁵²⁹. C'est donc ici un système pleinement territorialiste qui est consacré pour les biens : la *lex rei sitae* s'applique, qu'il s'agisse de biens meubles ou de biens immeubles¹⁵³⁰.

453. **Prescription extinctive.** La détermination du droit applicable à la prescription extinctive est plus complexe encore, car elle dépend du point de savoir si l'on considère l'institution comme relevant du droit substantiel ou du droit processuel. Si la première solution est retenue, il y aurait lieu de faire application de l'article 7 de la loi de 1921, qui dispose que les effets de l'acte juridique sont régis par la loi à laquelle les parties se sont référées et, à défaut, par la loi du lieu de l'exécution de l'acte. Si, en revanche, l'on considère que la prescription relève de la procédure, il faudrait appliquer la solution contenue à l'article 6 de la loi, qui prévoit l'application de la loi de la juridiction saisie, c'est-à-dire du for. Sans entrer dans cette importante controverse, relevons que sous cette complexité des méthodes, le critère de la territorialité est ici encore prépondérant. En effet, si l'on considère que la prescription extinctive touche l'action en justice, le conflit entre règle de *droit commun de la France* et règle locale est tranché en fonction du critère purement territorial du siège de la juridiction saisie. Si l'on considère que la prescription atteint le droit substantiel, le conflit est certes tranché en faveur de la règle désignée par les parties, mais il convient d'observer qu'à défaut de choix, la territorialité retrouve son empire : à titre de solution supplétive de la volonté des parties, l'article 7 précité dispose que la règle qui l'emportera sera celle du *lieu* d'exécution de l'acte pour lequel se pose la question de prescription.

454. **Incapacités.** Les questions de loi applicable en matière de capacité sont détaillées et régies, de manière assez complexe, par les articles 1^{er} à 3 de la loi de 1921. Il ne semble pourtant pas opportun d'y insister outre mesure, dans la mesure où les règles locales relatives aux incapacités ayant été abrogées par la loi du 29 décembre 1990, ces articles n'ont plus aujourd'hui qu'un intérêt transitoire¹⁵³¹ : leur intérêt pratique devrait, à terme, disparaître, la source des conflits entre droit spécial territorial des incapacités et droit commun territorial des incapacités ayant été tarie. La question des conflits entre règles de *droit commun de la France* et règles locales alsaciennes-mosellanes est ici largement vidée de son intérêt pratique. Du fait de sa complexité, ce système de solutions résultant de la loi de 1921 ne semble pas le plus opportun.

¹⁵²⁹ La suite du même alinéa précise, pour régler le conflit mobile, qu'« en matière mobilière, la situation qui détermine la loi applicable est celle que le meuble occupe au début de l'instance en justice ».

¹⁵³⁰ Dans le même sens, *Rép. dr. international* Dalloz, V^o « Alsace et Moselle », par J.-M. Bischoff, 1998, n^o 16.

¹⁵³¹ Dans le même sens, *ibid.*, n^o 15.

B. Critique : le caractère inopportun de la méthode choisie

455. **Silence doctrinal sur l'opportunité de la méthode.** La doctrine prend rarement parti sur l'opportunité de la méthode des règles de conflit appliquée aux rapports entre *droit commun de la France* et droit spécial territorial d'Alsace-Moselle. D'ailleurs, ainsi que le rappelle Niboyet, la loi du 24 juillet 1921 fut votée « sans débat »¹⁵³² – ce qui pourrait déjà susciter quelques inquiétudes. Par la suite, si l'exposé des solutions retenues par la loi et la jurisprudence qui l'applique fut parfois esquissé¹⁵³³, l'appréciation de l'utilisation des règles de conflit savigniennes d'un strict point de vue « méthodologique », de l'opportunité et du caractère adapté ou non de la technique, est rarement menée¹⁵³⁴.

456. **Appréciation critique de l'opportunité de la méthode.** L'utilisation de la méthode conflictualiste pour résoudre ces conflits apparaît pourtant assez étonnante : non seulement le système choisi par le législateur est en lui-même relativement complexe, mais encore, cette complexité ne semble pas répondre à une nécessité. Pourquoi recourir, pour régir les rapports entre une règle de droit commun territorial et une règle spéciale territoriale, à la méthode des règles de conflit¹⁵³⁵ ? En effet, résume Madame Parisot dans sa thèse, « de deux choses l'une. Soit les règles posées par la loi de 1921 ne sont pas des règles de conflit de lois analogues à des règles de conflit international de lois. Soit... l'analyse de départ des conflits entre la loi française générale et la loi locale d'Alsace-Moselle n'est pas la bonne »¹⁵³⁶. C'est la deuxième branche de l'alternative qui se vérifie : le recours à la méthode des règles de conflit ne semble pas adapté aux situations qu'elle régir ici. Pour que la méthode retenue soit justifiée en opportunité, il faudrait en effet que les conflits appréhendés relèvent du droit international privé, ou du droit interprovincial privé. Or, le conflit entre une règle spéciale d'Alsace-Moselle et une règle de *droit commun de la France* n'entre dans aucune de ces deux catégories.

457. **Le conflit en cause ne relève pas du droit international privé.** Les conflits internationaux de lois, relevant du droit international privé, sont le terrain d'élection de la méthode de la règle de conflit. Dans l'hypothèse d'un conflit entre plusieurs règles de droit émanant chacune d'un ordre étatique différent, il est opportun d'avoir recours à une méthode de solution neutre, qui ne favorise *a priori* aucune des règles en présence : la méthode de la règle de conflit, parée de la neutralité qui lui est classiquement attachée¹⁵³⁷, convient alors parfaitement.

¹⁵³² J.-P. Niboyet, *Conflits entre les lois françaises et les lois locales d'Alsace et Lorraine en droit privé*, Sirey, 1922, n° 2, p. 7.

¹⁵³³ V. en partic. H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., par F. Chabas, LGDJ, 2000, n° 136 ; *Rép. civ.* Dalloz, V^o « Alsace-Moselle », par J.-L. Vallens, 2011, n° 10 ; F. Lotz, *Droit civil alsacien-lorrain*, Litec, 1977, n° 68 s. ; P. Lampué, « Les conflits de lois interrégionaux et interpersonnels dans le système juridique français (métropolitain et d'outre-mer) », *Rev. crit. DIP* 1954, p. 249 s., spéc. n° 3, p. 252.

¹⁵³⁴ V., pour la citation et pour l'idée, V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, thèse Paris I, 2009, n° 30 : l'auteur signale qu'avant l'étude qu'elle propose, « une telle réflexion n'a[va]it encore jamais été tentée ».

¹⁵³⁵ C'est le même étonnement qui ressort lorsqu'il est indiqué que ces conflits « sont résolus par des règles qui ressemblent à s'y méprendre à de véritables règles de conflits de lois », alors que « nul pourtant ne songerait à déterminer le domaine d'application dans l'espace d'une loi quelle qu'elle soit par le recours à la méthode savignienne » (V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, thèse Paris I, 2009, n° 30).

¹⁵³⁶ V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, thèse Paris I, 2009, n° 30.

¹⁵³⁷ Sur la neutralité de la règle de conflit, v. par ex. B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, 7^e éd., Economica, 2013, n° 165 ; D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, t. 1, PUF, 2007, n° 359 : la règle de conflit est

Pourtant, les conflits entre une règle de droit local alsacien-mosellan et une règle de *droit commun de la France* n'entrent pas dans cette catégorie du conflit international de lois, puisque cette dernière suppose un conflit entre des règles édictées par des souverainetés différentes et que, dans le conflit entre règles d'Alsace-Moselle et règles de *droit commun de la France*, il n'existe qu'une souveraineté : la souveraineté française¹⁵³⁸. Il n'y a en effet, entre droit commun territorial et droit spécial territorial alsacien-mosellan, aucun conflit de souveraineté¹⁵³⁹ ; « le seul souverain en Alsace, en Lorraine et dans toute la France n'est plus que le souverain français »¹⁵⁴⁰. Le conflit ne met pas aux prises une règle allemande et une règle française – comme cela fut parfois soutenu¹⁵⁴¹ –, mais deux règles de droit français¹⁵⁴². Or, « en l'absence de conflit de souveraineté, il n'existera pas, en principe, de conflit irréductible puisque la souveraineté française, la même partout, aura l'autorité voulue pour assurer une solution uniforme tant légale que judiciaire des conflits qui se poseront »¹⁵⁴³. Niboyet en concluait qu'on ne pouvait purement et simplement « étendre [à ces conflits] les solutions reçues dans le conflit de lois international et faites pour une

classiquement appréhendée « comme un panneau indicateur, se contentant de signaler l'ordre juridique au sein duquel sera recherchée la solution du litige, en toute indifférence à l'égard de son résultat concret ». *Addé*, pour une approche critique, Y. Loussouarn, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *TCFDIP* 1980-1981, t. 2, p. 43 s. ; S. Billarant, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales - Réflexions sur la méthode conflictuelle*, Dalloz, 2004, spéc. introduction.

¹⁵³⁸ Il est vrai qu'une partie importante de la doctrine internationaliste a soutenu et continue de soutenir, après Arminjon, que les conflits de lois, même internationaux, n'expriment pas un conflit de souveraineté (pour une synthèse, v. P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI* t. 327, La Haye, Martinus Nijhoff, 2007, p. 9 s., spéc. n° 90 s., p. 104 s.) ; l'idée n'emporte pas totalement la conviction si elle doit conduire à occulter cette réalité première que le conflit de lois met aux prises des droits provenant de systèmes étatiques – souverains – différents. Au-delà et pour le sujet qui nous retient, l'opinion apparaît relativement inopérante, car il est de toute manière difficilement contestable que les conflits de lois internationaux mettent aux prises plusieurs droits nationaux différents et, partant, le système de plusieurs États souverains (sur ces thèses et pour des arguments sceptiques, v. par ex., dans l'optique qui nous retient, M. Eliesco, *Essai sur les conflits de lois dans l'espace sans conflit de souveraineté*, Picart, 1925, spéc. n° 79 s.) – contrairement au conflit étudié.

¹⁵³⁹ M. Eliesco, *Essai sur les conflits de lois dans l'espace sans conflit de souveraineté*, Picart, 1925, spéc. n° 82. V. aussi *ibid.*, n° 96, p. 127-128 : « coexistent sur le territoire de l'État [...] une pluralité de législations [...] qui, toutes, ont été promulguées par un seul et même souverain, qui trouvent, par conséquent, la source de leur autorité dans la volonté d'un seul législateur » ; la conséquence en est que « si ces lois [...] entrent en conflit, il y aura bien conflit de lois, mais il n'y aura pas conflit de souveraineté ». V. aussi J.-P. Niboyet, *Conflits entre les lois françaises et les lois locales d'Alsace et Lorraine en droit privé*, Sirey, 1922, n° 58, p. 106 : « le conflit des lois françaises et des lois locales d'Alsace et de Lorraine n'est pas un conflit de souveraineté » (et p. 102 : « Certes, dans le conflit de lois interprovincial, on rencontre un *conflit de lois* de même que dans le conflit international. Mais sous cette apparence externe, que de dissemblances au fond séparent ces deux types de conflits », notamment parce que le conflit de lois interprovincial « est le conflit qui ne se manifeste pas entre les lois de deux États, étrangers l'un à l'autre, mais à l'intérieur d'un seul et même État »).

¹⁵⁴⁰ J.-P. Niboyet, *Conflits entre les lois françaises et les lois locales d'Alsace et Lorraine en droit privé*, Sirey, 1922, n° 58, p. 107.

¹⁵⁴¹ V. not. J.-P. Niboyet, *Conflits entre les lois françaises et les lois locales d'Alsace et Lorraine en droit privé*, Sirey, 1922, n° 1, p. 4 : le législateur français a « mainten[eu] la loi allemande en vigueur » (v. aussi n° 2, p. 5). V. ég. la même approximation dans l'exposé des motifs de la loi de 1921 sur les conflits de lois, où il est affirmé que la « loi locale est la loi allemande » (reprod. in *ibid.*, annexe II, p. 364).

¹⁵⁴² Ce ne sont pas, malgré ce qu'affirmait Niboyet, « les lois allemandes » qui sont en vigueur en Alsace-Moselle (*Conflits entre les lois françaises et les lois locales d'Alsace et Lorraine en droit privé*, Sirey, 1922, n° 1, p. 2 ; v. aussi p. 3, où l'auteur évoque « le maintien du droit allemand »), mais des lois devenues françaises par reprise, par « novation ».

¹⁵⁴³ J.-P. Niboyet, *Conflits entre les lois françaises et les lois locales d'Alsace et Lorraine en droit privé*, Sirey, 1922, n° 58, p. 107. Rapp. *JCl. civil code*, app. art. 3, fasc. 1, « Application de la loi outre-mer - Principes généraux », par F. Luchaire, 2003, n° 80 : « le droit international privé ne peut être utilisé qu'avec la plus grande prudence, car les conflits de lois en matière internationale sont des conflits de souveraineté dans lesquels chaque législateur est tenté de faire prévaloir la loi nationale, ce qui retire toute uniformité aux solutions du droit international. Il en est tout autrement pour les conflits interterritoriaux ou interrégionaux ».

hypothèse où il existe des souverainetés distinctes, indépendantes les unes des autres »¹⁵⁴⁴. L'exposé des motifs de la loi de 1921, rédigé par Eugène Gaudemet, se livrait d'ailleurs paradoxalement au même constat : « le système de droit international privé qui s'est constitué en France depuis le Code civil paraît, dans la plupart des cas, mal adapté à la solution des difficultés présentes », dans la mesure où il a été « construit en prévision de conflits qui s'élèvent entre les lois d'États différents, et qui manifestent l'opposition de souverainetés législatives distinctes, il ne saurait s'appliquer sans modification à des conflits qui naissent au sein d'un État unifié »¹⁵⁴⁵. Il est donc certain qu'il ne s'agit pas d'un conflit *international*¹⁵⁴⁶, et que ce n'est pas cette qualification qui légitime le recours à la méthode des règles de conflit.

458. **Le conflit en cause ne relève pas du droit interlocal privé**¹⁵⁴⁷. Les conflits internationaux ne sont pas les seuls dans lesquels le recours à la méthode de la règle de conflit est adapté : cette dernière peut être utilisée également dans l'hypothèse des conflits interlocaux, c'est-à-dire mettant aux prises des règles issues de plusieurs droits locaux soumis à la même souveraineté¹⁵⁴⁸. L'affirmation autrefois formulée par la jurisprudence, selon laquelle « pour les pays où s'élèvent des conflits interprovinciaux, il est de règle universelle que ces conflits doivent être résolus d'après les mêmes principes que les conflits internationaux »¹⁵⁴⁹, demeure convaincante : en présence de deux droits locaux égaux, un système neutre est nécessaire pour trancher les conflits d'applicabilité qui pourraient se présenter, raison pour laquelle celui des règles de conflit convient parfaitement. Cependant, encore faut-il, précisément, se trouver en présence d'un véritable conflit interlocal, c'est-à-dire d'un conflit qui met aux prises deux droits *locaux* relevant de la même souveraineté. Or, tel n'est pas le cas entre les règles de *droit commun de la France* et les règles spéciales territoriales d'Alsace-Moselle. Si les deux types de règles en conflit sont bien toutes deux des règles de droit français, elles ne sont néanmoins pas toutes deux des règles *locales* : l'une s'applique sur tout le territoire de l'État, tandis que l'autre s'applique sur une fraction seulement de celui-ci ; la situation est tout à fait différente de celle qui oppose deux règles locales, chacune ne concernant alors qu'une fraction du territoire de l'État. Contrairement à ce qui a parfois pu être suggéré en doctrine, il ne s'agit pas d'un conflit entre une loi locale et

¹⁵⁴⁴ J.-P. Niboyet, note sous Req. 24 mars 1924, *S.* 1924, 1, p. 145 s., spéc. p. 145.

¹⁵⁴⁵ Exposé des motifs du projet de loi déposé par M. Millerand le 12 mars 1920, in J.-P. Niboyet, *Conflits entre les lois françaises et les lois locales d'Alsace et Lorraine en droit privé*, Sirey, 1922, annexe II, p. 362 (pour les deux dernières citations).

¹⁵⁴⁶ Rapp. P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 10^e éd., Montchrestien, 2010, n° 91 : « le conflit interrégional n'est pas un conflit véritable. Le droit applicable en Alsace-Lorraine, par exemple, est le droit français, émanant du législateur français, au même titre que le droit applicable sur le reste du territoire. [...] La preuve en est que ces règles [...] sont [...] susceptibles d'être abrogées par le législateur français ». Les auteurs opèrent une distinction avec le conflit interfédéral qui, lui, est « un conflit véritable », dans la mesure où chaque État fédéré possède son « ordre juridique propre », nécessairement « complet et autonome » (*ibid.*). Pour cette même idée selon laquelle il ne s'agit pas d'un véritable conflit de lois, v. Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 9^e éd., Dalloz, 2007, n° 115, p. 127. *Contra* : V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, thèse Paris I, 2009, n° 1650.

¹⁵⁴⁷ Ou « droit interprovincial privé » (M. Eliesco, *Essai sur les conflits de lois dans l'espace sans conflit de souveraineté*, Picart, 1925, spéc. n° 41).

¹⁵⁴⁸ L'exemple type était constitué, dans l'ancien droit, par le conflit de coutumes. V. not. E. Meijers, « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen-Âge », *RCADI* t. 49, 1934, Martinus Nijhoff, p. 544 s., spéc. II, p. 567 s., « Les conflits de coutumes en Europe occidentale au Moyen-Âge ».

¹⁵⁴⁹ T. civ. Avesnes, 8 mai 1922, cité par M. Eliesco, *Essai sur les conflits de lois dans l'espace sans conflit de souveraineté*, Picart, 1925, spéc. n° 42, p. 67.

« une autre loi locale »¹⁵⁵⁰. L'on ne peut donc pas voir, dans le conflit entre les règles locales d'Alsace-Moselle et les règles de *droit commun de la France*, un conflit interlocal¹⁵⁵¹. L'utilisation de la méthode de la règle de conflit n'est pas davantage légitimée par cette deuxième qualification.

459. **Le conflit en cause relève des rapports entre droit commun territorial et droit spécial territorial.** Une conclusion s'impose : il ne s'agit pas d'un véritable conflit de lois au sens classique – ni d'un conflit international, ni d'un conflit interlocal –¹⁵⁵², mais d'un conflit entre une règle de droit commun et une règle spéciale, entendues dans leur application territoriale. Doctrine¹⁵⁵³ et jurisprudence – de la Cour de cassation comme du Conseil constitutionnel¹⁵⁵⁴ – le confirment : la question est davantage, pour reprendre les termes des professeurs Mayer et Heuzé, celle « du champ d'application des règles alsaciennes-lorraines dérogoires au droit commun »¹⁵⁵⁵ que celle d'un conflit de lois classique¹⁵⁵⁶. Ils sont, estimait Bartin, des « conflits entre lois générales et droits locaux, qui résultent de la contrariété entre une loi générale, applicable sur toute l'étendue d'un État, et un droit qui ne s'applique que sur une fraction de ce territoire »¹⁵⁵⁷. Ils opposent deux corps de règles de droit français, l'un ayant

¹⁵⁵⁰ V., l'affirmant, M. Eliesco, *Essai sur les conflits de lois dans l'espace sans conflit de souveraineté*, Picart, 1925, spéc. n° 41, p. 58 (v. aussi n° 96, p. 127 : « une pluralité de législations civiles locales »).

¹⁵⁵¹ La situation est différente de celle qui existait dans l'ancien droit, des conflits entre les coutumes locales, parce que toutes étaient territorialement spéciales, et qu'aucune n'avait vocation à s'appliquer sur tout le territoire de la France. *Adde* M. Eliesco, *Essai sur les conflits de lois dans l'espace sans conflit de souveraineté*, Picart, 1925, spéc. n° 41, p. 62.

¹⁵⁵² P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 10^e éd., Montchrestien, 2010, n° 91 ; Y. Loussouarn, P. Bourrel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 9^e éd., Dalloz, 2007, n° 115, p. 127. *Comp.* V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, thèse Paris I, 2009, n° 1650.

¹⁵⁵³ O. Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *Economica*, 2004, p. 312 ; É. Sander, « Le droit local alsacien-mosellan : un pluralisme dans un système unitaire », in *Le code civil français en Alsace, en Allemagne et en Belgique*, dir. D. d'Ambra et a., PU Strasbourg, 2006, p. 131 (« le droit général est applicable en Alsace-Moselle et constitue le droit commun. [...] Quant au droit local, celui-ci obéit au principe de spécialité ») ; M. Verpeaux, « Repos dominical en Alsace-Moselle et principe fondamental reconnu par les lois de la République », note sur *Cons. const.*, 5 août 2011, *JCP G* 2011, 1290 ; N. Rouland, S. Pierré-Caps et J. Poumarède, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, PUF, 1996, n° 158, p. 323. V. aussi le *Guide de légistique* du site Legifrance, 20 oct. 2007, n° 3.7.1, disponible sur http://www.legifrance.gouv.fr/html/Guide_legistique_2/371.htm : « toutes ces dispositions particulières sont regardées comme des règles de droit français d'application géographique limitée ».

¹⁵⁵⁴ *Cons. const.* 5 août 2011, n° 2011-157 QPC, consid. n° 4 : « Considérant qu'ainsi, la législation républicaine antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946 a consacré le principe selon lequel, tant qu'elles n'ont pas été remplacées par les dispositions de droit commun ou harmonisées avec elles, des dispositions législatives et réglementaires particulières aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle peuvent demeurer en vigueur ; qu'à défaut de leur abrogation ou de leur harmonisation avec le droit commun, ces dispositions particulières ne peuvent être aménagées que dans la mesure où les différences de traitement qui en résultent ne sont pas accrues et que leur champ d'application n'est pas élargi ». *Adde* *Cons. const.* 28 sept. 2012, n° 2012-274 QPC, consid. n° 6. V. aussi et not. : *Civ.* 1^{re}, 10 mai 2007, n° 05-12.140, *Bull. civ.* I, n° 181 (modes de preuve de la qualité d'héritier) – *Crim.* 11 juill. 1983, *Neuhäuser*, n° 83-90.388, *Bull. crim.*, n° 218 (prescription de l'action publique) – *CE Sect.*, 23 mai 1958, *Min. éduc. nation. c. Weber, Lebon* p. 293.

¹⁵⁵⁵ P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 10^e éd., Montchrestien, 2010, n° 90 : la situation est celle de « la coexistence, dans un même ordre juridique, de deux groupes de règles dont le domaine est différent, mais dont l'objet est le même », si bien que la question est celle « du champ d'application des règles alsaciennes-lorraines dérogoires au droit commun » ; les auteurs comparent cette situation à celle qui résulte de la coexistence de règles civiles générales et de règles commerciales spéciales, ce qui confirme qu'ils placent le débat sur le terrain des rapports entre droit commun et droit spécial. C'est l'opinion de la doctrine majoritaire : v. V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, thèse Paris I, 2009, n° 30, qui prend cependant ses distances avec une telle présentation.

¹⁵⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁵⁷ M. Eliesco, *Essai sur les conflits de lois dans l'espace sans conflit de souveraineté*, Picart, 1925, spéc. n° 149, p. 188, résumant É. Bartin, *Cours de droit international privé*, faculté de droit de Paris, 1923-1924. Les exemples donnés sont les suivants (*ibid.*) : « rivalité dans l'ancien droit de certaines ordonnances royales avec des coutumes locales ; contrariété en Allemagne entre le code civil de 1900 et par exemple, le droit local de Hambourg ».

vocation à s’appliquer à l’ensemble du territoire national – le *droit commun de la France* –, l’autre n’ayant vocation qu’à s’appliquer à une fraction de celui-ci – le droit local alsacien-mosellan. Les auteurs de l’avant-projet devenu la loi du 24 juillet 1921 le constataient eux-mêmes dans l’exposé des motifs¹⁵⁵⁸. Pourquoi ne pas en avoir tiré les conséquences en rejetant le système des règles de conflit savigniennes ? N’est-il pas possible d’aller au bout du raisonnement et de considérer que l’on pouvait écarter jusqu’à la méthode pourtant retenue en 1921 ? En d’autres termes, était-il indispensable, ou même seulement opportun, d’avoir recours à la technique de la règle de conflit, alors même que les rapports que l’on entendait régir mettaient aux prises des règles de droit commun territorial et des règles spéciales territoriales ?

460. **D’autres solutions possibles.** Ces questions méritent d’autant plus d’être posées que Niboyet rappelait qu’avant l’adoption de la loi de 1921, si « le gouvernement avait senti le besoin de [...] trouver une solution », les juristes étaient en revanche « *dans l’incertitude la plus complète, sur le mode de solution de conflits aussi nouveaux que déroutants pour notre pays et pour l’étude desquels l’histoire ne fournissait qu’un appoint tout à fait insuffisant* »¹⁵⁵⁹. La seule certitude était donc qu’il fallait trouver une solution. Le doute était toutefois de mise quant à savoir quelle solution convenait. Si le législateur a finalement opté, dans la loi du 24 juillet 1921, pour la méthode de la règle de conflit, il apparaît que c’est parce qu’il fallait *faire un choix*, et non parce que cette méthode s’imposait de manière évidente et inéluctable. Un arrêt rendu le 24 mars 1924 par la chambre des requêtes de la Cour de cassation est à cet égard riche d’enseignements, si l’on veut bien lire entre ses lignes : la Cour de cassation y avait décidé que la loi de 1921 ne revêtait aucun caractère interprétatif¹⁵⁶⁰, motif empêchant de considérer que les solutions qu’elle pose s’appliquaient déjà avant son entrée en vigueur. Or, qu’était-ce à dire, sinon que les rapports entre les règles locales alsaciennes-mosellanes et les règles de *droit commun de la France* ne sont régis par la méthode de la règle de conflit que parce que le législateur de 1921 l’a décidé, et qu’il n’en était pas ainsi avant cette loi ? Il en résulte qu’il aurait tout à fait pu en être autrement, pour peu seulement que le législateur en ait décidé autrement. L’oublier aujourd’hui semble revenir à légitimer un choix possible, mais parmi d’autres, en le transformant rétroactivement en vérité incontestable. Argument supplémentaire : pour les rapports entre droit local d’outre-mer et *droit commun de la France*, la perspective d’une utilisation des raisonnements conflictualistes est envisagée avec la plus grande circonspection par la doctrine¹⁵⁶¹. Dans ces rapports, sauf option, les règles spéciales priment et les règles de droit commun sont cantonnées à une application subsidiaire.

¹⁵⁵⁸ V. par ex. « Exposé des motifs du projet de loi déposé par M. Millerand le 12 mars 1920 », in J.-P. Niboyet, *Conflits entre les lois françaises et les lois locales d’Alsace et Lorraine en droit privé*, Sirey, 1922, annexe II, p. 364, où il est fait référence par trois fois au concept de droit commun.

¹⁵⁵⁹ J.-P. Niboyet, note sous Req. 24 mars 1924, *S.* 1924, 1, p. 145 s., spéc. p. 145 (nous ajoutons les italiques).

¹⁵⁶⁰ Req. 24 mars 1924, *S.* 1924, 1, 145, note (critique) J.-P. Niboyet ; *Rev. crit. DIP* 1924, p. 273 ; *RJAL* 1924, p. 268 s., note H. Degand. En l’espèce, la chambre des requêtes estime que les juges du fond ont à bon droit refusé l’application de cette loi de 1921 à des marchés conclus en 1919 et qui faisaient déjà l’objet d’un contentieux judiciaire avant son entrée en vigueur ; il est fait application de la loi du lieu de l’exécution des contrats en cause.

¹⁵⁶¹ *JCl. civil code*, app. art. 3, fasc. 1, « Application de la loi outre-mer - Principes généraux », par F. Luchaire, 2003, n° 80 : « le droit international privé ne peut être utilisé qu’avec la plus grande prudence, car les conflits de lois en matière internationale sont des conflits de souveraineté [...]. Il en est tout autrement pour les conflits interterritoriaux ou interrégionaux ».

§ II – Le caractère insuffisant des solutions consacrées dans les rapports entre *droit commun de la France* et règles spéciales territoriales d’outre-mer

461. **Plan.** L’étude du droit positif montre que les relations entre droit local d’outre-mer et *droit commun de la France* sont principalement régies par les solutions inspirées de l’adage *specialia generalibus derogant* : sauf option reconnue par le législateur, les règles spéciales territoriales priment et, hors du domaine d’application *ratione loci* de ces dernières, les règles de droit commun territorial retrouvent leur applicabilité subsidiairement. Si ce système de solutions (A) est satisfaisant au fond, il se révèle cependant imparfait en la forme (B)¹⁵⁶².

A. Exposé : des solutions classiques

462. **Plan.** La primauté des règles spéciales territoriales sur le droit commun territorial est majoritairement reconnue et seulement parfois évincée au profit d’une option entre les deux corps de règles (1). La subsidiarité du droit commun territorial est également rappelée (2).

1. La primauté majoritairement reconnue

463. **La primauté des règles spéciales territoriales.** La primauté de la règle spéciale territoriale¹⁵⁶³ est retenue dans le cadre des rapports entre règles locales d’outre-mer et règles de *droit commun de la France*. C’est notamment la solution explicitement retenue pour régir les rapports entre le droit commun territorial des sûretés et les règles spéciales territoriales mahoraises en la matière, plus précisément en matière de privilèges généraux : l’article 2530 du code civil dispose que « par dérogation aux dispositions de l’article 2375, les seuls privilèges généraux sur les immeubles applicables à Mayotte sont les frais de justice et les droits du Trésor public ». Qu’est-ce à dire, sinon que la règle spéciale territoriale prime la règle de droit commun territorial ? En jurisprudence également, cette primauté des règles spéciales territoriales sur les règles de droit commun territorial a été reconnue¹⁵⁶⁴.

464. **La persistance d’options ponctuelles.** Un tel système de régulation des rapports entre droit commun territorial et droit spécial territorial, majoritaire, n’exclut cependant

¹⁵⁶² Pour de nombreux autres exemples, qui revêtent avant tout un intérêt historique (époque coloniale), v. V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, thèse Paris I, 2009, n° 1078 s.

¹⁵⁶³ Qui, appliquée, signifie ici que dans le cadre de son domaine d’application *ratione loci*, elle prime les règles de droit commun territorial en cas de conflit, et qui suppose également une interprétation stricte des règles territorialement spéciales. Pour des développements généraux sur la primauté du droit spécial, v. *supra*, n° 168 s.

¹⁵⁶⁴ V. not. en ce sens une décision dans laquelle la Cour de cassation, sur le fondement de l’article 75 de la Constitution, avait décidé qu’à Mayotte, un enfant né hors mariage doit se voir refuser le droit d’établir sa filiation et être exclu, de ce fait, de la succession d’un parent (Civ. 1^{re}, 25 févr. 1997, n° 94-19.321, *Bull. civ.* I, n° 67 ; *Rev. crit. DIP* 1998, p. 602 s., obs. G. Droz ; *D.* 1997, jur. p. 453 s., obs. H. Fulchiron ; *JCP G* 1997, II, 22968, note L.-A. Barrière et T. Garé ; pour des développements sur cet arrêt, v. V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, thèse Paris I, 2009, n° 991 s.) : c’était faire primer la règle spéciale territoriale dans le cadre de son domaine d’application *ratione loci*. Cette règle spéciale est aujourd’hui abrogée.

pas d’autres solutions plus ponctuelles. On l’a vu, la primauté du droit spécial n’apparaît pas véritablement obligatoire juridiquement, sauf lorsqu’un texte en décide ainsi¹⁵⁶⁵. Or, certains textes décident d’accorder une option aux intéressés. Il en est notamment ainsi de l’article 1^{er}, alinéa 4, de l’ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte, qui ouvre une telle option entre droit commun territorial et droit local. Ce texte dispose que « les personnes relevant du statut civil de droit local peuvent soumettre au droit civil commun tout rapport juridique relevant du statut civil de droit local »¹⁵⁶⁶.

2. La subsidiarité rappelée

465. **La subsidiarité reconnue.** Ainsi que le relève Madame Parisot, le « principe de l’application subsidiaire » des règles de droit commun territorial, « vaut incontestablement dans l’actuel outre-mer français »¹⁵⁶⁷ et ce, sans que la règle de la spécialité législative, lorsqu’elle est applicable, y constitue un obstacle – ne sont, par hypothèse, d’application subsidiaire que les règles de droit commun *étendues* aux territoires qui relèvent de la spécialité législative. La subsidiarité du droit commun territorial est parfois explicitement affirmée¹⁵⁶⁸.

466. **La subsidiarité des règles de droit commun territorial par rapport aux règles spéciales territoriales mahoraises.** La subsidiarité se retrouve d’abord, par exemple, pour les rapports entre droit commun territorial et règles spéciales mahoraises des successions et libéralités : c’est ce qui s’évince de l’article 2503 du code civil, qui dispose en son premier alinéa que « les articles 711 à 832-1 et 833 à 2279 sont applicables à Mayotte sous réserve des adaptations figurant aux articles 2504 à 2508 ». Si ces dispositions, qui sont des règles de droit commun territorial des successions et libéralités (jusqu’à l’article 1099-1 inclus), sont applicables « sous réserve des adaptations » prévues par des règles locales, c’est que ces dernières règles priment dans le cadre de leur domaine d’application *ratione loci* et que, au-delà, les règles de droit commun territorial ont vocation à s’appliquer subsidiairement. Ces solutions se retrouvent dans d’autres textes, et notamment à l’article 2509 du code civil, qui dispose qu’« à Mayotte, les droits sur les immeubles, les privilèges et les hypothèques ainsi que les règles concernant l’organisation, la constitution, la transmission et l’extinction des droits réels immobiliers et autres droits et actes soumis à publicité sont ceux de la législation civile de droit commun, sous réserve des dispositions du présent titre ». Si le *droit commun de la France* s’applique « sous réserve » des règles spéciales à Mayotte, c’est que ces règles spéciales priment les règles de droit commun, dont la

¹⁵⁶⁵ V. *supra*, n° 170.

¹⁵⁶⁶ Sur le caractère avant tout *territorial* de ce statut, v. *supra*, n° 198, et les notes. Adde P. Lampué, « Les conflits de lois interrégionaux et interpersonnels dans le système juridique français (métropolitain et d’outre-mer) », *Rev. crit. DIP* 1954, p. 249 s., spéc. n° 5, p. 258.

¹⁵⁶⁷ V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, thèse Paris I, 2009, n° 1135 (pour les deux dernières citations) ; l’auteur se réfère au seul « code civil français », mais son constat peut, on le verra, être étendu au-delà. V. aussi *JCl. civil code*, app. art. 3, fasc. 1, « Application de la loi outre-mer - Principes généraux », par F. Luchaire, 2003, n° 74, où l’auteur se rallie à la solution impliquée par *specialia generalibus derogant*, en prônant d’appliquer en principe la « territorialité absolue » (qui revient à faire primer la règle locale, territorialement spéciale, pour tout son domaine d’application *ratione loci*, et qui parvient donc au même résultat que l’application de l’adage *specialia generalibus derogant*).

¹⁵⁶⁸ Quoique cela ne soit pas absolument indispensable, puisque la subsidiarité du droit commun a lieu de plein droit : v. *supra*, n° 92.

vocation subsidiaire est reconnue. Ces solutions se retrouvent à propos du statut civil de droit local : « en cas de silence ou d'insuffisance du statut civil de droit local, il est fait application, à titre supplétif, du droit civil commun ». C'est le contenu de l'article 1^{er}, alinéa 3, de l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte¹⁵⁶⁹. S'il eût peut-être été plus exact de parler de « titre subsidiaire » au lieu de « titre supplétif »¹⁵⁷⁰, cela ne change pas le constat selon lequel il s'agit d'une consécration des solutions précitées. L'article 5 de la même ordonnance contient diverses règles, dont toutes seraient l'expression de cette même vocation subsidiaire des règles de *droit commun de la France*, quelle que soit l'institution concernée : le statut civil de droit local ne peut être appliqué que si toutes les personnes en présence relèvent de ce statut ; à défaut – subsidiairement –, le droit commun territorial prend le relais. Cet article dispose que « dans les rapports juridiques entre personnes dont l'une est de statut civil de droit commun et l'autre de statut civil de droit local, le droit commun s'applique », que « dans les rapports juridiques entre personnes relevant du statut civil de droit local, le droit local s'applique lorsque ces rapports sont relatifs à l'état, à la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux, aux successions et aux libéralités », et enfin que « dans les rapports juridiques entre personnes qui ne sont pas de statut civil de droit commun mais relèvent de statuts personnels différents, le droit commun s'applique sauf si les parties en disposent autrement par une clause expresse contraire »¹⁵⁷¹. C'est donc encore de la subsidiarité du droit commun territorial que traitent ces dispositions : dans les rapports entre deux personnes dont l'une n'est pas de statut civil local et n'est pas rattachée à la fraction de territoire concernée, le *droit commun de la France* s'applique¹⁵⁷².

467. La subsidiarité des règles de droit commun territorial par rapport aux règles spéciales territoriales polynésiennes. Ainsi, encore, l'article 1026 du code de procédure civile de la Polynésie française dispose que « pour les matières non traitées par le présent code, il pourra y être suppléé par les règles du code de procédure civile métropolitain dans sa rédaction en vigueur au 1^{er} mars 2001 »¹⁵⁷³. La vocation subsidiaire des règles de droit commun territorial s'évince de la rédaction de cet article – ces règles *suppléent* à l'absence de règles locales. Sur le fondement de cet article et, plus généralement, du caractère obligatoire de la subsidiarité du droit commun dans la mesure compatible avec la spécialité législative, la jurisprudence fut amenée à appliquer à titre subsidiaire le *droit commun de la France* du procès civil en Polynésie française¹⁵⁷⁴.

¹⁵⁶⁹ Ce texte reprend l'article 52-1, alinéa 2, de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, inséré par l'article 68 de la loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 de programme pour l'outre-mer, et abrogé par l'ordonnance de 2010. Sur ce statut, *adde* É. Ralser, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 733 s. ; S. Blanchy et Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit & société* 2012-1, n° 80, p. 117 s.

¹⁵⁷⁰ V. *supra*, n° 86.

¹⁵⁷¹ La fin de cet article consacre en outre une option au bénéfice des parties ; ici, le caractère subsidiaire du droit commun est assorti, en outre, d'un caractère supplétif.

¹⁵⁷² D'autres articles pourraient être cités et pour lesquels, pour l'institution qu'ils concernent, la subsidiarité du droit commun territorial apparaît implicitement mais nécessairement reconnue. V., par ex., pour le droit commun territorial des personnes, l'article 2492 du code civil (« le livre 1^{er} est applicable à Mayotte sous réserve des dispositions ci-après ») ; pour le droit commun territorial des biens, l'article 2500 du code civil.

¹⁵⁷³ Il a été vu plus haut que, si cet article renvoie au droit commun territorial, son utilité ne peut ici néanmoins être mise en doute, dans la mesure où il intervient dans un contexte de « spécialité législative » : v. *supra*, n° 416.

¹⁵⁷⁴ V. par ex. Civ. 1^{re}, 3 déc. 2009, n° 08-15.162, *NPB* : « il résulte de l'article 458, alinéa 2, du code de procédure civile, applicable, conformément à l'article 1026 du code de procédure civile de Polynésie française, en l'absence de disposition de ce code régissant la nullité des jugements, qu'aucune nullité fondée sur l'irrégularité invoquée par le

468. **La subsidiarité des règles de droit commun territorial par rapport aux règles spéciales territoriales néo-calédoniennes.** Il en est de même dans les rapports entre le droit spécial territorial néo-calédonien et le droit commun territorial. C'est notamment ce qui résulte d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Nouméa le 30 mars 1992 : à cette occasion, les juges du fond décidèrent qu'« à défaut de dispositions spécifiques sur le nom des enfants nés d'une union mixte il convient d'appliquer les dispositions du Code civil »¹⁵⁷⁵. À le lire entre les lignes, ce qui suppose à la fois de qualifier (derrière les seules « dispositions du Code civil » visées en l'espèce, le juge se référerait plus généralement au *droit commun de la France*, applicable à tout le territoire) et de généraliser (au-delà de la seule question du nom des enfants), cet arrêt décide que faute de règle locale appelée à régir une situation, ce sont les règles de *droit commun de la France* qu'il convient d'appliquer. Reconnaissance implicite, mais nécessaire, de la subsidiarité du droit commun territorial. Des commentaires d'un avis rendu le 16 décembre 2005 par la Cour de cassation à propos du statut civil coutumier kanak purent cependant donner l'impression d'en douter¹⁵⁷⁶ ; ce doute semble devoir être relativisé, dans la mesure où il apparaît que cet avis ne se prononce pas sur la question de la subsidiarité du *droit commun de la France*, mais se borne à constater qu'il convient d'appliquer le statut civil coutumier kanak aux personnes qui en relèvent¹⁵⁷⁷.

B. Critique : le caractère insuffisant de la méthode choisie

469. **Un système satisfaisant au fond.** Cette reprise des deux solutions indiquées par l'adage *specialia generalibus derogant*, ménageant une possibilité d'option lorsque le législateur le décide, apparaît opportune au fond. D'abord, il semble satisfaisant d'appliquer prioritairement la règle spéciale territoriale, sous la réserve des options parfois reconnues par le législateur : puisque la règle locale jouit d'un domaine d'application plus restreint que la règle de droit commun territorial, lui refuser la primauté dans le cadre de ce domaine reviendrait de fait à la priver de l'applicabilité à laquelle elle peut légitimement prétendre¹⁵⁷⁸. Ensuite, reconnaître la vocation

moyen ne peut être soulevée si elle n'a pas été invoquée au moment du prononcé du jugement par simples observations dont il est fait mention au registre d'audience ».

¹⁵⁷⁵ CA Nouméa, 30 mars 1992, *Poacoudou*, arrêt n° 41, cité par V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, thèse Paris I, 2009, n° 1135, et les références citées.

¹⁵⁷⁶ V., à cet égard, P. Deumier, « La coutume kanake, le pluralisme des sources et le pluralisme des ordres juridiques », obs. sur Cass. avis, 16 déc. 2005, *RTD civ.* 2006, p. 516 s., qui semble estimer que la Cour de cassation rejette, par cet avis, la solution de la subsidiarité du *droit commun de la France*.

¹⁵⁷⁷ 1) C'était la question qui était posée pour avis à la Cour de cassation, et c'est la question à laquelle elle répond. Cf. la question posée : « en matière d'assistance éducative, lorsque le père, la mère et les enfants sont de statut civil coutumier kanak, doit-il être fait application des dispositions des articles 7 et 19 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 et le juge des enfants doit-il statuer dans la composition coutumière prévue par l'ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 ? ». Et la réponse apportée par la Cour de cassation : « il résulte de l'article 7 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 que les personnes de statut civil coutumier kanak sont régies, pour l'ensemble du droit civil, par leurs coutumes » (Cass. avis, 16 déc. 2005, n° 05-00.026, *Bull. avis*, n° 9).

2) Et, si cet avis laisse peut-être entendre que ce statut civil couvre des questions si nombreuses qu'il rend relativement théorique la question de la subsidiarité du *droit commun de la France* – interprétation maximaliste à recevoir avec prudence –, il reste qu'il ne se prononce pas sur celle-ci. Estimer que la Cour de cassation rejette la subsidiarité du *droit commun de la France* pour toutes les institutions relevant du droit civil revient, nous semble-t-il, à faire dire à cet avis plus qu'il n'en dit – et peut-être plus qu'il ne pouvait en dire, puisque la question posée à la Cour de cassation n'étant pas celle de la subsidiarité du *droit commun de la France*, elle ne pouvait y répondre sans se prononcer *ultra petita*.

¹⁵⁷⁸ V. *supra*, n° 169.

subsidaire du droit commun territorial semble tout aussi satisfaisant, puisque le contraire reviendrait à ne pas exploiter son domaine d'application *ratione loci* indéfini et, partant, à le violer par refus d'application¹⁵⁷⁹.

470. **Un système insatisfaisant en la forme.** Si les solutions retenues par le droit positif pour résoudre les conflits entre droit commun territorial et règles spéciales territoriales d'outre-mer apparaissent satisfaisantes au fond, elles ne le sont pas autant en la forme. Ces solutions reposent sur la subsidiarité du droit commun et majoritairement sur la primauté du droit spécial, mais elles ne s'induisent que de textes et décisions épars, dont le sens, au demeurant, ne s'impose parfois pas à la première lecture. Les solutions retenues n'apparaissent pas assez visibles. Ne conviendrait-il pas de les affirmer de manière plus explicite ?

Section II – L'opportunité d'appliquer plus systématiquement les solutions inspirées de l'adage *specialia generalibus derogant*

471. **Proposition.** Les solutions retenues par le droit positif pour les conflits entre règles spéciales territoriales et règles de droit commun territorial apparaissent perfectibles ; tout en ménageant au législateur la possibilité d'édicter des options quand il le souhaiterait, et en préservant les rapports davantage pensés en termes de hiérarchie (par exemple, règles locales issues de la décentralisation administrative), une application plus franche des solutions inspirées de l'adage *specialia generalibus derogant*¹⁵⁸⁰ semblerait opportune. C'est, par exemple, la solution générale expressément posée par l'article 13.2 du *código civil* espagnol, qui prévoit que, pour les « territoires dans lesquels un droit spécial est toujours en vigueur », dans lesquels le droit spécial territorial prime, « le code civil sera appliqué comme droit subsidiaire »¹⁵⁸¹.

472. **Plan.** Appliquer les solutions inspirées par l'adage *specialia generalibus derogant* dans les rapports entre règles spéciales d'Alsace-Moselle et règles de *droit commun de la France* (§ I) et affirmer les solutions inspirées par ce même adage dans les rapports entre règles spéciales d'outre-mer et règles de *droit commun de la France* (§ II) sont les deux voies proposées¹⁵⁸².

¹⁵⁷⁹ Le droit commun territorial doit être appliqué dans les vides laissés par les règles locales parce que son domaine d'application territorial indéfini l'impose. Pour l'explication technique générale, v. *supra*, n° 88 s.

¹⁵⁸⁰ Comp. H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., par F. Chabas, LGDJ, 2000, n° 136 : les auteurs semblent proposer de reconnaître la primauté de la règle de *droit commun de la France* et, partant d'en faire l'application au détriment de la règle locale en cas de conflit, justifiant leur position par le caractère *commun* des règles. Pourrait en effet être proposé un « principe de primauté » de la règle de *droit commun de la France* (pour l'exposé, V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, thèse Paris I, 2009, n° 638 s.). L'opportunité d'un tel système génère cependant des doutes : il manifeste une grande hostilité aux règles spéciales territoriales, qui ne trouveraient plus à s'appliquer de manière effective. Or, si les règles locales existent, elles doivent avoir vocation à trouver application ; le système reposant sur leur primauté et la subsidiarité du droit commun le leur permet.

¹⁵⁸¹ Trad. libre : « *con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código Civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas, según sus normas especiales* ».

¹⁵⁸² Pour autant, la branche de la solution proposée tenant à la primauté du droit spécial ne s'impose pas en technique (v. *supra*, n° 170) ; elle se donne cependant à voir comme la solution la plus opportune.

§ I – Appliquer les solutions de l'adage : les rapports entre droit commun de la France et règles spéciales territoriales d'Alsace-Moselle

473. **Plan.** Remplacer la méthode de la règle de conflit savignienne par une application des solutions inspirées de l'adage *specialia generalibus derogant* pour régir les rapports entre droit local d'Alsace-Moselle et droit commun territorial apparaîtrait opportun et cohérent. L'exposé de la proposition (A) précédera celui de sa mise en œuvre (B).

A. Exposé de la proposition

474. **Tirer les conséquences du rapport de droit commun à droit spécial : appliquer *specialia generalibus derogant*.** Il a été démontré que les rapports entre droit local alsacien-mosellan et droit français général ne relèvent pas d'un conflit international ou interlocal, mais de l'articulation entre droit commun et droit spécial¹⁵⁸³. Le Conseil constitutionnel l'a même explicitement affirmé à plusieurs reprises depuis 2011¹⁵⁸⁴. Il semblerait donc plus adéquat de régir ces relations par un recours aux solutions classiques tirées du rapport de droit commun à droit spécial et, argument supplémentaire, c'est aussi la solution privilégiée entre règles spéciales territoriales d'outre-mer et règles de droit commun territorial¹⁵⁸⁵. Il semble opportun de la proposer ici¹⁵⁸⁶.

475. **Avantages de l'application proposée de *specialia generalibus derogant* : l'importance d'être constant.** La proposition présente d'abord l'avantage de restaurer une cohérence qui pourrait avoir été perdue de vue par les solutions actuelles. En effet, si le législateur maintient en vigueur le droit local, n'est-ce pas parce qu'il tend à considérer ce droit comme mieux adapté à la fraction de territoire concernée que le droit commun territorial¹⁵⁸⁷ ? Or, par la loi de 1921, le législateur remet ces deux corps de règles sur un même plan, en préférant une méthode neutre de solution des conflits. En d'autres termes, alors que le maintien du droit local est probablement justifié par le dogme de son caractère mieux adapté au territoire que le droit commun, le législateur refuse d'adhérer pleinement à ce dogme – qu'il suit pourtant lorsqu'il maintient le droit local en vigueur ! – en ne favorisant pas la primauté du droit spécial sur le droit commun. Si le choix de la méthode savignienne est probablement animé du même souci de désigner la règle qui dispose des liens les plus étroits avec la situation à régir, l'on peut néanmoins se demander si elle est ici la plus adaptée : s'il est établi que le législateur ne considère pas le droit

¹⁵⁸³ V. *supra*, n° 456 s.

¹⁵⁸⁴ Cons. const. 5 août 2011, n° 2011-157 QPC, consid. n° 4 : « Considérant qu'ainsi, la législation républicaine antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946 a consacré le principe selon lequel, tant qu'elles n'ont pas été remplacées par les dispositions de droit commun ou harmonisées avec elles, des dispositions législatives et réglementaires particulières aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle peuvent demeurer en vigueur ; qu'à défaut de leur abrogation ou de leur harmonisation avec le droit commun, ces dispositions particulières ne peuvent être aménagées que dans la mesure où les différences de traitement qui en résultent ne sont pas accrues et que leur champ d'application n'est pas élargi ». V. aussi Cons. const. 28 sept. 2012, n° 2012-274 QPC, consid. n° 6.

¹⁵⁸⁵ V. juste *supra*.

¹⁵⁸⁶ Les possibilités d'option ouvertes par le titre II de la loi du 24 juillet 1921 pourraient par ailleurs être maintenues.

¹⁵⁸⁷ Même si une telle conception est parfois contredite en fait, c'est néanmoins probablement celle du législateur, sauf à lui prêter des intentions absurdes (v. *supra*, n° 169).

spécial territorial comme nécessairement mieux adapté que le droit commun territorial, comment ne pas songer à remettre en cause l'opportunité de l'existence du premier ? Les solutions retenues par la loi de 1921 pourraient révéler une contradiction méthodologique et priveraient l'existence des règles spéciales alsaciennes-mosellanes d'une partie de leur raison d'être.

476. **Avantages de l'application proposée de *specialia generalibus derogant* : remédier à des incohérences de régime.** Ce point est lié, l'application des solutions proposées présenterait ensuite l'avantage d'offrir un régime de solutions plus satisfaisant. Outre qu'elle permettrait au droit local de primer systématiquement face au droit commun territorial, elle en imposerait, en contrepartie, une interprétation stricte constante, laquelle apparaît techniquement nécessaire¹⁵⁸⁸. La mise en œuvre de cette proposition permettrait ainsi d'aller au bout de la logique impulsée par le système juridique, et ce, d'autant qu'il semble déjà parfois assez proche, en pratique, des solutions commandées par l'adage, même s'il s'en distingue fondamentalement sur la méthode ainsi que sur certaines solutions. Il n'y aurait alors plus qu'un pas à franchir pour remplacer le système de solutions actuel par un système de solutions plus adapté.

477. **La loi déjà proche des solutions commandées par l'adage *specialia generalibus derogant*.** Le système proposé présenterait en effet l'avantage de mettre fin à l'hypocrisie qui résulte de l'application pratique des règles de conflit posées par la loi de 1921 : elle masque souvent des solutions proches de celles qui résulteraient de l'application, plus simple, de l'adage *specialia generalibus derogant*¹⁵⁸⁹. En pratique, l'application du système conflictualiste semble en effet conduire, à peu de chose près et dans la majorité des cas, à retenir le critère du lieu où se trouve la situation à régir pour la détermination du droit applicable¹⁵⁹⁰, le critère personnel étant largement occulté¹⁵⁹¹. Or, ce critère du lieu serait également celui déterminant si les solutions tirées de l'adage étaient appliquées¹⁵⁹². Le système de la règle de conflit génère une complexité inutile, pour des résultats pratiques majoritairement assez proches – mais pas exactement identiques pour autant – de ceux auxquels conduirait l'application de l'adage. Reprenons les exemples des institutions développées plus haut : territorialité dominante en pratique pour les successions ; territorialité absolue pour les sûretés réelles et la prescription acquisitive ; territorialité directe ou indirecte pour la prescription extinctive, selon la conception

¹⁵⁸⁸ V. *supra*, n° 167.

¹⁵⁸⁹ Un commissaire du gouvernement relevait que « l'adage *specialia generalibus derogant* ne paraît pas être une règle reconnue de combinaison » entre règles locales et règles nationales (Galabert, concl. sur CE Sect., 28 oct. 1977, *Jungblut* ; *AJDA* 1978, p. 167 s., spéc. p. 169) ; si l'opinion se confirme dans la lecture de la loi de 1921, il semble en aller différemment dans les détails de son application pratique.

¹⁵⁹⁰ *JCl. Alsace-Moselle*, fasc. 100, « Droit alsacien-mosellan - principes généraux », par J.-M. Woehrling, 2003, n° 90 ; V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, thèse Paris I, 2009, n° 117, p. 127.

¹⁵⁹¹ *JCl. Alsace-Moselle*, fasc. 100, « Droit alsacien-mosellan - principes généraux », par J.-M. Woehrling, 2003, n° 91. Notamment, l'application des règles relatives à l'état et à la capacité des personnes était subordonnée à un critère non pas territorial, mais personnel ; cependant, par un arrêt *Gschwind* de 1962, la Cour de cassation a pratiquement neutralisé ce statut personnel, en décidant, interprétant strictement l'article 1^{er} de la loi du 24 juillet 1921, qu'il ne concernait que les personnes réintégrées dans la nationalité française et leurs descendants au premier degré, soit leurs seuls enfants (Civ. 1^{re}, 9 janv. 1962, *Bull. civ.* I, n° 15) ; les hypothèses d'application de ce statut personnel se raréfient donc à mesure que les bénéficiaires disparaissent et, au décès du dernier bénéficiaire, ce statut tombera en désuétude, faute de sujets de droit concernés. V. aussi, plus nuancée, V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, thèse Paris I, 2009, n° 115 s., spéc. n° 117, même si les exemples que donne l'auteur ne sont plus de droit positif.

¹⁵⁹² Primauté de la règle locale dans son domaine d'application, subsidiarité de la règle de droit commun au-delà.

retenue ; enfin, pour les incapacités, absence de territorialité, mais la question n'a plus qu'un intérêt de droit transitoire. Sous le masque d'un système complexe mettant en œuvre de nombreuses règles de conflit différentes, le critère de la territorialité serait en passe de gouverner aujourd'hui la majorité des solutions des conflits entre une règle locale et une règle de *droit commun de la France*. Si la solution sera souvent proche de celle à laquelle aurait conduit l'application de l'adage *specialia generalibus derogant*, les méthodes pour parvenir à cette solution, en revanche, divergent : celle des règles de conflit contenues dans la loi de 1921 est sensiblement plus complexe. Les résultats étant à peu de chose près similaires, nous avouons notre préférence, pour y parvenir, pour une méthode simple – *specialia generalibus derogant* –, plutôt que pour une méthode complexe – les règles de conflit –, quitte à imposer partout et pour de bon la territorialité absolue. D'ailleurs, le législateur lui-même ne s'est pas privé, pour certaines questions, de préférer les solutions inspirées de l'adage à celles tirées de la méthode conflictualiste¹⁵⁹³.

478. **La jurisprudence déjà proche des solutions commandées par l'adage *specialia generalibus derogant*.** Usant de la marge de manœuvre qui lui est laissée hors de la loi du 24 juillet 1921, la jurisprudence tend également à témoigner de sa faveur pour une application de *specialia generalibus derogant* dans les rapports entre droit général et droit local. D'abord, dans deux arrêts rendus en 1925, la cour d'appel de Colmar avait retenu les motifs suivants, dépourvus d'ambiguïté : « le droit privé français est devenu, en Alsace et en Lorraine, droit commun, tandis que le droit local antérieur ne peut plus désormais être appliqué qu'en vertu d'un texte précis, ce texte demeurant lui-même exceptionnel et de stricte application ; [...] c'est donc au droit français, et non plus au droit local antérieur, que devra s'adresser l'interprète pour combler les lacunes que la pratique pourrait faire apparaître dans les solutions légales »¹⁵⁹⁴. Par ces arrêts, la cour d'appel de Colmar a tiré les conséquences du rapport de droit commun à droit spécial, du moins celles que ne lui interdisait pas de tirer la loi de 1921 : elle énonce que les règles locales, spéciales, ne peuvent être interprétées que strictement, et que dans leur silence, il convient d'appliquer les règles de *droit commun de la France*. La seule conséquence que la cour d'appel ne tire pas est la primauté de la règle spéciale (et pour cause : elle ne peut pas la tirer, puisque la loi de 1921, délaissant cette primauté au profit des règles de conflit précitées, le lui interdit). Ensuite, dans un arrêt rendu le 10 mai 2007, la Cour de cassation a décidé que les règles spéciales territoriales relatives au certificat d'héritier ne font pas obstacle à ce qu'un héritier puisse prouver sa qualité selon les modes de preuve de droit commun territorial tels qu'ils résultent de l'article 730 du code civil¹⁵⁹⁵. Dans cette affaire, la Cour de cassation a, implicitement mais nécessairement, tiré les conséquences du rapport de droit commun à droit spécial : constatant que le droit local était silencieux quant à la question qui lui était soumise, c'est-à-dire qu'il ne contenait aucune règle prohibant le recours aux modes de preuve de la qualité d'héritier institués par le droit commun

¹⁵⁹³ V. par ex. l'article 36-1, alinéa 2, de la loi « civile » du 1^{er} juin 1924 : « Les règles concernant l'organisation, la constitution, la transmission et l'extinction des droits réels immobiliers et autres droits et actes soumis à publicité sont celles de la législation civile française, sous réserve des dispositions du présent chapitre ».

¹⁵⁹⁴ CA Colmar, 12 et 19 déc. 1925, *RJAL* 1928, p. 375 s. (spéc. 1^{re} espèce, p. 379) ; la cour ajoute « que c'est sur le droit français seul, et non plus sur le droit local, que pourront être légitimement fondés les raisonnements par analogie qui étendent la portée de la loi au-delà des limites et de l'hypothèse stricte qu'elle vise ».

¹⁵⁹⁵ Civ. 1^{re}, 10 mai 2007, n° 05-12.140, *Bull. civ.* I, n° 181 ; *D.* 2007, AJ p. 1602 : « aucune disposition du code civil local applicable dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, ne fait obstacle à ce qu'un héritier puisse prouver sa qualité selon les modes de preuve du droit commun de l'article 730 du code civil ».

territorial des successions, la Haute juridiction a fait une application subsidiaire des règles de ce dernier ; elle en déduit que les juges du fond, contrairement à ce qui était avancé par le demandeur au pourvoi, n'ont pas violé l'article 730 du code civil par fausse application, et qu'ils n'ont fait que l'appliquer à titre subsidiaire comme ils le devaient.

479. **La doctrine déjà proche des solutions commandées par l'adage *specialia generalibus derogant*.** Certains auteurs semblent enfin favorables, depuis longtemps, à l'application de solutions davantage adaptées aux rapports de droit commun à droit spécial. Ainsi que l'écrivait déjà Nast, les règles d'Alsace-Moselle « ont un *caractère exceptionnel* ; et, en cas de doute [...], c'est en faveur de la loi française [générale] que le juge devra se prononcer »¹⁵⁹⁶. Pour d'autres et dans le même sens, « la législation locale doit être considérée comme une législation d'exception soumise à une interprétation restrictive »¹⁵⁹⁷. Il reste à apporter des précisions sur les modalités d'application des solutions proposées.

B. Mise en œuvre de la proposition

480. **Solutions proposées.** Les éléments précédemment évoqués marquent certes un pas vers la reconnaissance des solutions inspirées de l'adage *specialia generalibus derogant*. Cependant, pour aller plus loin, il faudrait une intervention du législateur lui-même : les dispositions de la loi du 24 juillet 1921 font actuellement obstacle à l'application pleine et entière des solutions inspirées par l'adage. Pour débloquer la situation, il suffirait donc au législateur d'abroger la loi précitée. Cette abrogation pourrait en outre s'accompagner de l'édition d'une nouvelle règle de conflit, qui apparaîtrait ici utile ne serait-ce que parce que la primauté du droit spécial n'est pas juridiquement obligatoire et que, si la subsidiarité du droit commun l'est, il n'est peut-être pas inutile de le rappeler au regard du désordre des solutions actuelles. Cette nouvelle règle pourrait disposer, d'une part, qu'entre une règle locale et une règle du droit français général (ou droit commun territorial), la première, en raison de son caractère territorialement spécial, reçoit application prioritaire et, d'autre part, que les règles du droit français général (ou droit commun territorial) s'appliquent subsidiairement, pour compléter les règles locales. Les solutions proposées pour remplacer le système actuel tiendraient donc en ces deux étapes – tout en ménageant éventuellement la possibilité d'options lorsque le législateur l'estimerait opportun¹⁵⁹⁸. Une telle évolution apparaît techniquement possible¹⁵⁹⁹.

¹⁵⁹⁶ M. Nast, « L'introduction des lois civiles et commerciales françaises en Alsace et Lorraine », *Clunet* 1925, p. 62 s., spéc. p. 72.

¹⁵⁹⁷ J. Régula, *Le droit applicable en Alsace et en Lorraine*, mise à jour 1958, p. 22, cité par Galabert, concl. sur CE Sect., 28 oct. 1977, *Jurblut* ; *AJDA* 1978, p. 167 s., spéc. p. 169.

¹⁵⁹⁸ V. aussi *supra*, n° 175.

¹⁵⁹⁹ En effet, « une seule volonté souveraine coordonne la diversité législative qu'elle a instituée » (M. Eliesco, *Essai sur les conflits de lois dans l'espace sans conflit de souveraineté*, Picart, 1925, spéc. n° 97, p. 128-129) : le législateur a donc tout loisir pour imposer le système de solutions le plus opportun. Rappr. P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, 2013, n° 296, qui relève que « la forme unitaire permet alors l'édition d'une règle de conflit centralisée » (mais qui cite cependant en exemple la loi du 24 juillet 1921).

481. **Illustration.** Un exemple de la méthode et des solutions auxquelles conduirait le système proposé : soit une personne qui a contracté une assurance-vie au bénéfice d'un tiers auprès d'un assureur à Metz ; quel est le délai de prescription applicable aux actions que peut intenter le bénéficiaire contre l'assureur ? Tout dépend du point de savoir quel texte est applicable. S'agit-il de l'article L. 114-1, alinéa 3, du même code, texte de droit commun territorial, qui fixe une durée de dix ans ? S'agit-il au contraire de l'article L. 192-1 du code des assurances, spécial aux départements d'Alsace-Moselle, et qui porte la durée du délai à cinq ans ? Avec le système proposé, tiré de *specialia generalibus derogant*, la solution serait très simple (au contraire, en application des règles de conflit prévues dans la loi de 1921, la détermination de la solution apparaît complexe et incertaine, et dépend notamment du point de savoir si l'on considère que la prescription extinctive touche le droit substantiel ou le droit d'action en justice¹⁶⁰⁰) : les règles territorialement spéciales priment dans le cadre de leur domaine d'application *ratione loci*, et les règles de *droit commun de la France* s'appliquent subsidiairement, dans les vides laissés par les premières. Ainsi, d'une part, puisque la situation se développe sur le territoire de l'un des trois départements d'Alsace-Moselle, la règle qui l'emporterait en cas de conflit serait la règle locale, territorialement spéciale : l'article L. 192-1 du code des assurances serait reconnu applicable, entraînant l'application du délai de cinq ans. Et, d'autre part, dans la mesure où cette règle locale ne prévoit pas tout, et notamment parce qu'elle ne prévoit qu'un délai, le droit commun territorial s'appliquerait subsidiairement pour les autres éléments de la prescription – ce qu'il a déjà vocation à faire en l'état du droit positif. Par exemple, l'article L. 192-1 du code des assurances ne prévoit aucun point de départ ; ce sont donc les règles de droit commun territorial qui s'appliquent, exprimées sur ce point à l'article L. 114-1 du même code : le délai courra à partir « de l'événement qui [...] donne naissance » à l'action en justice¹⁶⁰¹.

482. **Première difficulté apparente : domaine d'application territorial et domaine d'application matériel et personnel.** Même acquis que, dans le cadre des solutions proposées, la règle spéciale doit primer, un point reste à préciser : comment déterminer quelle règle est spéciale par rapport à l'autre et, partant, doit primer ? Dans la majorité des cas, aucune difficulté ne se présente. Cependant, *quid* dans l'hypothèse où la règle locale, spéciale par son domaine d'application territorial, a par ailleurs un domaine d'application matériel et personnel plus vaste que la règle du droit français général ? Faut-il tout de même reconnaître primauté à la règle locale ? Faut-il, au contraire, déclarer applicable la règle du droit général, pourtant de droit commun territorial ? Aucune solution *a priori* à cette difficulté ne semble exister¹⁶⁰². Il n'y a, pour autant, aucune impasse : la solution consisterait à faire primer la règle dont le domaine *territorial* est spécial, quand bien même elle aurait un domaine matériel plus vaste que la règle de droit général. Pourquoi ? Parce que le critère du domaine territorial est *techniquement premier*¹⁶⁰³. C'est

¹⁶⁰⁰ V. *supra*, n° 453.

¹⁶⁰¹ Si le droit commun territorial s'applique ici, c'est en revanche un texte de *droit spécial matériel* de la prescription (*adde*, sur l'intérêt pratique de la distinction entre droit commun territorial et droit commun matériel, qui ne renvoient pas aux mêmes règles, *supra*, n° 238 s.).

¹⁶⁰² Rapp. des réflexions contenues, pour le droit international public, dans « La fragmentation du droit international », rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, dir. M. Koskeniemi, ONU, 2006, n° 58 : les auteurs du rapport évoquent des « difficultés » d'application de l'adage *specialia generalibus derogant* « lorsqu'il existe un lien entre un régime général limité *ratione loci* et un traité universel relatif à un objet spécifique ».

¹⁶⁰³ V. *supra*, n° 231 s.

celui-ci qui est à la source, aux fondements, du droit local alsacien-mosellan : « le critère principal d'application du droit local est le critère territorial »¹⁶⁰⁴. L'application des solutions suggérées s'entendrait donc ici d'une primauté absolue de la territorialité : si la situation est principalement rattachée au territoire des départements d'Alsace-Moselle, le droit local prime le droit français général, celui s'appliquant subsidiairement, pour les questions non traitées par les règles locales ; si, en revanche, la situation est rattachée à une autre partie du territoire, le droit français général a seule vocation à s'appliquer. La règle qui primerait serait celle dont le domaine d'application territorial est le plus restreint, *peu important par ailleurs son domaine d'application matériel et personnel*.

483. Seconde difficulté apparente : comment déterminer si la situation est rattachée au territoire alsacien-mosellan ou non ? Une seconde difficulté pourrait être soulevée et résolue dans le même sens que la première. Le problème se déplace en effet : comment déterminer si la situation à régir est « *principalement rattachée* » au territoire des trois départements ou non ? La question apparaît de prime abord complexe. Une réponse pourrait pourtant tenir, semble-t-il, dans une consigne générale, toujours la même, et dans l'application de cette consigne générale pour chaque situation concrète. La consigne consisterait à jouer pleinement le jeu du droit local et de la territorialité absolue, et à appliquer celui-ci avec faveur¹⁶⁰⁵. Notamment, pour favoriser une solution simple et respectueuse de la territorialité du droit local, en dernière analyse, il resterait toujours la possibilité d'appliquer la *lex fori*, loi du juge saisi¹⁶⁰⁶ ; et si cela fait courir le risque de favoriser un certain *forum* et *law shopping*, ce risque doit logiquement être accepté : n'est-ce pas, en quelque sorte, un effet pervers nécessaire de l'existence de règles spéciales territoriales ? En outre, il pourrait revêtir un effet bénéfique : si le *forum* et *law shopping* est en faveur du droit commun, l'on pourra se demander si le maintien du droit local s'impose ; en revanche, s'il est en faveur du droit local, l'on pourra réfléchir à modifier le droit commun dans le sens des solutions de droit local, puis à abroger ce droit local¹⁶⁰⁷ – quel meilleur laboratoire d'expérimentation¹⁶⁰⁸ ?

484. L'absence de difficulté. En conclusion, il apparaît donc tout à fait possible et souhaitable de résoudre les conflits susceptibles de se présenter entre règles spéciales territoriales

¹⁶⁰⁴ JCl. *Alsace-Moselle*, fasc. 100, « Droit alsacien-mosellan - principes généraux », par J.-M. Woehrling, 2003, n° 90 ; V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, thèse Paris I, 2009, n° 117, p. 127 ; J.-L. Vallens, « À qui s'applique le droit local ? », RDL janv. 1998, p. 28 s. (cité par V. Parisot, *op. et loc. cit.*).

¹⁶⁰⁵ L'attitude inverse pourrait traduire, on l'a vu, une défiance à l'égard des règles spéciales territoriales, défiance peu compatible avec leur existence (v. juste *supra*).

¹⁶⁰⁶ Rappr. P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 10^e éd., Montchrestien, 2010, n° 74 : « le territorialisme [...] répond au souci d'appliquer fréquemment la loi du for ».

¹⁶⁰⁷ Dans le même sens, v. F. Lotz, *Du maintien ou de l'abrogation du droit local alsacien-lorrain dans le domaine de la famille (incapacités, successions, régimes matrimoniaux)*, thèse Strasbourg, 1968, p. 349, qui considère que, eu égard aux avantages que présente le certificat d'héritier du droit spécial alsacien-mosellan par rapport aux modes de preuve de la qualité d'héritier relevant du droit commun de la France (notamment des garanties d'exactitude supérieures), « l'extension du certificat d'héritier à l'ensemble de la France [...] paraît souhaitable », de même que l'abrogation corrélative de la règle spéciale qui devrait s'ensuivre. Rappr., de manière plus générale, F. Lotz, *Droit civil alsacien-lorrain*, Litec, 1977, n° 23 : « Faut-il toujours maintenir la législation particulière ? [...] Il est possible de juger s'il faut l'abroger ou, au contraire, s'il faut l'étendre ». V. aussi *supra*, n° 422.

¹⁶⁰⁸ 1) Il a d'ailleurs déjà été utilisé comme tel à diverses reprises par le législateur : v. not. J.-H. Heck, « L'impact du droit local sur le droit général », in *La situation du droit local alsacien-mosellan*, LGDJ, 1986, p. 205 s.

2) Et si, enfin, il n'y a aucun *forum shopping*, peut-être le droit spécial n'est-il pas si utile ; alors, sa suppression ne pourrait-elle être envisagée sans bouleversement majeur ?

alsaciennes-mosellanes et règles de droit commun territorial par l'application des solutions impliquées par l'adage *specialia generalibus derogant*. Une fois connus les domaines d'application respectifs des règles en présence, la situation ne poserait pas davantage de difficulté que celle qui oppose le droit commun matériel et le droit spécial matériel, régie par ces principes¹⁶⁰⁹. Pour les rapports entre droit spécial territorial d'outre-mer et *droit commun de la France*, le même constat peut être fait, mais il ne s'agit alors que de rendre plus visibles les solutions déjà consacrées.

§ II – Affirmer les solutions de l'adage : les rapports entre droit commun de la France et règles spéciales territoriales d'outre-mer

485. **De textes épars et implicites vers un texte général et explicite : faire remonter un principe général par induction.** La proposition est ici beaucoup plus aisée à mettre en œuvre : elle ne change pas le fond des solutions applicables en droit positif, mais simplement leur présentation, leur visibilité. Il a été constaté que de nombreuses règles, éparses, montrent que les solutions indiquées par l'adage *specialia generalibus derogant* – primauté de la règle spéciale territoriale et subsidiarité de la règle de droit commun territorial – ont le plus souvent cours dans les rapports entre règles spéciales territoriales d'outre-mer et règles de droit commun territorial, mais que cette solution manque de lisibilité immédiate¹⁶¹⁰. Ne conviendrait-il pas d'édicter une règle établissant clairement ces solutions, tout en ménageant les possibilités d'option que reconnaît parfois le droit positif ? Dans cette optique, l'on pourrait faire remonter par induction – à partir des textes épars que connaît déjà le droit positif – un principe général qui consacrerait ces solutions¹⁶¹¹.

486. **Mise en œuvre de la proposition.** Pourrait par exemple être envisagée la consécration d'une règle dans la Constitution, insérée dans le titre relatif aux collectivités territoriales, et qui disposerait que les conflits susceptibles de se présenter entre une règle locale et une règle de droit français général sont résolus en faveur de l'application prioritaire de la première, spéciale, en rappelant que la seconde s'applique subsidiairement parce qu'elle est de droit commun territorial¹⁶¹². Il serait encore possible, *a minima*, d'édicter une telle règle dans chaque texte organisant la collectivité d'outre-mer concernée (par exemple, dans la loi n° 99-209 du 19 mars 1999 pour la Nouvelle-Calédonie, dans l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 pour Mayotte – qui peut cependant déjà apparaître comme le texte le mieux rédigé –, etc.) dans une loi organique, ou même dans le code civil – puisqu'il contient désormais nombre de règles spéciales territoriales –, sur le modèle de l'article 13.2 du *código civil* espagnol¹⁶¹³. Dans tous les cas, rien n'empêcherait de ménager la possibilité d'une option entre droit commun territorial et droit

¹⁶⁰⁹ V. partic. P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 10^e éd., Montchrestien, 2010, n° 90, p. 70 *in fine*. Sur les rapports entre droit commun matériel et droit spécial matériel, v. *infra*, n° 782 s.

¹⁶¹⁰ V. *supra*, n° 470. Rapp., stigmatisant le caractère peu lisible du droit d'outre-mer, A. Fitte-Duval, « Droit d'outre-mer : les aléas d'une refondation pluraliste », in *Mélanges J.-C. Douence*, Dalloz, 2006, p. 197 s.

¹⁶¹¹ Rapp. J.-B. Auby, « Réflexions sur la territorialisation du droit », in *Mélanges J.-C. Douence*, Dalloz, 2006, p. 1 s., spéc. p. 14-15, qui entreprend une synthèse pour les rapports entre règles d'outre-mer et *droit commun de la France*.

¹⁶¹² Cet article pourrait être situé près de l'actuel article 75 de la Constitution (et par exemple être numéroté 75-2).

¹⁶¹³ Qui énonce, à la fois, la primauté des règles spéciales territoriales et la subsidiarité du droit commun territorial.

spécial territorial au lieu de la primauté automatique du second, dans des circonstances déterminées par le législateur¹⁶¹⁴.

487. **Conclusion de chapitre.** À la question de savoir comment sont régis les rapports entre règles spéciales territoriales et règles de droit commun territorial, le droit positif n'apporte pas de réponse univoque et satisfaisante. D'une part, dans les rapports entre règles spéciales territoriales d'Alsace-Moselle et règles de *droit commun de la France*, la méthode des règles de conflit de type Savigny s'applique largement : c'est ce qui résulte d'une loi du 24 juillet 1921. L'opportunité de la méthode choisie peut laisser sceptique : puisque les rapports entre règles locales alsaciennes-mosellanes et règles de *droit commun de la France* relèvent des relations entre droit commun et droit spécial, il apparaîtrait plus opportun de les régir par les solutions impliquées par l'adage *specialia generalibus derogant* – primauté des règles spéciales dans le cadre de leur domaine d'application *ratione loci* interprété strictement, subsidiarité corrélative des règles de *droit commun de la France* dans les vides laissés par le droit local – tout en ménageant des facultés d'option dans des cas déterminés par le législateur. D'autre part, dans les rapports entre règles spéciales territoriales d'outre-mer et *droit commun de la France* – lorsque ce dernier est applicable –, ce sont au contraire ces solutions tirées de l'adage *specialia generalibus derogant* qui s'appliquent, hors quelques hypothèses d'options : au fond, la méthode choisie est satisfaisante ; en la forme cependant, le droit positif pourrait affirmer plus clairement ces solutions.

488. **Conclusion de sous-titre.** Les conflits liés à la coexistence du droit commun territorial et de règles spéciales territoriales, regrettables¹⁶¹⁵, sont néanmoins inévitables et le droit positif doit leur apporter une solution. Quelle que soit l'institution concernée, ces conflits pourraient être systématiquement résolus par l'application des solutions résumées dans l'adage *specialia generalibus derogant* – primauté des règles spéciales territoriales interprétées strictement d'une part, subsidiarité des règles de droit commun territorial d'autre part –, tout en ménageant au législateur la possibilité d'octroyer des options. Ce n'est pourtant pas la solution systématiquement retenue en droit positif : les solutions s'y révèlent chaotiques. Une mise en ordre dans le sens exposé serait dès lors opportune.

489. **Conclusion de titre.** Le droit commun territorial coexiste avec des règles spéciales, qui ne sont pas un phénomène marginal. Elles touchent nombre d'institutions et concernent notamment – mais pas seulement – l'Alsace-Moselle et l'outre-mer (Nouvelle-Calédonie, Polynésie française, Mayotte, etc.) et peuvent être dérogoires ou non dérogoires au droit commun territorial. Leur justification en opportunité n'est pas toujours limpide ; la question du maintien de celles des règles locales pour lesquelles n'existe aucune justification appropriée

¹⁶¹⁴ Comme tel est le cas aujourd'hui à l'article 1^{er}, alinéa 4, de l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte, qui ouvre une option entre droit commun territorial et droit local, et qui dispose que « les personnes relevant du statut civil de droit local peuvent soumettre au droit civil commun tout rapport juridique relevant du statut civil de droit local ».

¹⁶¹⁵ Puisqu'ils « se présentent à l'intérieur d'un même pays, qui en vertu de sa souveraineté aurait pu les empêcher de naître » et, partant, « sont un mal vraiment inutile et sans profit » (J.-P. Niboyet, *Conflits entre les lois françaises et les lois locales d'Alsace et Lorraine en droit privé*, Sirey, 1922, n° 1, p. 4).

doit se poser. Quant aux rapports entre règles de droit commun territorial et règles locales, ils sont résolus de manière complexe et désordonnée. Les rapports entre règles spéciales territoriales d'Alsace-Moselle et règles de *droit commun de la France* sont majoritairement régis, aux termes d'une loi du 24 juillet 1921, par des règles de conflit inspirées de la méthode retenue en droit international privé, tandis que les rapports entre règles territoriales d'outre-mer et règles de *droit commun de la France* sont généralement résolus par l'application des solutions indiquées par l'adage *specialia generalibus derogant*, avec quelques possibilités d'options dans les deux cas. Il faut bien convenir, avec Nast, que « tout ceci est bien compliqué, bien imparfait, et l'on aurait voulu poser de véritables rébus juridiques qu'on n'aurait pas mieux agi »¹⁶¹⁶. Une mise en ordre apparaît possible, à travers la proposition d'appliquer systématiquement, et d'affirmer clairement, les deux solutions complémentaires inspirées de l'adage *specialia generalibus derogant* : primauté de la règle spéciale territoriale, subsidiarité de la règle de droit commun territorial, tout en ménageant au législateur la possibilité d'octroyer des options ponctuelles. Opportune, une telle mise en ordre apparaît en outre techniquement possible¹⁶¹⁷ ; les pouvoirs publics disposent donc des moyens de prendre en main ces conflits et de choisir la méthode la mieux adaptée pour les régir.

¹⁶¹⁶ M. Nast, « L'introduction des lois civiles et commerciales françaises en Alsace et Lorraine », *Clunet* 1925, p. 62 s., spéc. p. 70-71 (à propos du droit local alsacien-mosellan).

¹⁶¹⁷ Il existe, pour régir les rapports entre droit spécial territorial et droit commun territorial, « une source normative initiale unique, [...] une seule source de souveraineté s'exerçant sur la totalité du territoire » (A. Roux, « Normes nationales et normes locales dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RRJ* 1992, p. 73 s., spéc. p. 75 ; *adde*, du même auteur, « Normes nationales et normes locales - Dernières évolutions », in *Mélanges J.-C. Escarras*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 375 s.)

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

490. Le droit commun territorial – parfois nommé *droit commun de la France* – renvoie, pour une institution donnée, aux règles juridiques dont le domaine d'application *ratione loci* est indéfini. En dépit de ce qui est généralement considéré en doctrine, un certain nombre d'utilisations de la notion par le droit positif continue de se référer à cette première application. Le droit commun territorial révèle en outre, pour les institutions étudiées, des *tendances convergentes*.

Sous l'impulsion d'éminents jurisconsultes et sous l'action du roi de France, il a été édifié à partir des derniers siècles de l'Ancien Régime et consolidé après la Révolution française, notamment grâce au rôle systématique des codifications et à l'action unificatrice des juridictions de cassation. Le droit commun territorial semble aujourd'hui mieux assis que jamais et le droit positif continue de l'utiliser à un certain nombre de reprises. Résultat d'une lutte de plusieurs siècles contre le morcellement géographique du droit français, il apparaît comme un acquis précieux.

Quelle que soit l'institution étudiée, le droit commun territorial doit coexister avec un certain nombre de règles spéciales territoriales. Si celles-ci, qui proliféraient dans l'ancien droit, ont largement disparu après la Révolution française, elles n'ont pourtant eu de cesse de se développer à nouveau depuis deux siècles. Quant aux rapports du droit commun territorial avec les règles spéciales territoriales, une impression de chaos se dégage de l'étude des solutions actuellement retenues en droit positif. C'est la raison pour laquelle l'on a pu plaider, pour régir ces rapports, pour une application plus systématique des solutions impliquées par l'adage *specialia generalibus derogant* (primauté de la règle spéciale territoriale interprétée strictement, subsidiarité de la règle de droit commun territorial – sur le modèle par exemple de ce que prévoit expressément l'article 13.2 du *código civil* espagnol, dans un système mieux rompu à régir les rapports entre ces deux corps de règles que ne l'est le droit français), en ménageant aux intéressés une faculté d'option dans certains cas, comme le proposent déjà certaines règles de droit positif, et en réservant les cas dans lesquels ces rapports sont traités en termes hiérarchiques.

Telle est la première application du concept de droit commun, à laquelle renvoient certaines de ses utilisations par le droit positif, pourtant relativement délaissées par la doctrine. Il s'agit désormais d'étudier la seconde application du concept, plus fréquente, mieux connue : le droit commun matériel.

DEUXIEME PARTIE – LE DROIT COMMUN MATERIEL

491. **Rappel de la définition.** Pour une institution donnée, le droit commun matériel est constitué des règles dont le domaine d'application *ratione materiae* et *personae* est indéfini, concernant potentiellement toute personne et toute activité. Il est lié à la *situation matérielle* recouverte par les règles juridiques¹⁶¹⁸.

492. **Démarche : droit contemporain.** C'est la deuxième application du concept de droit commun. Techniquement *seconde* par rapport au droit commun territorial¹⁶¹⁹, elle est pourtant, de loin, la mieux connue et la plus fréquemment utilisée en droit positif¹⁶²⁰. L'étude du droit commun matériel a peu de sens dans l'ancien droit¹⁶²¹ : c'est à compter de la période post-révolutionnaire qu'il connaît son essor¹⁶²². Pour ces raisons, c'est du seul point de vue du droit contemporain que son étude sera menée.

493. **Plan : des tendances contraires.** La question de l'existence du droit commun matériel (Titre I) et celle de son effectivité (Titre II) seront successivement développées ; elles révèlent, en fonction des institutions étudiées, des *tendances contraires*¹⁶²³.

¹⁶¹⁸ V. *supra*, n° 213 s.

¹⁶¹⁹ V. *supra*, n° 231 s.

¹⁶²⁰ C'est, ici encore, à partir du droit français que sera envisagée cette application. L'étude du droit commun matériel pourrait probablement être prolongée du point de vue de nombreux autres systèmes juridiques (v. par ex., pour l'Espagne, M. Pasquau Liaño, *Código civil y ordenamiento jurídico*, Grenade, Comares, 1994 ; pour le Québec, M. Juneau, *La notion de droit commun en droit civil québécois*, Université Laval, Québec, 2009 ; pour la Rome antique [et quoique le concept de système juridique au sens moderne y fût certainement anachronique], A. Guzmán Brito, « *Sobre la historia de las nociones de derecho común y derecho propio* », préf. à B. Bravo Lira, *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1989, p. XI s., spéc. I, p. XI-XII).

¹⁶²¹ Quelques règles de droit commun matériel, pour des institutions éparses, existent sous l'Ancien Régime, mais elles sont à l'image des interventions du roi : rares, peu développées et concernant un petit nombre d'institutions (donations, substitutions fidéicommissaires, commerce de terre, droit maritime, procédure civile, etc.). Sur ces interventions, à la source de règles de droit commun territorial, v. *supra*, n° 308 s.

¹⁶²² Cette période en aurait en effet consacré « le règne » (D. Deroussin, *Histoire du droit privé (XVI^e-XXI^e siècle)*, Ellipses, 2010, n° 35 s., p. 28 s., spéc. n° 51 s., p. 39 s. – l'auteur réserve tout de même certaines catégories particulières). C'est en effet à compter de cette période que le droit commun territorial revêt un caractère systématique (v. *supra*, n° 317 s.) ; or, l'existence de celui-ci conditionne le développement du droit commun matériel.

¹⁶²³ L'expression est empruntée à B. Oppetit, *Droit et modernité*, PUF, 1998, première partie.

TITRE I – LES TENDANCES CONTRAIRES DANS L'EXISTENCE

494. **L'abandon du droit commun matériel ?** L'existence même du droit commun matériel pourrait sembler mise à mal. C'est en ce sens, notamment, que Ripert pouvait évoquer « l'abandon du droit commun »¹⁶²⁴. Il conviendra de prendre la mesure de cette affirmation et, pour une part, de la tempérer.

495. **Plan.** Les tendances contraires tiennent ici dans ce que selon les institutions juridiques, le droit commun matériel varie dans son degré d'achèvement et de perfection (Sous-titre I) ; pour les points sur lesquels le droit commun matériel fait défaut, des hypothèses de carence peuvent se présenter (Sous-titre II).

¹⁶²⁴ G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1955, n° 217 s.

SOUS-TITRE I – LES VARIATIONS DANS L’ETAT DU DROIT COMMUN MATERIEL

496. **Plan.** Les institutions juridiques qui disposent d’un droit commun matériel satisfaisant contrastent avec celles qui pâtissent d’un droit commun matériel incomplet ou inexistant (Chapitre I). Des propositions doctrinales se développent là où ce dernier fait défaut (Chapitre II).

Chapitre I – Le degré d'achèvement variable

497. **Plan.** La consistance du droit commun matériel varie en fonction des institutions juridiques, entre celles qui bénéficient d'un droit commun matériel développé (Section I), et d'autres qui pâtissent de l'inexistence ou, à tout le moins, de l'insuffisance, de leur droit commun matériel (Section II).

Section I – L'hypothèse du droit commun existant

498. **Plan.** Pour nombre d'institutions juridiques, le droit commun matériel est solidement ancré. Il peut néanmoins varier dans la manière dont il est formulé (§ I). Dans tous les cas, des moyens de maintenir son caractère commun au stade de l'interprétation existent (§ II).

§ I – La variation dans la formulation du droit commun matériel

499. **Plan.** L'étude du droit commun matériel qui régit (A) précédera celle du droit commun matériel qui se contente de diriger, d'organiser (B)¹⁶²⁵.

A. Le droit commun qui régit

500. **Technique et plan.** Certaines règles de droit commun matériel, les plus classiques, fonctionnent de manière autosuffisante et n'ont besoin d'aucun complément – leur contenu se suffit à lui-même. Elles se retrouvent pour un grand nombre d'institutions juridiques. Les exemples des successions (1), des libéralités (2)¹⁶²⁶, du cautionnement (3), du gage (4) et de la prescription extinctive (5) peuvent être mentionnés¹⁶²⁷.

¹⁶²⁵ Certains auteurs voient dans cette distinction celle des « règles » d'une part, et des « principes » d'autre part (v. par ex. L. Cadet, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Mélanges J. Normand*, Litec, 2003, p. 71 s., spéc. n° 11, et les références citées) ; cette terminologie ne sera, toutefois, pas retenue ici, dans la mesure où les principes apparaissent, eux aussi, comme des règles de droit. Rapp. É. Vergès, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, thèse Aix-Marseille III, 2000, n° 51, qui oppose les principes directeurs aux « règles techniques » ; la terminologie ne sera pas davantage retenue ici, dans la mesure où les principes directeurs sont, eux aussi, des règles qui reposent sur une certaine technique.

¹⁶²⁶ Peu de règles, en revanche, sont applicables à la fois aux successions et aux libéralités. Il en existe néanmoins quelques-unes. Par exemple, les articles 799 et suivants du code général des impôts contiennent, selon l'intitulé même de la subdivision qui les regroupe, des « dispositions communes aux successions et aux donations ».

¹⁶²⁷ Ces exemples ne revêtent aucun caractère exhaustif. D'une part, bien d'autres institutions que celles étudiées ici disposent d'un droit commun matériel qui se contente de régir de manière classique (par ex. : le contrat, la prescription acquisitive, le mariage, la société, la société commerciale, la société anonyme, etc. – pour les régimes matrimoniaux not., v. R. Cabrillac, *Droit des régimes matrimoniaux*, 8^e éd., LGDJ, 2013, première partie, « Le droit commun des régimes matrimoniaux » : régime primaire et détermination du régime matrimonial ; pour les régimes de responsabilité civile, M. Poumarède, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, n° 309 s.). D'autre part, pour les institutions étudiées, seuls quelques exemples de règles de droit commun matériel seront donnés.

1. Les successions

501. **Droit commun matériel des successions.** Pour les successions, le droit commun matériel concerne aussi bien la dévolution que le partage. De nombreuses règles contenues aux articles 720 et suivants du code civil composent le droit commun matériel de la dévolution successorale. Tel est par exemple le cas de la règle posée par l'article 720, selon laquelle la succession s'ouvre par la mort, au dernier domicile du défunt, ou de la règle posée par l'article suivant, qui organise le balancement entre la succession légale *ab intestat* et les libéralités. Tel est encore le cas des règles relatives à la désignation des successeurs *ab intestat* – ordres, degrés, branches, représentation –¹⁶²⁸, qui figurent aux articles 731 et suivants, ainsi que des règles de l'option successorale, contenues aux articles 768 et suivants. Quant aux règles de droit commun matériel du partage, selon le titre même de la sous-section qui les contient, il existe de nombreuses « dispositions communes » à toutes les opérations, prévues aux articles 816 et suivants du code civil. Ces dispositions concernent les demandes en partage, les parts et les lots¹⁶²⁹.

2. Les libéralités

502. **Droit commun matériel des libéralités.** Le droit commun matériel des libéralités trouve en particulier son siège dans nombre des règles contenues aux articles 893 et suivants du code civil¹⁶³⁰. En relèvent par exemple la règle contenue à l'article 896, aux termes duquel « la disposition par laquelle une personne est chargée de conserver et de rendre à un tiers ne produit d'effet que dans le cas où elle est autorisée par la loi », ou la règle prévue par l'article 900, en vertu de laquelle « dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites ». L'on peut encore citer la première phrase de l'article 901 du code civil, aux termes de laquelle « pour faire une libéralité, il faut être sain d'esprit », ou encore l'article 902, qui dispose que « toutes personnes peuvent disposer et recevoir soit par donation entre vifs, soit par testament ». Ces articles, qui ne visent aucune catégorie particulière de personnes ou d'activités,

¹⁶²⁸ Au regard de l'architecture du code civil toutefois, on pourrait soutenir qu'il n'existe pas un système de droit commun matériel, mais deux systèmes de désignation des héritiers *ab intestat*, à égal degré de généralité, concurrents : la dévolution sans conjoint survivant d'une part (articles 734 et suivants du code civil), la dévolution en présence d'un conjoint survivant d'autre part (articles 756 et suivants du même code). Cependant, en plus d'être d'un intérêt théorique limité (car il est de l'essence même des règles relatives aux héritiers *ab intestat* de désigner des personnes, celles appelées à succéder), la remarque est de faible portée pratique, dans la mesure où les deux régimes épuiserait la totalité des possibles (soit il y a un conjoint survivant, soit il n'y en a pas ; le choix est binaire, et il n'existerait pas de situation intermédiaire possible).

¹⁶²⁹ Néanmoins, le titre de la subdivision (« dispositions communes »), ne doit pas amener à conclure que toutes les règles qu'elle contient sont de droit commun matériel des successions : en sont notamment exclues les attributions préférentielles qui, concernant des personnes et biens déterminés, sont matériellement spéciales (v. *infra*, n° 711).

¹⁶³⁰ Pour une étude détaillée, v. not. F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions - Les libéralités*, 4^e éd., Dalloz, 2013, n° 251 s., « Règles communes aux libéralités ».

mais les embrassent toutes dans une formule à la généralité absolue, édictent des règles de droit commun matériel des libéralités¹⁶³¹.

3. Le cautionnement

503. **Droit commun matériel du cautionnement.** De nombreuses règles de droit commun matériel du cautionnement sont contenues aux articles 2288 et suivants du code civil¹⁶³² : ils édictent, pour la plupart, des règles générales applicables à tous les cautionnements, sans aucune distinction *ratione materiae* (par exemple, cautionnement commercial, cautionnement solidaire, etc.) ou *ratione personae* (par exemple, cautionnement souscrit par un profane, par une personne physique¹⁶³³, etc.). Par exemple : l'article 2288 du code civil dispose que l'engagement de la caution est de satisfaire à une obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même ; l'article 2289, alinéa 1^{er}, ne permet l'existence d'un cautionnement que sur une obligation valable ; l'article 2290 dispose en substance que le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, mais peut être contracté pour une partie de sa dette seulement ; l'article 2292 prévoit que le cautionnement ne se présume point et doit être exprès. De la même manière, l'article 2314 du code civil a vocation à s'appliquer à « toutes les cautions »¹⁶³⁴, ce que reconnaît la jurisprudence¹⁶³⁵ : il n'est ici fait aucune distinction entre celles-ci. Toutes ces règles relèvent du droit commun matériel du cautionnement.

4. Le gage

504. **Droit commun matériel du gage : « Du droit commun du gage ».** Le « droit commun du gage » est le titre et l'objet de la section 1 du chapitre II (« Du gage de meubles corporels ») du sous-titre II (« Des sûretés sur les meubles ») du titre II (« Des sûretés réelles ») du livre IV du code civil, qui contient les articles 2333 et suivants. Et de fait, cette section regroupe un certain nombre de règles au domaine d'application *ratione materiae* et *personae* absolument général, qui concernent tous les gages, et qui relèvent, par conséquent, du droit commun matériel de l'institution. C'est ainsi – la liste n'est pas exhaustive – que l'article 2335 dispose que le gage de la chose d'autrui est nul, que l'article 2337 est relatif à l'opposabilité du gage aux tiers, ou encore que les articles 2346 et suivants établissent les règles de réalisation du gage (vente judiciaire du bien, attribution judiciaire, pacte comissoire)¹⁶³⁶. En consacrant

¹⁶³¹ Au-delà, de nombreuses règles concernent, plus spécifiquement, le droit commun matériel de la donation, ou le droit commun matériel du testament – il s'agit de droit spécial matériel des libéralités, mais de droit commun matériel pour ces institutions. Ce phénomène est une illustration de la relativité du droit commun : v. *supra*, n° 179 s.

¹⁶³² Ce qui ne revient pas, une fois encore, à consacrer une assimilation entre droit commun et code civil : les règles relèvent du droit commun matériel du cautionnement non pas parce qu'elles figurent dans le code civil (la preuve : l'article 2393, alinéa 2 relève, au contraire, du droit spécial matériel), mais parce que leur domaine d'application *ratione materiae* et *personae* est indéfini. V. *supra*, n° 104 s.

¹⁶³³ C'est la raison pour laquelle l'article 2393, alinéa 2, du code civil, relatif au seul cautionnement contracté par une personne physique, ne peut être considéré comme relevant du droit commun matériel du cautionnement.

¹⁶³⁴ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés - La publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 261 ; M. Cabrillac et al., *Droit des sûretés*, 9^e éd., Litec, 2010, n° 303 ; Rép. *civ.* Dalloz, V° « Cautionnement », par G. Piette, 2009, n° 235.

¹⁶³⁵ V. déjà, par ex., Civ. 14 juin 1841, *DP* 1841, 1, p. 282-283.

¹⁶³⁶ *Adde* C. Khun, « Le droit commun du gage », *LPA* 27 mars 2008, p. 37 s.

expressément cette section, le législateur de 2006 a mené une réflexion manifeste sur le droit commun matériel du gage. Cette démarche mérite d'être mise en avant, dans la mesure où il est plus fréquent que le législateur établisse des règles de droit commun sans ressentir la nécessité de l'exprimer dans un titre – il se contente de les poser¹⁶³⁷.

505. **Trompe-l'œil : absence de caractère de droit commun de certaines règles contenues dans la section « du droit commun du gage ».** Pourtant, en dépit de ce qu'annonce le titre de la section, certaines règles qui y sont contenues sont matériellement spéciales. Il en est ainsi, par exemple, des articles 2341 et 2342, qui concernent non pas tous les biens corporels, mais les seules choses fongibles. Illustration de ce que le titre de section ne fait pas tout : ce n'est pas parce que ces règles sont situées dans une subdivision relative au « droit commun » du gage qu'elles en relèvent véritablement : n'en font partie que les règles dont le domaine d'application *ratione materiae* et *personae* est indéfini¹⁶³⁸. C'est la formulation effective du texte qui compte.

5. La prescription extinctive

506. **Un droit commun matériel classique sous réserve d'un oubli.** Telle qu'elle résulte de la réforme opérée par la loi du 17 juin 2008, la prescription extinctive jouit d'un droit commun relativement bien établi par les textes – sous réserve de la question, qui sera envisagée plus bas, de l'absence de durée et de point de départ de droit commun¹⁶³⁹.

507. **Illustrations.** En relève notamment l'article 2221 du code civil, qui dispose que « la prescription extinctive est soumise à la loi régissant le droit qu'elle affecte » : son domaine d'application *ratione materiae* et *personae* vise toutes les prescriptions extinctives et toutes les personnes¹⁶⁴⁰. L'article 2222 du même code, qui régleme les conflits de lois dans le temps en matière de délai de prescription, en relève également¹⁶⁴¹, comme toutes les règles de computation

¹⁶³⁷ C'est, par exemple, le cas pour le cautionnement, où aucun titre de section n'indique qu'il s'agit de règles de droit commun matériel : le législateur se contente de poser les règles, sans les qualifier de règles de droit commun.

¹⁶³⁸ Pour la délimitation du champ d'application d'un texte, c'est avant toute chose la rédaction de ce texte qui importe. Rapp. N. Dejean de la Bâtie, note sous Civ. 1^{re}, 20 juill. 1976, *JCP G* 1978, II, 18793, spéc. I-A, qui fait l'« observation élémentaire » selon laquelle « la place d'un texte dans le code ne saurait suffire à en déterminer le champ d'application ». Cette idée sera développée plus loin, à travers l'étude d'un autre exemple : celui de l'inexistence, pour la prescription extinctive, d'un délai et d'un point de départ de droit commun matériel, en dépit de ce qu'annonce un titre de section (v. *infra*, n° 566 s.). Ici non plus, dire n'est pas faire. V. J. L. Austin, *Quand dire, c'est faire*, trad. G. Lane, Seuil, 1970, rééd. 2002.

¹⁶³⁹ V. *infra*, n° 566 s.

¹⁶⁴⁰ Aux termes de cette règle, la loi applicable à un droit s'applique aussi à la prescription ; cette solution ne semble pas revenir à poser que la loi qui régit la prescription est automatiquement celle d'un *droit substantiel* (comp. not. P. Courbe et F. Jault-Seseke, *D.* 2009, p. 1557 s., spéc. p. 1561 ; F. Terré, « Observations », in *La réforme de la prescription en matière civile*, dir. Ph. Casson et Ph. Pierre, Dalloz, 2010, p. 107 s., spéc. p. 108). En posant que la prescription extinctive est soumise à la loi qui régit le droit qu'elle affecte – la loi ne distingue pas –, l'article 2221 du code civil laisserait ouverte la possibilité que ce droit soit un *droit substantiel* ou un *droit processuel*.

¹⁶⁴¹ L'article 2222 ne concerne cependant que le droit transitoire de la *durée* ; pour les autres éléments composant la prescription, il garde le silence. V. G. Eveillard, « Les règles de droit transitoire en matière de prescription civile », in *La réforme de la prescription civile*, dir. Ph. Casson et Ph. Pierre, Dalloz, 2010, p. 51 s., spéc. p. 54.

posées aux articles 2228 à 2231 du code civil¹⁶⁴². La règle posée à l'article 2232, alinéa 1^{er}, du même code, aux termes duquel « le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit », relève également du droit commun matériel, puisque le domaine *ratione materiae* et *personae* de ce « délai butoir » est indéfini et concerne donc toute prescription extinctive¹⁶⁴³. Quelques causes d'interruption, de suspension ou de report du point de départ, en font également partie¹⁶⁴⁴ : il en est notamment ainsi de la règle posée à l'article 2234 du code civil, aux termes duquel « la prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure », ou de celle résultant de l'article 2241, selon lequel la demande en justice interrompt la prescription.

B. Le droit commun qui dirige

508. **Exposé de la technique.** D'autres règles de droit commun matériel, moins fréquentes, se présentent sous la forme de principes directeurs, c'est-à-dire de consignes, de directives, de « principes d'organisation »¹⁶⁴⁵. Les règles de droit commun matériel qui prennent cette forme guident l'application d'autres règles. Elles « annoncent une suite »¹⁶⁴⁶, s'inscrivent dans la complémentarité avec d'autres règles, spéciales¹⁶⁴⁷ ou communes¹⁶⁴⁸, et donnent de la hauteur à l'institution, en insufflent l'esprit¹⁶⁴⁹.

509. **Développement de la technique.** Ce mode d'organisation ne semblait pas recueillir toutes les faveurs au XIX^e siècle – en témoignent le rejet des principes directeurs

¹⁶⁴² Toute prescription « se compte par jours, et non par heures », elle « est acquise lorsque le dernier jour du terme est accompli », ou encore, la suspension arrête provisoirement le cours de la prescription, contrairement à l'interruption, qui efface la durée déjà courue.

¹⁶⁴³ M. Mignot, « Le délai butoir », *Gaz. Pal.* 26 févr. 2009, p. 2 s., spéc. n° 11. Rapp. A.-M. Leroyer, *RTD cin.* 2008, p. 563 s., spéc. p. 569.

¹⁶⁴⁴ Mais non point toutes : de nombreuses causes sont limitées spécifiquement à une situation particulière ou à des personnes précisément déterminées (v. par ex. l'article 2235 du code civil, qui ne concerne que les prescriptions qui courent contre les mineurs non émancipés ou les majeurs en tutelle, ou l'article 2240 du même code qui, faisant textuellement référence au « débiteur », ne concerne que la prescription extinctive de l'obligation).

¹⁶⁴⁵ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., Litec, 2011, n° 515 (principes directeurs du procès civil). V. aussi G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2013, V° « Directeurs du procès (principes) », qui mentionne le « rayonnement que leur donn[e] [...] leur généralité d'application ».

¹⁶⁴⁶ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, 31^e éd., Dalloz, 2012, n° 363 (principes directeurs du procès civil).

¹⁶⁴⁷ Tel est, par exemple, le cas du principe de proportionnalité pour les mesures judiciaires de protection des majeurs (v. *infra*, n° 521).

¹⁶⁴⁸ Tel est le cas du principe d'unité de la succession (v. *infra*, n° 527 s.).

¹⁶⁴⁹ C'est peut-être la raison pour laquelle certains auteurs ont considéré que les principes directeurs du droit des contrats, qui furent proposés dans un avant-projet de réforme établi par la chancellerie (articles 15 à 18 de l'avant-projet de juillet 2008), pouvaient être accueillis, au moins dans leur principe, avec un *a priori* favorable (v. cep., défavorables, A. Ghazi et Y. Lequette, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *D.* 2008, p. 2609 s., spéc. n° 5 s.) ; la question qui se pose est ensuite celle du contenu de ces principes directeurs. *Adde* et comp. avec les « dispositions préliminaires » de l'avant-projet du 23 oct. 2013. V. aussi les propositions de principes directeurs du droit des sûretés dans l'avant-projet Grimaldi (*infra*, n° 589 s.).

proposés par Portalis en ouverture des projets de code civil¹⁶⁵⁰, ou encore les réticences du Tribunal à l'égard des principes généraux de la procédure civile¹⁶⁵¹. En droit contemporain, le recours à la technique se développe, en particulier pour des institutions qui ont fait l'objet de réformes durant les dernières décennies. Les principes directeurs semblent toutefois devoir être édictés avec mesure : d'abord, une abondance de ceux-ci prive la technique de raison d'être – « quand tout devient directeur, on finit par se perdre »¹⁶⁵². Ensuite, le principe directeur confère par nature¹⁶⁵³ une plus grande marge à l'interprétation¹⁶⁵⁴. Pour ces raisons, les pouvoirs publics pourraient réserver la technique aux cas dans lesquels une institution nécessite véritablement de grandes règles directrices – qu'elle connaisse une profusion de règles spéciales matérielles ou que son droit commun matériel manque de cohérence ou de lisibilité¹⁶⁵⁵.

510. **Plan.** Quelques utilisations peuvent en être recensées¹⁶⁵⁶, notamment pour les mesures de protection des majeurs (1), le procès civil (2) et l'unité de la succession (3)¹⁶⁵⁷.

¹⁶⁵⁰ Sur lesquels v. J.-L. Souriaux, « Les principes directeurs du Code civil selon Portalis », reprod. in *Par-delà le droit, au-delà du droit*, Litec, 2011, p. 487 s.

¹⁶⁵¹ V. les observations de la section de législation du Tribunal du 7 prairial an XIII (27 mai 1805), in J.-G. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 21, Treuttel et Würtz, 1830, p. 355 : « la section ajouta qu'elle "ne pensait pas que le Code dût être précédé d'une exposition préalable de principes généraux" ».

¹⁶⁵² J. Héron et T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 4^e éd., Montchrestien, 2010, n° 244 (à propos de la nécessité de maintenir un nombre réduit de principes directeurs du procès civil).

¹⁶⁵³ En raison d'une formulation nécessairement plus vague. La notion de principe directeur, néanmoins, ne se confond pas avec celle de standard juridique.

1) Le standard ne serait pas, comme le principe directeur, une règle de droit donnant une orientation pour le fonctionnement d'une institution, mais un simple mot, instrument technique de flexibilité à la destination du juge (v. partic. P. Morvan, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 1999, n° 65 s. : « le standard n'est pas une règle de droit mais une *technique* juridique » [n° 65] ; « il ne présente aucun des caractères d'une règle de droit autonome », mais « s'inscrit toujours dans une norme plus large qui l'englobe et l'emploie en qualité de *technique instrumentale* », si bien qu'« à ce titre, il figure éventuellement dans un principe de droit » [n° 66] ; par exemple [n° 67], la bonne foi n'est pas un principe [elle n'est pas, en elle-même, une règle de droit], comme cela est souvent affirmé, mais un simple standard [elle n'est qu'une notion à contenu indéterminé, qu'utilisent parfois les règles de droit]).

2) En outre, les principes directeurs ne contiennent pas nécessairement de standards (v. not., pour le procès civil, G. Cornu, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes [fragments d'un état des questions] », in *Mélanges P. Bellet*, Litec, 1991, p. 83 s., spéc. p. 93-94 : seuls se réfèrent à des standards les principes qui permettent au juge d'apprécier ce qui est « nécessaire », « suffisant », ou encore « légitime »).

¹⁶⁵⁴ Les règles souples de droit commun doivent ainsi être limitées au strict nécessaire. Exemple fictif : *quid* si le législateur avait posé sans autre précision qu'un droit est prescrit dans un *délai raisonnable* ? C'était, peu ou prou, l'ancienne rédaction de l'article 1648 du code civil, relatif à la garantie des vices cachés dans la vente, et qui donna lieu à de nombreuses incertitudes et fluctuations jurisprudentielles. Rapp. H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, Litec, 2002, n° 405-406, p. 143-144 : « la rigidité [de la règle de droit] est obtenue par divers procédés : [...] l'imposition de délais chiffrés, dont l'accomplissement produira fatalement l'effet conservatoire ou extinctif recherché (prescription) [...]. En suivant cette méthode, le législateur garantit la sécurité : le particulier est sûr d'obtenir le résultat recherché s'il a respecté [...] le délai ».

¹⁶⁵⁵ Cette technique semble avant tout s'être développée face à la prise de conscience du caractère nécessaire, pour certaines institutions, de l'existence de règles spéciales matérielles – cf., par ex., le besoin différencié de protection des majeurs en fonction des situations individuelles, qui se traduit par différents régimes spéciaux de protection, ou la nécessité de différents tribunaux aux compétences *ratione materiae* et *personae* distinctes –

¹⁶⁵⁶ De même, existent quelques tentatives inabouties : parfois, la réforme n'a pas abouti (principes directeurs du droit des contrats, qui figuraient dans l'avant-projet de réforme établi par la chancellerie en juillet 2008) ; à d'autres reprises, la réforme a abouti mais n'a pas consacré les principes généraux (principes directeurs du droit des sûretés, proposés par la commission Grimaldi mais non retenus dans l'ordonnance du 23 mars 2006).

¹⁶⁵⁷ Seules certaines règles qui composent le droit commun matériel des institutions envisagées prennent la forme de principes directeurs ; à côté de ceux-ci existent des règles classiques (par exemple, pour les mesures de protection judiciaire des majeurs, l'article 427 du code civil, relatif aux comptes ; pour le procès civil, *adde* Y. Desdevises, « Le général et le spécial en procédure civile », in *Mélanges J. Héron*, LGDJ, 2009, p. 213 s.).

1. Les mesures de protection des majeurs

511. **Les « dispositions communes aux majeurs protégés ».** Le législateur du 5 mars 2007 a fait preuve d'abstraction en édictant, dans le code civil, un certain nombre de règles de droit commun de la protection des majeurs énoncées sous la forme de principes directeurs de l'institution tout entière¹⁶⁵⁸. Si la terminologie varie – « principes »¹⁶⁵⁹, « principes directeurs »¹⁶⁶⁰, « principes généraux »¹⁶⁶¹, « principes fondamentaux »¹⁶⁶², ou « dispositions communes » dans la loi –, leur domaine d'application indéfini en fait des règles de droit commun matériel à part entière.

512. **Une nouveauté.** L'énoncé de ces règles constitue une véritable différence entre la loi du 5 mars 2007 et la loi du 3 janvier 1968¹⁶⁶³. Si cette dernière avait déjà inséré un chapitre « dispositions générales » relatives à la majorité et aux majeurs protégés, contenant les articles 488 et suivants anciens du code civil, ces dispositions générales se révélaient en réalité assez peu nombreuses et, surtout, pour la moitié d'entre elles, ne concernaient pas le fonctionnement en commun de tous les régimes de protection mais, au contraire, la situation d'une personne non protégée¹⁶⁶⁴ : elles n'étaient donc pas constitutives de règles de droit commun des mesures de *protection*. Les dispositions communes à tous les régimes de protection se limitaient, pour l'essentiel, à des règles énonçant certaines conditions d'ouverture de la mesure¹⁶⁶⁵, et prévoyant l'indépendance du traitement médical et de la protection¹⁶⁶⁶, la protection du logement et des meubles meublants de la personne protégée¹⁶⁶⁷, ainsi qu'un droit de visite ouvert au ministère public et au juge des tutelles¹⁶⁶⁸. Par ces quelques règles, la loi de 1968 instituait bien, selon l'expression du doyen Carbonnier, « une sorte de droit commun des régimes de protection »¹⁶⁶⁹, mais celui-ci avait peu à voir avec la technique des principes directeurs. La loi « s'était refusée à énoncer les principes généraux qui l'avaient dominée et inspirée »¹⁶⁷⁰. La situation est différente depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2007.

¹⁶⁵⁸ Outre les références citées *infra*, v. spéc. Y. Ould-Aklouche, « Réflexions sur le droit commun de la protection des majeurs », *RRJ* 2012, p. 1767 s.

¹⁶⁵⁹ F. Terré et D. Fenouillet, *Les personnes (personnalité - incapacité - protection)*, 8^e éd., Dalloz, 2012, n° 605 s.

¹⁶⁶⁰ M. Rebourg, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », *Dr. fam.* mai 2007, étude 16 ; T. Fossier, « La réforme de la protection des majeurs - Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007 », *JCP G* 2007, I, 118, spéc. n° 8 s ; R. Mésa, « Les principes de nécessité et de subsidiarité en matière de protection des majeurs », *RLDC* juill.-août 2012, art. 4742, p. 37 s., spéc. p. 37.

¹⁶⁶¹ R. Mésa, « Les principes de nécessité et de subsidiarité en matière de protection des majeurs », *RLDC* juill.-août 2012, art. 4742, p. 37 s., spéc. p. 37.

¹⁶⁶² Ph. Malaurie, « Examen critique du projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs », *Defrénois* 2007, art. 38510, p. 13 s., spéc. p. 18.

¹⁶⁶³ Rapp. R. Mésa, « Les principes de nécessité et de subsidiarité en matière de protection des majeurs », *RLDC* juill.-août 2012, art. 4742, p. 37 s., spéc. p. 37, qui constate que ces principes n'avaient pas été consacrés en 1968.

¹⁶⁶⁴ V. les articles 489 à 489-2 anciens du code civil.

¹⁶⁶⁵ C'était l'article 490 du code civil.

¹⁶⁶⁶ C'était l'article 490-1 du code civil.

¹⁶⁶⁷ C'était l'article 490-2 du code civil.

¹⁶⁶⁸ C'était l'article 490-3 du code civil.

¹⁶⁶⁹ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, PUF, « Quadriges », 2004, n° 334, p. 652. Pour une étude détaillée des règles qui en relevaient, v. *Rép. civ.* Dalloz, V^o « Incapables majeurs », par Ph. Dubois et É. Paillet, 1994, spéc. n° 73 s., « Droit commun des régimes de protection ».

¹⁶⁷⁰ Ph. Malaurie, « Examen critique du projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs », *Defrénois* 2007, art. 38510, p. 13 s., spéc. p. 19.

513. **Un progrès.** L'énoncé de ces principes directeurs constitue en outre, on peut le penser, un progrès. D'un même mouvement, la loi de 2007 développe le droit commun matériel de l'institution et en énonce ses principes majeurs. L'on pourra ainsi ne pas être d'accord avec les auteurs qui estiment que ces principes de droit commun matériel des mesures de protection « n'apportent rien de nouveau à ce qui était déjà connu »¹⁶⁷¹, et qui les jugent constitutifs de « professions de foi [...] inutiles [...] parce que connues de longue date »¹⁶⁷² : leur édicition à partir de règles antérieurement éparses est un progrès vers la clarté et la lisibilité. Qui reprochera au législateur d'avoir généralisé ce qui pouvait l'être ? Ce qui, selon certains, serait allé sans dire, va certainement encore mieux en le disant : ces principes généraux, qui étaient sous-jacents, n'avaient jamais été exprimés en législation auparavant. Leur apparition dans le code civil constitue un mieux¹⁶⁷³. Le contenu de ces principes directeurs a été abondamment commenté¹⁶⁷⁴ ; la technique même peut également être considérée.

514. **Fonction.** Ces principes, « lignes directrices de la protection juridique des majeurs vulnérables »¹⁶⁷⁵, établissent des consignes générales qui orientent l'application de chaque mesure de protection. Ils apportent une logique d'ensemble aux mesures, tout en laissant la possibilité dans chaque régime de mettre en œuvre les grandes directives posées à chaque situation particulière. En cela, la technique serait le signe d'une arrivée à maturité du droit des majeurs protégés, d'une réflexion d'ensemble, surplombante, menée par le législateur sur l'institution¹⁶⁷⁶. Le recours aux principes directeurs apparaît ainsi, dans son principe même, opportun et raisonné.

515. **Mise en œuvre : trois strates et manque de clarté.** La mise en œuvre de la technique est, en revanche, plus complexe¹⁶⁷⁷. Leur organisation révèle trois niveaux de principes qui se superposent, ce qui ne contribue pas à la lisibilité de l'édifice. Les articles 415 et suivants prévoient ainsi des « dispositions communes aux majeurs protégés », les articles 425 et suivants prévoient des « dispositions générales » aux mesures de protection juridique des majeurs, et les articles 428 et suivants prévoient des « dispositions communes aux mesures judiciaires ». Ces

¹⁶⁷¹ *Ibid.*

¹⁶⁷² *Ibid.*, spéc. p. 22-23. Ou encore : ces « grands principes » sont « le contraire de l'humilité et du pragmatisme » (Ph. Malaurie, « La réforme de la protection juridique des majeurs », *Defrénois* 2007, art. 38569, p. 557 s., spéc. p. 561).

¹⁶⁷³ Rappr. J. Hauser, « Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ? », *RLDC* juin 2011, art. 4288, p. 69 s., spéc. p. 71, pour lequel « ne protéger que quand c'est nécessaire, et par des mesures judiciaires uniquement à titre subsidiaire, peut apparaître comme une vérité d'évidence qui pourtant n'avait jamais été dite ».

¹⁶⁷⁴ Pour un exposé détaillé, v. not. F. Terré et D. Fenouillet, *Les personnes (personnalité - incapacité - protection)*, 8^e éd., Dalloz, 2012, n° 605 s. V. aussi par ex. M. Rebourg, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », *Dr. fam.* mai 2007, étude 16 ; S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », *Defrénois* 2009, art. 38884, p. 185 s. ; R. Méssa, « Les principes de nécessité et de subsidiarité en matière de protection des majeurs », *RLDC* juill.-août 2012, art. 4742, p. 37 s. ; A.-M. Leroyer, *RTD civ.* 2007, p. 394 s., spéc. p. 398-399.

¹⁶⁷⁵ M. Rebourg, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », *Dr. fam.* mai 2007, étude 16, spéc. n° 24.

¹⁶⁷⁶ V. J. Hauser, « Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ? », *RLDC* juin 2011, art. 4288, p. 69 s., spéc. p. 70 : « alors que les périodes d'évolution rapide sont riches de solutions particulières, les moments de respiration impliquent que la pensée juridique fasse le point en cherchant à réunir les acquis dans une construction logique ».

¹⁶⁷⁷ Rappr. A.-M. Leroyer, commentaire de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *RTD civ.* 2007, p. 394 s., spéc. p. 395, qui dénonce les défauts de forme de la loi.

distinctions apparaissent peu claires *a priori*¹⁶⁷⁸ : coexistent des dispositions de degrés de généralité différents, dont l'articulation ne s'impose pas d'elle-même. Leur logique tient compte du fait que la loi de 2007 repose sur une distinction entre protection « juridique » et protection « sociale »¹⁶⁷⁹ et sur une sous-distinction, au sein des mesures « juridiques », entre les mesures judiciaires et celles qui ne le sont pas : ainsi, le premier niveau de principes concerne toutes les mesures de protection, le deuxième concerne les seules mesures dites « juridiques » – sauvegarde de justice, curatelle, tutelle, mandat de protection future –, et le troisième concerne les seules mesures « juridiques judiciaires » – sauvegarde de justice, curatelle, tutelle. Ces strates trahissent peut-être une réflexion imparfaite : tant de complexité était-elle nécessaire ? La méthode retenue, quelque peu laborieuse, fait penser à la technique des poupées russes : les règles s'emboîtent en gigogne, parfois difficilement. Quoi qu'il en soit, pour les mesures classiques de tutelle, de curatelle et de sauvegarde de justice – qui sont, pour reprendre la classification du code, des mesures juridiques judiciaires –, toutes les strates sont constitutives de règles de droit commun matériel. Ces principes regroupés par strates peuvent être succinctement présentés.

516. **Règles communes à toutes les mesures de protection des majeurs.** Les « dispositions communes aux majeurs protégés », selon le titre de la section qui regroupe les articles 415 à 424 du code civil, contiennent certains principes directeurs communs aux mesures dites « juridiques », c'est-à-dire celles prises lorsque la personne souffre d'une altération de ses facultés mentales ou corporelles – sauvegarde de justice, curatelle, tutelle, mandat de protection future –, et à celles dites « sociales », c'est-à-dire celles ouvertes lorsque la personne ne gère pas ses prestations sociales de manière satisfaisante et qu'elle compromet sa santé ou sa sécurité – accompagnement social personnalisé, accompagnement judiciaire¹⁶⁸⁰. Les principes consacrés rappellent notamment l'objet et la finalité des mesures de protection, la mission de surveillance du juge des tutelles et du procureur de la République, ainsi que celle de la personne chargée de la protection. Par exemple, l'article 415 du code civil dispose que « les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire selon les modalités prévues au présent titre » ; il précise que la protection a lieu « dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne, qu'« elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée », qu'« elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci », et qu'« elle est un devoir des familles et de la collectivité publique ». Ces principes orientent le fonctionnement des mesures. Certaines règles spécifiques à chaque mesure particulière peuvent se lire à la lumière de ces principes, dont la finalité directrice ressurgit : notamment, l'article 426, relatif à la protection du logement et des meubles meublants de la

¹⁶⁷⁸ La doctrine ne dissimule pas toujours son malaise : v. not. S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », *Deffrénois* 2009, art. 38884, p. 185 s., spéc. p. 185-186, qui conclut qu'il existe « plusieurs catégories de dispositions générales et de dispositions communes » aux majeurs protégés.

¹⁶⁷⁹ V. not. *JCl. Civil code*, art. 415 à 432, fasc. 10, « Majeurs protégés - Dispositions communes à toutes les protections - Principes directeurs, conditions de forme et de fond », par A. Bateur, 2009, n^{os} 13 et 23 s. La terminologie elle-même apparaît critiquable : les mesures ne sont-elles pas toutes, fondamentalement, juridiques ?

¹⁶⁸⁰ La doctrine insiste sur le caractère commun à toutes les mesures de ces règles : v. par ex. M. Rebourg, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », *Dr. fam.* mai 2007, étude 16, spéc. n^o 19 (pour l'article 415) ; v. aussi n^o 1.

personne touchée par une mesure de protection « juridique », constitue une application du principe selon lequel la protection « a pour finalité l'intérêt » de cette personne.

517. **Règles communes aux seules mesures « juridiques ».** Les règles contenues aux articles 425 à 427 du code civil sont communes aux mesures qualifiées de « juridiques »¹⁶⁸¹, qu'elles soient judiciaires (sauvegarde de justice, curatelle, tutelle) ou conventionnelles (mandat de protection future)¹⁶⁸². Elles contiennent aussi certains principes directeurs. En particulier, l'article 425, alinéa 2, du code civil, relatif à l'objet des mesures de protection, prévoit que « s'il n'en est disposé autrement, la mesure est destinée à la protection tant de la personne que des intérêts patrimoniaux de celle-ci », mais qu'« elle peut toutefois être limitée expressément à l'une de ces deux missions »¹⁶⁸³. Cette règle directrice¹⁶⁸⁴ trouve par exemple un prolongement implicite dans les dispositions de l'article 428, alinéa 2, du code civil, qui établit, pour les mesures judiciaires, que la mesure doit être « proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé » : elle aura pour objet la personne et le patrimoine, ou l'un des deux seulement.

518. **Règles communes aux seules mesures « juridiques » judiciaires : trois principes directeurs.** Ces règles sont communes aux seules mesures juridiques dites de protection judiciaire, c'est-à-dire sauvegarde de justice, curatelle et tutelle¹⁶⁸⁵. Certaines sont le siège de principes directeurs : nécessité, subsidiarité, proportionnalité des mesures de protection.

519. **Principe de nécessité.** L'article 428, alinéa 1^{er}, du code civil, dispose que « la mesure de protection ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité »¹⁶⁸⁶. Toute mesure de protection d'un majeur doit ainsi être *nécessaire* : le principe retentit sur les trois mesures judiciaires, tutelle, curatelle et sauvegarde de justice. Il est, par exemple, appliqué par une règle de même degré de généralité, contenue à l'article 431 du code civil, qui dispose que la demande

¹⁶⁸¹ Ce qui peut apparaître maladroit. La remarque a déjà été faite : toutes les mesures de protection sont juridiques, qu'il s'agisse des mesures expressément qualifiées comme telles par le législateur ou des mesures dites « sociales ».

¹⁶⁸² En ce sens, v. partic. J. Hauser, « Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ? », *RLDC* juin 2011, art. 4288, p. 69 s., spéc. p. 73.

¹⁶⁸³ 1) La jurisprudence avait déjà dégagé ce principe avant qu'il ne soit consacré dans le code civil. V. Civ. 1^{re}, 18 avr. 1989, n° 87-14.563, *Bull. civ.* I, n° 156 ; *JCP G* 1990, II, 21467, note T. Fossier ; *Defrénois* 1989, art. 34574, p. 993 s., n° 90, obs. J. Massip : « les régimes civils d'incapacité [...] ont pour objet, d'une façon générale, de pourvoir à la protection de la personne et des biens de l'incapable ».

2) D'autres règles sont organisées sous la forme d'un droit commun matériel classique, « autosuffisant » : v. not. celles contenues aux articles 426 et 427 du code civil, relatives, respectivement, au logement et aux meubles meublants, ainsi qu'aux comptes bancaires de la personne protégée. À ces règles s'ajoutent des mesures prévues par le code de la santé publique, telle celle prévue par l'article L. 1231-2, qui interdit le prélèvement d'organe sur une personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection – ce qui semble devoir s'entendre des mesures de protection « juridique » (règle par ailleurs commune à toutes les personnes protégées, mineurs comme majeurs).

¹⁶⁸⁴ Qui constitue déjà elle-même une application du principe directeur contenu à l'article 416 du code civil : c'est la méthode gigogne choisie par le législateur de 2007.

¹⁶⁸⁵ C'est cette troisième et dernière strate de principes qui a le plus retenu l'attention de la doctrine. V. not. R. Méza, « Les principes de nécessité et de subsidiarité en matière de protection des majeurs », *RLDC* juill.-août 2012, art. 4742, p. 37 s. ; M. Rebouarg, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », *Dr. fam.* mai 2007, étude 16 ; Ph. Malaurie, « La réforme de la protection juridique des majeurs », *Defrénois* 2007, art. 38569, p. 557 s.

¹⁶⁸⁶ V. par ex. Ph. Malaurie, *Les personnes - La protection des mineurs et des majeurs*, 6^e éd., Defrénois, 2012, n° 683.

d'ouverture d'une mesure de protection est accompagnée, à peine d'irrecevabilité, d'un certificat médical circonstancié constatant l'altération des facultés.

520. **Principe de subsidiarité.** Un autre principe directeur de droit commun matériel des mesures judiciaires figure au même article 428, alinéa 1^{er}, du code civil¹⁶⁸⁷. Celui-ci ajoute en effet que la mesure de protection ne peut être instituée que « lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, en particulier celles prévues aux articles 217, 219, 1426 et 1429, par une autre mesure de protection judiciaire moins contraignante ou par le mandat de protection future conclu par l'intéressé ». Cet article pose un principe dit de « subsidiarité » des mesures de protection, qui retentit sur chacune des trois mesures judiciaires ; toutes trois, sans le reprendre expressément, en sont inspirées, et il guide toute mesure ouverte par le juge.

521. **Principe de proportionnalité.** L'article 428, alinéa 2, du code civil prévoit que « la mesure est proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé ». La mesure doit être adaptée au mal dont souffre la personne à protéger, « en stricte adéquation avec l'état et les besoins du majeur »¹⁶⁸⁸. C'est le principe de proportionnalité. Certaines règles applicables à une mesure en particulier peuvent être lues à la lumière de ce principe directeur, par exemple celle contenue à l'article 441 du code civil, qui prévoit que le juge « fixe la durée de la mesure » de curatelle ou de tutelle « sans que celle-ci puisse excéder cinq ans »¹⁶⁸⁹. Les principes directeurs sont ainsi une technique à laquelle recourt abondamment le droit commun matériel des mesures de protection des majeurs.

2. Le procès civil

522. **Les principes directeurs du procès.** Un droit commun matériel composé de principes directeurs existe également pour le procès « civil » – procès judiciaire non répressif¹⁶⁹⁰. Les principes directeurs des procès administratif¹⁶⁹¹ et pénal – ou judiciaire répressif –¹⁶⁹²

¹⁶⁸⁷ En ce sens, v. M. Rebourg, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », *Dr. fam.* mai 2007, étude 16, n° 15.

¹⁶⁸⁸ M. Rebourg, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », *Dr. fam.* mai 2007, étude 16, n° 18.

¹⁶⁸⁹ Sur ces règles d'application des principes directeurs, v. *infra*, n° 697 s.

¹⁶⁹⁰ Les juridictions de l'ordre administratif ne sont pas soumises aux principes directeurs édictés par le code de procédure civile, pas plus que les juridictions répressives, puisqu'il résulte de l'article 749 dudit code que les dispositions du livre I^{er} (dont les principes directeurs font partie) « s'appliquent devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale, rurale ou prud'homale », mais, *a contrario*, pas au-delà (v. aussi G. Cornu, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes [fragments d'un état des questions] », in *Mélanges P. Bellet*, Litec, 1991, p. 83 s., spéc. p. 85). Les règles du titre préliminaire du code de justice administrative et l'article préliminaire du code de procédure pénale ont néanmoins un rôle comparable à celui des principes directeurs du procès civil, respectivement pour le procès administratif et pour le procès pénal (v. *Dictionnaire de la justice*, dir. L. Cadiet, V^o « Principes directeurs du procès », par J. Normand, PUF, 2004, spéc. p. 1039 ; L. Cadiet, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Mélanges J. Normand*, Litec, 2003, p. 71 s.).

¹⁶⁹¹ Principes directeurs du procès administratif : le titre préliminaire du code de justice administrative y range notamment le principe de la collégialité des formations de jugement (article L. 3), celui de l'absence d'effet suspensif

mériteraient aussi mention. Seul le code de procédure civile utilise expressément cette formule de « principes directeurs » : il s'agit de la démarche la plus aboutie ; ce serait ainsi en parfaite conscience que les pouvoirs publics ont édicté et nommé des règles de droit commun matériel du procès civil sous cette forme. Cet exemple caractéristique sera ici développé.

523. **Technique.** Au-delà de la diversité nécessaire des règles de procédure devant chaque tribunal de l'ordre judiciaire, sont consacrés des « principes directeurs du procès » – tel est le titre du chapitre I du titre I du livre I du code de procédure civile –, également appelés principes directeurs de l'instance¹⁶⁹³, situés en ouverture d'un livre intitulé « dispositions communes à toutes les juridictions ». Nés de la pensée des plus grands processualistes, Vizioz¹⁶⁹⁴ et Motulsky¹⁶⁹⁵ en tête¹⁶⁹⁶, ces principes directeurs furent consacrés dans le décret n° 71-740 du 9 septembre 1971 puis repris dans les articles 1^{er} à 24 du code de procédure civile de 1975¹⁶⁹⁷. Ils sont applicables devant tous les tribunaux de l'ordre judiciaire et en toute matière¹⁶⁹⁸, « indépendants aussi bien de la nature et du degré de la juridiction que de la matière de la compétence »¹⁶⁹⁹. Comme pour les principes directeurs de la protection des majeurs, la technique combine deux éléments : d'une part, le « rayonnement que leur donn[e] [...] leur généralité

des requêtes (article L. 4), le principe du caractère contradictoire de l'instruction (article L. 5), celui du caractère public des débats (article L. 6), le principe de la motivation des jugements (article L. 9), etc. (v. déjà *Dictionnaire de la justice*, dir. L. Cadiet, V° « Principes directeurs du procès », par J. Normand, PUF, 2004, spéc. p. 1042).

¹⁶⁹² Principes directeurs du procès pénal : l'article préliminaire du code de procédure pénale vise notamment les principes des caractères équitable et contradictoire de la procédure, le principe d'équilibre des droits des parties, celui de séparation des autorités de poursuite et des autorités de jugement, le principe de la présomption d'innocence, les principes de nécessité et de proportionnalité des mesures de contrainte, ou encore le droit de faire examiner toute condamnation par une autre juridiction (v. not. *Dictionnaire de la justice*, dir. L. Cadiet, V° « Principes directeurs du procès », par J. Normand, PUF, 2004, spéc. p. 1041 ; É. Vergès, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, thèse Aix-Marseille III, 2000, n° 3 ; adde S. Gerry-Vernières, *Les « petites » sources du droit*, Economica, 2012, n° 169). Y. Mayaud, *Droit pénal général*, 3^e éd., PUF, 2010, n° 299, y voit le « droit commun formel » pénal.

¹⁶⁹³ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., Litec, 2011, n° 515 s. ; J. Héron et T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 4^e éd., Montchrestien, 2010, n° 244.

¹⁶⁹⁴ H. Vizioz, *Études de procédure*, Bière, 1956, réimpr. Dalloz, 2011, n° 230 s. (« principes directeurs du procès civil »).

¹⁶⁹⁵ H. Motulsky, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D. 1972*, chron. p. 91 s. (publié à titre posthume) ; G. Bolard, « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henry Motulsky », *JCP G* 1993, I, 3693 ; S. Guinchard, « La part de la doctrine en procédure civile », *RDA* n° 3, p. 73 s., spéc. p. 80-81.

¹⁶⁹⁶ Pour l'historique, É. Vergès, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, thèse Aix-Marseille III, 2000, n° 2.

¹⁶⁹⁷ Pour une conception plus extensive des principes directeurs, É. Vergès, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, thèse Aix-Marseille III, 2000, n° 11.

¹⁶⁹⁸ L'article 749 du code de procédure civile en étend le domaine d'application à « toutes les juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale, rurale ou prud'homale ». Dans le même sens, v. not. G. Cornu, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », in *Mélanges P. Bellet*, Litec, 1991, p. 83 s., spéc. p. 84. V. aussi J. Héron et T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 4^e éd., Montchrestien, 2010, n° 244 : « applicables devant toutes les juridictions » – « au moins en matière contentieuse », ajoutent prudemment les auteurs ; il est vrai, rappelait le doyen Cornu, que ces principes directeurs, furent « principalement forgés pour la juridiction contentieuse », mais qu'ils n'en apparaissent pas moins « applicables à la matière gracieuse sur tous les points que le chapitre II des dispositions liminaires (art. 25 à 29) n'a pas soumis par des dispositions particulières à des « règles propres » (cette articulation est expressément marquée dans l'intitulé des chapitres) » (G. Cornu, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », in *Mélanges P. Bellet*, Litec, 1991, p. 83 s., spéc. p. 85). Pour l'arbitrage, v. l'article 1464 du code de procédure civile.

¹⁶⁹⁹ G. Cornu, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », in *Mélanges P. Bellet*, Litec, 1991, p. 83 s., spéc. p. 85.

d'application (devant toutes les juridictions, en toute matière) »¹⁷⁰⁰ fait de ces dispositions des règles de droit commun matériel du procès civil¹⁷⁰¹ ; d'autre part, la formulation de ces règles de droit commun matériel – « quelques lignes essentielles qui commandent tout le déroulement du procès »¹⁷⁰² – en fait des principes directeurs.

524. **Teneur.** Si le code de procédure civile nomme la technique, il ne nomme pas véritablement le contenu de ces principes directeurs¹⁷⁰³. Ils sont généralement regroupés par la doctrine autour de deux grands thèmes : la détermination des rôles respectifs des parties et du juge d'une part – articles 1^{er} à 13 –, l'énoncé des garanties procédurales de bonne justice d'autre part – articles 14 à 24¹⁷⁰⁴. Motulsky, quant à lui, y décelait « trois groupes » : « les principes régissant la marche de l'instance », ceux qui concernent « la matière du procès », et ceux qui concernent « le respect des droits de la défense »¹⁷⁰⁵. Certaines des règles les plus caractéristiques ont trait aux principes dispositif et de la contradiction¹⁷⁰⁶. Notamment, pour le principe dispositif, les articles 1^{er} à 3 du code de procédure civile sont l'expression d'une procédure accusatoire tempérée¹⁷⁰⁷, et les articles 4 et 5 donnent les linéaments de la détermination de la matière litigieuse. Quant au principe de la contradiction, il est organisé par les articles 14 à 17 du code de procédure civile¹⁷⁰⁸. D'autres principes peuvent être évoqués, tels, par exemple, ceux qui fixent les grandes lignes de la défense – articles 18 à 20 du code de procédure civile –, de l'organisation des débats – articles 22 à 23-1 –, ou du respect dû à la justice – article 24.

¹⁷⁰⁰ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2013, V^o « Directeurs du procès (principes) » (v. déjà « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes [fragments d'un état des questions] », in *Mélanges P. Bellet*, Litec, 1991, p. 83 s., spéc. p. 85).

¹⁷⁰¹ 1) V. not. L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., Litec, 2011, n^o 515 : « un droit processuel commun minimum applicable devant toutes les juridictions ». V. aussi Y. Desdevises, « Le général et le spécial en procédure civile », in *Mélanges J. Héron*, LGDJ, 2009, p. 213 s. Rapp. É. Vergès, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, thèse Aix-Marseille III, 2000, n^o 10, p. 25.

2) Ce n'est pas à dire que le droit commun matériel du procès civil ne soit constitué que de principes directeurs (une partie seulement des règles qui composent ce droit commun matériel prend la forme de principes directeurs) : le procès civil connaît également des règles de droit commun matériel classiques contenues dans les « dispositions communes à toutes les juridictions » du livre I du code de procédure civile. V. not. Y. Desdevises, « Le général et le spécial en procédure civile », in *Mélanges J. Héron*, LGDJ, 2009, p. 213 s.

¹⁷⁰² J. Héron et T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 4^e éd., Montchrestien, 2010, n^o 244.

¹⁷⁰³ La contradiction mise à part. V. S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, 31^e éd., Dalloz, 2012, n^o 364 : « aucun n'est qualifié », et « c'est à la doctrine qu'il revient d'accomplir ce travail de conceptualisation ». Rapp. H. Motulsky, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.* 1972, chron. p. 91 s., spéc. n^o 9.

¹⁷⁰⁴ *Dictionnaire de la justice*, dir. L. Cadet, V^o « Principes directeurs du procès », par J. Normand, PUF, 2004, spéc. p. 1040.

¹⁷⁰⁵ H. Motulsky, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.* 1972, chron. p. 91 s., n^o 10 s. (pour les quatre dernières citations).

¹⁷⁰⁶ V. not. G. Bolard, « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henry Motulsky », *JCP G* 1993, I, 3693.

¹⁷⁰⁷ Le principe accusatoire est en effet souvent présenté comme une modalité d'organisation du principe dispositif. V. partic. L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., Litec, 2011, n^o 515 s. ; J. Héron et T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 4^e éd., Montchrestien, 2010, n^o 523.

¹⁷⁰⁸ Telle est l'expression employée par le code de procédure civile ; certains auteurs lui préfèrent celle de « principe du contradictoire ». Cette variation terminologique n'emporterait cependant aucune conséquence, les deux expressions étant synonymes (J. Héron et T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 4^e éd., Montchrestien, 2010, n^o 276).

525. **Fonctionnement du droit commun organisé en principes directeurs.**

L'originalité des règles de droit commun matériel organisées sous la forme de principes directeurs apparaît encore dans l'exemple du procès civil : elle tient à ce que « ces principes constituent autant de jalons qui, lorsqu'ils ne se suffisent pas à eux-mêmes, ce qui est assez souvent le cas, trouvent en tant que de besoin leur prolongement dans le corps de dispositions applicables aux juridictions concernées »¹⁷⁰⁹. En d'autres termes, ces règles de droit commun matériel ne sont pas véritablement *concurrénées* par les règles spéciales, spécifiques à des procédures particulières ; au contraire, elles sont souvent complétées par elles. Elles « se prolongent vers des applications particulières dans le reste du code »¹⁷¹⁰ : « de nombreuses dispositions d'application reprennent, en les développant et en les précisant, les dispositions directives »¹⁷¹¹. C'est un intérêt du principe *directeur*. Le droit commun matériel organisé sous cette forme prend, en quelque sorte, acte de l'existence et de la diversité des règles spéciales, pour instaurer une action concertée¹⁷¹².

526. **Illustration.** Par exemple, aux termes du principe consacré par l'article 17 du code de procédure civile, « lorsque la loi permet ou la nécessité commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie, celle-ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief », ce qui permet un rétablissement *a posteriori* de la contradiction là où elle était initialement absente¹⁷¹³. En écho, l'article 496, alinéa 2, du même code, organise une procédure spécifique de demande de rétractation en la forme des référés, qui peut être formée par « tout intéressé », devant le juge qui a rendu une ordonnance sur requête, dont l'une des caractéristiques est d'être rendue sans qu'une partie défenderesse ait été entendue ou appelée¹⁷¹⁴ : il fait, pour les ordonnances sur requête, application du principe contenu à l'article 17 précité¹⁷¹⁵.

3. L'unité de la succession

527. **Double particularité.** L'hypothèse est ici particulière et ce, pour deux raisons : cette règle de droit commun organisée en principe directeur est à la fois beaucoup plus ancienne que les principes directeurs précédemment exposés – c'est, en quelque sorte, un exemple précurseur –, et formellement absente des textes depuis 2001 – ce qui n'en fait pas pour autant

¹⁷⁰⁹ *Dictionnaire de la justice*, dir. L. Cadiet, V° « Principes directeurs du procès », par J. Normand, PUF, 2004, spéc. p. 1038-1039.

¹⁷¹⁰ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, 31^e éd., Dalloz, 2012, n° 363 (exemple de la preuve).

¹⁷¹¹ G. Cornu, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », in *Mélanges P. Bellet*, Litec, 1991, p. 83 s., spéc. p. 86.

¹⁷¹² Ainsi, ni l'utilité des règles de droit commun, ni celle des règles spéciales, ne peuvent véritablement être remises en cause : les règles de droit commun sont déterminantes pour la compréhension des règles spéciales, et les règles spéciales sont importantes pour l'application des règles de droit commun (sur l'utilité de ce droit spécial d'application, v. *infra*, n° 759 s.).

¹⁷¹³ Rapp. J. Héron et T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 4^e éd., Montchrestien, 2010, n° 284.

¹⁷¹⁴ C'est ce qui résulte de l'article 493 du code de procédure civile : « l'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse ».

¹⁷¹⁵ Rapp. J. Héron et T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 4^e éd., Montchrestien, 2010, n° 284. V. aussi les exemples cités par G. Cornu, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », in *Mélanges P. Bellet*, Litec, 1991, p. 83 s., spéc. p. 86 : articles 11 al. 2, 133 et 134 ; articles 10 et 143 ; articles 15 et 132 ; articles 11 al. 1^{er} et 198 ; articles 16, 179, 192 et 200 du code de procédure civile.

un exemple dépassé, de solides arguments conduisant à penser que le principe continue de régir implicitement la dévolution successorale¹⁷¹⁶.

528. **Exposé du principe directeur.** Le principe d'unité de la succession a été consacré par le code civil de 1804, lui-même fortement imprégné par l'article 62 de la loi du 17 nivôse an II¹⁷¹⁷ ; c'est dans la philosophie révolutionnaire que ce principe directeur puise son inspiration. Il exprime la directive selon laquelle sauf disposition spéciale, tous les biens du défunt sont soumis aux mêmes règles de dévolution, qui reposent sur la proximité du lien de parenté entre le défunt et les successibles¹⁷¹⁸ ; il constitue la règle de base de la dévolution des biens successoraux. En vertu de ce principe directeur, tous les biens du défunt sont soumis aux mêmes règles de dévolution, prenant en compte la proximité de la parenté, sans que soit considérée l'origine ou la nature de ces biens¹⁷¹⁹. Avant la loi du 3 décembre 2001, le principe était contenu à l'article 732 du code civil, qui disposait que « la loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la succession ». Chabot de l'Allier l'exprimait ainsi : « tous les biens qui se trouvent dans une succession, qu'ils soient meubles ou immeubles, qu'ils fussent venus au défunt, ou de ses parents paternels, ou de ses parents maternels, qu'ils les eût acquis lui-même ou qu'ils lui fussent échus par successions, quelle que soit leur nature ou leur origine, tous, en un mot, sans aucune distinction quelconque, restent confondus dans l'hérédité »¹⁷²⁰.

529. **Un principe qui irrigue toujours le droit positif.** Le texte qui constituait le siège de ce principe a formellement disparu de l'ordonnancement juridique depuis son abrogation par la loi du 3 décembre 2001. Le contenu de l'article 732 ancien du code civil n'a, depuis lors, été explicitement repris par aucun texte. Telle est la raison pour laquelle certains auteurs ont pu estimer que ce principe d'unité de la succession avait disparu¹⁷²¹. Une telle position peut pourtant être discutée¹⁷²². Tous les biens de l'hérédité, quelle que soit leur nature ou leur origine, continuent en principe d'obéir aux mêmes règles de dévolution fondées sur la proximité de la parenté¹⁷²³. L'atteste notamment la rédaction de l'article 731 du code civil, qui dispose que « la

¹⁷¹⁶ V. partic. Y. Lequette, « La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001 : continuité ou rupture ? », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz, 2006, p. 167 s. ; F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions - Les libéralités*, 4^e éd., Dalloz, 2013, n° 76 s. Adde F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Cours de droit civil - Successions*, PUF, 2012, n° 35 s.

¹⁷¹⁷ Cet article disposait que « la loi ne reconnaît aucune différence dans la nature des biens ou dans leur origine pour en régler la succession ».

¹⁷¹⁸ Y. Lequette, « La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001 : continuité ou rupture ? », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz, 2006, p. 167 s., spéc. p. 174. Sur cette règle avant l'abrogation de l'ancien article 732 du code civil, v. par ex. M. Grimaldi, *Successions*, 6^e éd., Litec, 2001, n° 95.

¹⁷¹⁹ Ce qui n'exclut pas l'existence de règles spéciales matérielles de dévolution : v. *infra*, n° 708 s.

¹⁷²⁰ G.-A. Chabot de l'Allier, *Commentaire sur la loi des successions*, t. 1, nouv. éd. par M. Bellost-Jolimont, Pelissonnier, 1839, t. 1, p. 97.

¹⁷²¹ V. les références citées par Y. Lequette, « La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001 : continuité ou rupture ? », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz, 2006, p. 167 s., spéc. p. 168 s.

¹⁷²² V. surtout Y. Lequette, « La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001 : continuité ou rupture ? », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz, 2006, p. 167 s. (et les références citées note 52, p. 178). V. aussi Ph. Malaurie, *Les successions - Les libéralités*, 5^e éd., Defrénois, 2012, n° 30. *Contra* : JCl. *Civil code*, art. 731 à 733, « Successions », par Jacques Foyer, 2007, n° 41 s.

¹⁷²³ La position inverse ne semble pas compatible avec la conception française de la succession, fondée sur la transmission d'un patrimoine, et non sur la transmission de biens particuliers et multiples : v. Y. Lequette, « La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001 : continuité ou rupture ? », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz, 2006, p. 167 s., spéc. p. 175.

succession est dévolue par la loi aux parents et au conjoint successibles du défunt dans les conditions définies ci-après » ; tous les articles qui suivent mettent en œuvre la dévolution annoncée, en fonction de la proximité des liens de parenté avec le *de cuius*¹⁷²⁴, et sans distinguer selon la nature ou l'origine des biens successoraux. Ainsi, puisque les règles contenues aux articles 731 et suivants du code civil, qui organisent la dévolution successorale, constituent des applications du principe de l'unité de la succession – ces articles ne distinguent jamais selon l'origine ou la nature des biens¹⁷²⁵, et se comprennent en lien avec le principe d'unité de la succession¹⁷²⁶ –, ce principe continuerait d'irriguer le droit positif. Quoiqu'il ne soit plus explicitement écrit, il demeure une « nécessité structurelle »¹⁷²⁷ ; il reste un principe directeur de droit commun matériel des successions. Tout au plus pourra-t-on regretter, pour la clarté du droit, son absence de mention explicite¹⁷²⁸, et souhaiter que la jurisprudence ou le législateur réaffirment l'existence de cette règle nécessaire, qui continue implicitement, malgré l'abrogation de l'ancien article 732 précité, de diriger la dévolution des successions. Le droit commun matériel peut ainsi prendre la forme de règles classiques, ou la forme plus originale de principes directeurs. Encore faut-il qu'il conserve son caractère commun au stade de l'application : les juridictions de cassation maintiennent ce caractère au stade de l'interprétation des règles.

§ II – L'absence de variation dans l'interprétation : la cassation généraliste, instrument de l'interprétation uniforme du droit commun matériel

530. **Rôle des juridictions de cassation dans l'absence de particularisation de la règle de droit commun matériel au stade de l'interprétation**¹⁷²⁹. Comme pour le droit commun territorial¹⁷³⁰, la simple existence du droit commun matériel d'une institution ne suffit pas à sa perfection technique : encore doit-il être interprété identiquement quelle que soit la matière ou les personnes auxquelles il est appliqué ; faute de cela, les règles, matériellement communes à l'origine, font l'objet d'une « spécialisation » *ratione materiae* et *personae* au stade de leur application. C'est, cette fois-ci, non pas sur le caractère centralisé des juridictions de cassation, mais sur leur caractère *généraliste* que peut être mis l'accent. L'existence de juridictions de cassation généralistes, la Cour de cassation et le Conseil d'État, repousserait en effet dans une large mesure

¹⁷²⁴ En ce sens, v. Y. Lequette, « La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001 : continuité ou rupture ? », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz, 2006, p. 167 s., spéc. p. 174 et p. 177.

¹⁷²⁵ Réserve faite des successions anormales instituées par des règles spéciales matérielles, telles celles contenues aux articles 757-3 ou 738-2 du code civil ; v. *infra*, n° 708 s.

¹⁷²⁶ V. not. Y. Lequette, « La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001 : continuité ou rupture ? », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz, 2006, p. 167 s., spéc. p. 174.

¹⁷²⁷ Y. Lequette, « La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001 : continuité ou rupture ? », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz, 2006, p. 167 s., spéc. p. 178.

¹⁷²⁸ Dans le même sens, v. Y. Lequette, « La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001 : continuité ou rupture ? », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz, 2006, p. 167 s. À titre de comparaison, cette règle est toujours présente à l'article 732 du code civil belge.

¹⁷²⁹ Si les codes jouent également un rôle important dans le regroupement des règles de droit commun matériel (par exemple, beaucoup d'institutions de droit privé ont leur droit commun matériel dans le code civil, le code de commerce ou le code de procédure civile – rapp. R. Cabrillac, *Les codifications*, PUF, 2002, p. 154 s., « Unification sociale »), ils ne semblent néanmoins pas jouer le même rôle que pour le droit commun territorial (v. *supra*, n° 327 s.). Ainsi, notamment, les institutions qui ont leur droit commun matériel dans un code y ont aussi une partie de leur droit spécial matériel (songeons, par exemple, au contrat, ou même, plus spécifiquement, à la vente).

¹⁷³⁰ V. *supra*, n° 338.

le spectre de cette particularisation¹⁷³¹ : n'étant pas en charge d'une matière déterminée, d'une activité déterminée, de personnes déterminées, ces juridictions connaissent de toutes les affaires pour peu que la voie du pourvoi en cassation soit ouverte ; elles peuvent ainsi contrôler l'interprétation uniforme des règles¹⁷³². Cette mission prend tout son sens pour le droit commun matériel.

531. **Plan.** Elle n'est pourtant pas aisée à mettre en œuvre. Le problème tient aux risques d'interprétations divergentes de règles de droit commun matériel du fait de l'existence de chambres ou de sous-sections internes aux juridictions de cassation (A) ; des solutions tendent à la prévention ou à la résorption des divergences (B).

A. Le problème posé

532. **Plan.** En dépit de la mission unificatrice de juridictions de cassation généralistes, leur division en formations plus ou moins spécialisées par matières pourrait contribuer au morcellement et à la spécialisation des règles de droit commun matériel au stade de leur application¹⁷³³. Cette spécialisation *ratione materiae* et *personae* des chambres de la Cour de cassation et des sous-sections de la Section du contentieux du Conseil d'État (1), a parfois des conséquences sur l'interprétation des règles de droit commun matériel (2).

1. Spécialisation des chambres de la Cour de cassation et sous-sections du Conseil d'État

533. **Présentation de la spécialisation.** La Cour de cassation est divisée en six chambres et « chaque chambre est spécialisée »¹⁷³⁴ dans sa compétence *ratione materiae* et *personae* : chacune dispose d'« attributions » différentes, fixées par ordonnance du premier président¹⁷³⁵. Par exemple – et sans exhaustivité –, la première chambre civile se voit attribuer les affaires relatives aux obligations et contrats civils, à la responsabilité contractuelle, à la propriété et aux droits réels mobiliers, à la propriété littéraire et artistique, aux contrats de mariage, aux régimes matrimoniaux, aux successions, donations, testaments, partages et liquidations, ou encore au droit international privé. Quant à la chambre commerciale, ses attributions sont notamment les suivantes : banque et effets de commerce, bourse, cautionnement dans la vie des affaires, concurrence, fiscalité, droit maritime, entreprises en difficulté, fonds de commerce, contrats commerciaux, professions commerciales, propriété industrielle, transport de marchandises.

¹⁷³¹ J.-L. Aubert et É. Savaux, *Introduction au droit*, 13^e éd., Dalloz, 2010, n^{os} 165 et 168. Rapp. M. Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois - Essai de méthodologie*, thèse Paris II, 2007, n^o 444 : « c'est précisément le rôle des Cours suprêmes que d'assurer une unité des interprétations dans le système juridique dans lequel elles évoluent, de sorte que la *ratio legis*, qu'elle soit réelle ou fictive, soit au moins commune ».

¹⁷³² Notamment, s'assurer qu'un texte protégeant la vie privée, tel l'article 9 du code civil, applicable à « chacun », est interprété de la même manière, que la personne soit commerçante, salariée, etc.

¹⁷³³ V. not. G. Canivet, « La Cour de cassation et l'interprétation uniforme du droit », conférence Beyrouth, 21 déc. 2001, PU Saint-Joseph CEDROMA, Bruylant, 2004, p. 333, spéc. n^o 7 s.

¹⁷³⁴ X. Bachellier et M.-N. Jobard-Bachellier, *La technique de cassation*, 7^e éd., Dalloz, 2010, p. 13.

¹⁷³⁵ V. l'article R. 431-2 du code de l'organisation judiciaire.

Quoique la spécialisation y soit moins marquée et moins formalisée¹⁷³⁶, la section du contentieux du Conseil d'État est divisée en dix sous-sections dont les attributions sont également distinctes : ainsi, la première sous-section est spécialisée dans les questions sociales – sécurité sociale, santé publique, droit du travail, professions de santé – et les opérations d'urbanisme, ou encore, la sixième sous-section est spécialisée dans les questions d'environnement ou de procédure¹⁷³⁷. Cette répartition ne comporte pas que des avantages : ainsi que le suggérait le président Boré, elle peut notamment aboutir à compromettre l'interprétation uniforme de règles de droit commun¹⁷³⁸.

2. Conséquences sur l'interprétation des règles de droit commun matériel

534. Risques d'interprétations divergentes d'une même règle de droit commun matériel. Le risque est alors, en cas de recoupement partiel des attributions entre chambres ou sous-sections, celui des divergences de jurisprudence¹⁷³⁹ entre des formations amenées à appliquer la même règle dans des domaines différents : d'une règle commune à l'origine, il pourrait résulter deux règles distinctes interprétées¹⁷⁴⁰ – « une règle, deux solutions ». Des auteurs le notent, « cette répartition [...] peut ne pas apparaître parfaitement cohérente »¹⁷⁴¹ et parfois donner lieu à certains chevauchements¹⁷⁴², eux-mêmes potentiellement à la source de divergences : même au stade de la cassation, le contentieux d'une institution peut relever de la compétence de formations différentes – par exemple, le cautionnement¹⁷⁴³, la vente¹⁷⁴⁴, ou encore

¹⁷³⁶ JCl. *Justice administrative*, fasc. 13, « Conseil d'État - Organisation et fonctionnement : contentieux », par J.-C. Bonichot, 2003, n° 35.

¹⁷³⁷ *Ibid.*

¹⁷³⁸ J. Boré, « La fonction d'avocat auprès des cours suprêmes », *D.* 1989, chron. p. 159 s., spéc. p. 160 : « toute cour régulatrice du droit a pour mission essentielle d'assurer l'unité d'interprétation et d'application de la règle de droit interne. Et il est extrêmement difficile de préserver cette unité dans une cour qui comporte vingt chambres, tirant à hue et à dia, et qui entrent fréquemment en contradiction. La fonction régulatrice ne peut être assurée que par une juridiction unique, qui ne multiplie pas à l'excès le nombre de ses chambres ».

¹⁷³⁹ Sur la notion, v. F. Zenati-Castaing, « La notion de divergence de jurisprudence », in *Les divergences de jurisprudence*, dir. P. Ancel et M.-C. Rivier, PU Saint-Étienne, 2003, p. 53 s. *Adde* P. Deumier, « Les divergences de jurisprudence : nécessité de leur existence, nécessité de leur résorption (à propos de Ass. plén. 15 févr. 2013) », *RTD civ.* 2013, p. 557 s.

¹⁷⁴⁰ En d'autres termes, en raison de cette spécialisation des formations et du recoupement partiel de leurs attributions, pour une institution donnée, un même texte de droit commun matériel risque ainsi de recevoir plusieurs interprétations différentes, d'être particularisé, « spécialisé », au stade de son application. Sur ce phénomène, v. not. G. Canivet, « La Cour de cassation et les divergences de jurisprudence », in *Les divergences de jurisprudence*, PU Saint-Étienne, 2003, p. 141 s., spéc. p. 152.

¹⁷⁴¹ X. Bachellier et M.-N. Jobard-Bachellier, *La technique de cassation*, 7^e éd., Dalloz, 2010, p. 13. Rapp. J.-L. Aubert et É. Savaux, *Introduction au droit*, 13^e éd., Dalloz, 2010, n° 168.

¹⁷⁴² Dans le même sens, v. P. Ancel, « Formes du cautionnement : divergences des solutions et incertitudes de la répartition des affaires entre les Chambres de la Cour de cassation », *D.* 1990, jur. p. 3 s. (qui choisit aussi une métaphore équestre, relevant que certaines questions sont « à cheval » sur les attributions de plusieurs chambres). Le professeur Bénabent put aller jusqu'à évoquer le « sentiment du « pile ou face » selon l'orientation du dossier » (note sous Civ. 1^{re}, 5 mai 1993, *D.* 1993, p. 506 s., spéc. p. 507 – à propos de la divergence qui agite les chambres civiles de la Cour de cassation relativement à la distinction entre absence de délivrance conforme et vice caché dans la vente, et à laquelle l'arrêt commenté mit un terme).

¹⁷⁴³ Qui relève des attributions de la première chambre civile et de celles de la chambre commerciale ; v. juste *infra*.

¹⁷⁴⁴ Dont le contentieux est partagé au moins entre la première chambre civile, la troisième chambre civile et la chambre commerciale.

la responsabilité civile¹⁷⁴⁵. L'application d'un même texte de droit commun matériel peut donner lieu à deux solutions différentes, plus ou moins durablement figées¹⁷⁴⁶.

535. **Illustration.** Une illustration, parmi d'autres¹⁷⁴⁷ : puisque la première chambre civile est en charge des contrats civils tandis que la chambre commerciale est en charge des contrats commerciaux – plus spécifiquement même, du « cautionnement dans la vie des affaires » –, le cautionnement civil relève des attributions de la première, tandis que le cautionnement commercial relève des attributions de la seconde¹⁷⁴⁸ ; il est, de ce fait, une source de divergences potentielles¹⁷⁴⁹. Un exemple célèbre de divergence entre ces chambres réside dans l'interprétation de l'article 1326 du code civil, relativement au droit commun matériel du cautionnement¹⁷⁵⁰. Pendant quelques années, la première chambre civile de la Cour de cassation, qui voyait dans la règle posée par cet article une exigence relative à la formation de l'acte, faisait de la mention manuscrite une condition de validité du cautionnement et en sanctionnait l'absence par la

¹⁷⁴⁵ 1) Si l'on accepte ici de laisser de côté le débat sur la nature de la responsabilité contractuelle, le contentieux de la responsabilité civile relève au moins des attributions de la première (responsabilité contractuelle) et de celles de la deuxième (responsabilité délictuelle) chambres civiles. Même ainsi, la présentation est incomplète : par exemple, la responsabilité des architectes, entrepreneurs et promoteurs, relève des attributions de la troisième chambre civile.

2) C'est sans compter sur des institutions encore plus vastes, tel le contrat, et dont toutes les chambres de la Cour de cassation – ou du moins toutes ses chambres civiles – ont à connaître à un titre ou un autre.

¹⁷⁴⁶ Le risque est celui d'un « *forum shopping* » au plus haut niveau (P. Ancel, « Formes du cautionnement : divergences des solutions et incertitudes de la répartition des affaires entre les Chambres de la Cour de cassation », *D.* 1990, jur. p. 3 s., spéc. II. B) dans des hypothèses où, précisément, du fait de l'existence d'une règle de droit commun matériel, ce *forum shopping* devrait être inexistant : réintroduire la diversité pour des raisons d'organisation juridictionnelle, là où elle a été chassée sur le terrain substantiel par le législateur par l'édition d'une règle de droit commun, peut apparaître dans une certaine mesure inévitable, mais peu heureux (rapp. P. Ancel, *ibid.*).

¹⁷⁴⁷ 1) V. aussi, par exemple et pour une divergence récente, celle à laquelle a donné lieu, entre la première chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation, la question de savoir si un tiers au contrat peut se prévaloir de la seule inexécution d'obligations contractuelles par le débiteur pour engager la responsabilité délictuelle de ce dernier (tranchée par Ass. plén. 6 oct. 2006, n° 05-13.255, *Bull. AP*, n° 9). Pour d'autres exemples, v. Ph. Blondel, « Le point de vue d'un avocat aux Conseils », in *Les divergences de jurisprudence*, PU Saint-Étienne, 2003, p. 227 s. Adde les divergences qui ont agité la Cour de cassation en matière de responsabilité civile, notamment quant à la responsabilité du commettant du fait d'un préposé (sur cette divergence, v. not. G. Durry, *RTD civ.* 1980, p. 115 s.).

2) C'est d'ailleurs sans compter sur les divergences seulement supposées. V., à propos d'une divergence « imaginaire » entre le Conseil d'État et la Cour de cassation sur le caractère accessoire du cautionnement, P. Ancel, « Présentation », in *Les divergences de jurisprudence*, PU Saint-Étienne, 2003, p. 7 s., spéc. p. 9 (v. CE 14 juin 2000, *D.* 2001, p. 2117 s., note P. Ancel).

¹⁷⁴⁸ Et encore : il pourrait ne s'agir que d'une présentation simplifiée, un auteur ayant insisté sur la difficulté à déterminer le véritable critère de division du contentieux du cautionnement entre la première chambre civile et la chambre commerciale, certaines affaires relatives à des cautionnements commerciaux étant notamment confiées à la première chambre civile (P. Ancel, « Formes du cautionnement : divergences des solutions et incertitudes de la répartition des affaires entre les Chambres de la Cour de cassation », *D.* 1990, jur. p. 3 s., spéc. II. A).

¹⁷⁴⁹ Un certain nombre pourrait en être relevé ; le sujet pourrait appeler une étude à lui seul. V. par ex. la divergence qui a pu exister entre la première chambre civile et la chambre commerciale, dans le cadre du bénéfice de subrogation, quant à la question de savoir si l'inscription d'une sûreté légale est une obligation du créancier (en ce sens, Civ. 1^{re}, 3 avr. 2007, n° 06-12.531, *Bull. civ.* I, n° 138) ou une simple faculté de celui-ci (Com. 19 déc. 2006, n° 04-19.643, *Bull. civ.* IV, n° 267), divergence peut-être en passe d'être résolue par l'influence d'une tendance à la sévérité à l'égard du créancier (v. déjà Ch. mixte, 10 juin 2005, n° 02-21.296, *Bull. mixte*, n° 5 – Ch. mixte, 17 nov. 2006, n° 04-19.123, *Bull. mixte*, n° 10). V. not. les obs. de P. Crocq, *RTD civ.* 2007, p. 595 s., et les réf. citées.

¹⁷⁵⁰ Cet article dispose aujourd'hui, dans sa version modifiée par la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, que « l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres ». Du point de vue du cautionnement, cet article ne contient aucune restriction relative à son domaine *ratione materiae* ou *personae* ; quoiqu'il soit applicable au-delà du seul cautionnement, le texte relève du droit commun matériel de cette institution.

nullité¹⁷⁵¹. La chambre commerciale, qui voyait au contraire dans l'article précité une simple exigence de preuve, considérait que l'absence de mention manuscrite dans le cautionnement privait uniquement celui-ci de la force probante d'un écrit, l'acte ne valant alors que comme commencement de preuve par écrit¹⁷⁵². Cette divergence faisait que, pour un seul et même texte, qui ne distingue pourtant pas en fonction des types de cautionnement ou de la qualité des parties, deux interprétations différentes avaient cours, selon que le cautionnement était civil ou commercial ; la divergence revenait à particulariser cette règle de droit commun au stade de son application. Si toute divergence entre chambres peut apparaître regrettable¹⁷⁵³, une divergence l'est tout particulièrement lorsqu'elle compromet l'interprétation uniforme de règles de droit commun matériel¹⁷⁵⁴. Et si cette divergence a finalement été résolue par l'alignement de la première chambre civile sur la position de la chambre commerciale¹⁷⁵⁵, l'exemple n'en démontre pas moins l'effet parfois néfaste de la spécialisation *ratione materiae* des chambres de la Cour de cassation sur l'interprétation des règles de droit commun matériel, et la nécessité de prévoir des moyens d'endiguer ces divergences.

B. Les solutions proposées

536. **Plan.** Divers moyens tendent soit à éviter la naissance de divergences soit, celles-ci nées, à les résorber. Ils permettent en particulier de remédier aux interprétations divergentes du droit commun matériel (« une règle, une solution »). Les solutions peuvent ainsi être préventives, c'est-à-dire mises en œuvre avant même la naissance d'une divergence entre chambres ou sous-sections (1), ou curatives, c'est-à-dire utilisées une fois la divergence née (2).

¹⁷⁵¹ V. not. Civ. 1^{re}, 22 févr. 1984, n° 82-17.077, *Bull. civ.* I, n° 71 ; *JCP G* 1985, II, 20442, note M. Storck – Civ. 1^{re}, 30 juin 1987, n° 85-15.760, *Bull. civ.* I, n° 210 ; *D.* 1987, somm. p. 442, obs. L. Aynès – Civ. 1^{re}, 31 mai 1988, n° 86-17.495, *Bull. civ.* I, n° 163 ; *D.* 1989, somm. p. 289 s., obs. L. Aynès.

¹⁷⁵² V. not. Com. 6 juin 1985, n° 83-15.356, *Bull. civ.* IV, n° 182 ; *Deffrénois* 1985, art. 33636, p. 1436 s., n° 121, obs. J.-L. Aubert – Com. 21 juin 1988, n° 86-10.128, *Bull. civ.* IV, n° 212 ; *JCP G* 1989, II, 21170, note Ph. Delebecque ; *D.* 1989, somm. p. 289 s., obs. L. Aynès – Com. 6 déc. 1994, n° 90-20.378, *Bull. civ.* IV, n° 363 ; *Deffrénois* 1995, art. 36040, p. 407 s., n° 32, obs. L. Aynès ; *JCP G* 1995, I, 3851, n° 3, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque.

¹⁷⁵³ Rapp. P. Ancel, « Formes du cautionnement : divergences des solutions et incertitudes de la répartition des affaires entre les Chambres de la Cour de cassation », *D.* 1990, jur. p. 3 s., spéc. II. B. Comp. X. Bachellier, « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Documentation française, 1994, p. 91 s., qui distingue entre les « bonnes » et les « mauvaises » divergences, le critère retenu par l'auteur étant celui de savoir si la question disputée est la traduction d'un débat de société ou d'un simple problème technique.

¹⁷⁵⁴ Si là se trouve la critique majeure dans le cadre de cette étude, ce n'est cependant pas la seule qui peut être faite aux divergences entre les chambres : par exemple, les divergences sont également source d'insécurité juridique, notamment au regard de la relative « incertitude sur la répartition des affaires » entre les chambres (P. Ancel, « Formes du cautionnement : divergences des solutions et incertitudes de la répartition des affaires entre les Chambres de la Cour de cassation », *D.* 1990, jur. p. 3 s.).

¹⁷⁵⁵ V. not. Civ. 1^{re}, 20 oct. 1992, n° 90-21.183, *Bull. civ.* I, n° 259 ; *D.* 1993, somm. p. 311-312, obs. L. Aynès – Civ. 1^{re}, 12 mai 1993, n° 91-14.416, *Bull. civ.* I, n° 164 ; *D.* 1994, somm. p. 10, obs. L. Aynès – Civ. 1^{re}, 6 juill. 2004, n° 01-15.041, *Bull. civ.* I, n° 199. Sur l'évolution, v. par ex. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés - La publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 144 s.

1. Solutions préventives

537. **Communication entre chambres, « troïka », avocats aux Conseils.** Des mécanismes préventifs des divergences ont été institués, et dont peut bénéficier le droit commun matériel. Pour la Cour de cassation, l'article 1015-1, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile, permet officiellement à une chambre de solliciter l'avis d'une autre chambre¹⁷⁵⁶. Quant au Conseil d'État, l'on peut mentionner le rôle préventif que joue une formation informelle, non prévue par les textes, composée du président de la Section du contentieux et des trois présidents adjoints : cette formation, surnommée « troïka », revoit les principales affaires et peut notamment décider du renvoi à une formation supérieure¹⁷⁵⁷. Par l'effet de ce mécanisme, qui permet de maintenir l'unité de jurisprudence du Conseil d'État¹⁷⁵⁸, les divergences ne semblent pas tenir la même place qu'à la Cour de cassation : il fonctionnerait si bien que celles-ci s'apparenteraient souvent à des cas d'école. Sur le même modèle, quoique dans une moindre mesure, le service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation permet, par ses fonctions d'information, de prévenir les divergences ou d'attirer l'attention des chambres sur celles en voie de formation¹⁷⁵⁹. En outre, les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, officiers ministériels qui interviennent devant ces deux juridictions et vrais généralistes de la pratique du droit, ne sont pas spécialisés par matières¹⁷⁶⁰ et peuvent à ce titre contribuer à maintenir l'unité d'interprétation des textes de droit commun¹⁷⁶¹, le cas échéant en attirant l'attention des chambres et sous-sections – dans les mémoires ou dans le cadre des relations constantes que l'Ordre et les deux juridictions entretiennent¹⁷⁶² dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice – sur le risque d'éventuelles divergences à naître ou déjà nées, dont ils sont les spectateurs les plus immédiats.

2. Solutions curatives

538. **Formations spécifiques, résolution spontanée.** Une fois née la divergence quant à l'interprétation d'une règle de droit commun matériel, il convient de trouver des moyens

¹⁷⁵⁶ Cet article, institué par le décret n° 99-131 du 26 févr. 1999, dispose : « la chambre saisie d'un pourvoi peut solliciter l'avis d'une autre chambre saisie sur un point de droit qui relève de la compétence de celle-ci ».

¹⁷⁵⁷ V. D. Labetoulle, « Une histoire de troïka », in *Mélanges L. Dubouis*, Dalloz, 2002, p. 83 s. ; *Rép. cont. adm.* Dalloz, V° « Conseil d'État », par P. Delvolvé, 2012, n° 123.

¹⁷⁵⁸ D. Labetoulle, « Une histoire de troïka », in *Mélanges L. Dubouis*, Dalloz, 2002, p. 83 s., spéc. p. 84 et 90 ; *JCl. Justice administrative*, fasc. 13, « Conseil d'État - Organisation et fonctionnement : contentieux », par J.-C. Bonichot, 2003, n° 14.

¹⁷⁵⁹ V. les articles R. 433-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire.

¹⁷⁶⁰ Un auteur les qualifie d'« omnipraticiens du droit » (*Rép. pr. civ.* Dalloz, V° « Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation », par B. Odent, 2008, n° 14).

¹⁷⁶¹ V. not. J. Boré, « La fonction d'avocat auprès des cours suprêmes », *D.* 1989, chron. p. 159 s. Rapp. J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, 4^e éd., Dalloz, 2009-2010, n° 15.11, qui estiment que les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation « contribuent [...] à assurer l'unité et la cohérence de notre système juridique ».

¹⁷⁶² Elles transparaissent notamment dans les discours de rentrée prononcés par le premier président de la Cour de cassation, qui font référence de manière fréquente à ces relations privilégiées entre les juridictions supérieures et leur barreau dédié (v. not. le discours prononcé par le premier président Lamanda le 18 janv. 2013 – « la Cour se félicite de l'excellence que l'Ordre des avocats aux Conseils apporte à ses travaux et du précieux concours qu'il prête à son rayonnement », ou celui prononcé le 9 janv. 2014 – « devant notre Cour, l'apport des avocats aux Conseils est déterminant »).

de la résorber. Pour la Cour de cassation, l'article L. 431-5 du code de l'organisation judiciaire vise expressément les divergences de jurisprudence entre les chambres et y prévoit une solution : il dispose que « le renvoi devant une chambre mixte peut être ordonné lorsqu'une affaire pose une question relevant normalement des attributions de plusieurs chambres ou si la question a reçu ou est susceptible de recevoir devant les chambres des solutions divergentes ». Les chambres mixtes sont ainsi la formation utilisée pour régler les divergences de jurisprudence entre chambres de la Cour de cassation¹⁷⁶³ ; elles peuvent être vues comme un outil précieux au service du droit commun matériel. Telle fut par exemple la méthode utilisée pour mettre fin à la divergence qui opposait les chambres de la Cour de cassation sur la question dite du « cautionnement réel »¹⁷⁶⁴. Un auteur notait cependant une tendance – en marge de la lettre des textes – au développement de deux autres méthodes¹⁷⁶⁵ : la saisine de l'Assemblée plénière¹⁷⁶⁶, et la résolution des divergences entre les chambres elles-mêmes¹⁷⁶⁷. Au Conseil d'État, les sous-sections réunies, la Section du contentieux ou l'Assemblée du contentieux peuvent jouer le même rôle¹⁷⁶⁸, sous la réserve évoquée plus haut de la rareté des divergences. Ces mécanismes évitent qu'une règle de droit commun matériel ne se particularise au stade de son application en fonction des attributions, spécialisées *ratione materiae* et *personae*, des chambres ou sous-sections. La perfection technique du droit commun matériel est difficile à atteindre, mais il existe ainsi des moyens pour la maintenir ou la restaurer.

¹⁷⁶³ V. aussi J.-L. Aubert et É. Savaux, *Introduction au droit*, 13^e éd., Dalloz, 2010, n° 168.

¹⁷⁶⁴ Ch. mixte, 2 déc. 2005, n° 03-18.210, *Bull. mixte*, n° 7 ; D. 2006, p. 729 s., concl. J. Sainte-Rose et p. 733 s., note L. Aynès ; RDC 2006, p. 454 s., note M. Grimaldi ; JCP G 2005, II, 10183, note Ph. Simler ; JCP E 2006, 1056, note S. Piedelièvre ; Dr. et patr. févr. 2006, p. 128 s., obs. Ph. Dupichot ; LPA 23 janv. 2006, p. 7 s., obs D. Houtcieff ; RLDC 2006 n° 24, art. 992, note M. Mignot ; RTD civ. 2006, p. 357, obs. B. Vareille et p. 594 s., obs. P. Crocq ; RTD com. 2006, p. 465, obs. D. Legeais. Sur la divergence entre les chambres, v. not. M. Cabrillac et al., *Droit des sûretés*, 9^e éd., Litec, 2010, n° 397 ; sur la question du « cautionnement réel », v. aussi *infra*, n° 654.

¹⁷⁶⁵ X. Bachellier, « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Documentation française, 1994, p. 91 s., spéc. p. 96-97.

¹⁷⁶⁶ Quoique l'hypothèse ne soit pas explicitement envisagée par l'actuel article L. 431-6 du code de l'organisation judiciaire. C'est ainsi, par exemple, que par un arrêt *Besse* rendu le 12 juillet 1991, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a mis un terme à la divergence qui opposait les première et troisième chambres civiles de la Cour de cassation relativement à la question de la « nature de l'action en responsabilité » dont bénéficie le maître de l'ouvrage contre le sous-traitant, en décidant que celle-ci était délictuelle (Ass. plén. 12 juill. 1991, *Besse*, n° 90-13.602, *Bull. AP*, n° 5 ; JCP G 1991, II, 21743, note G. Viney).

¹⁷⁶⁷ Les exemples d'entente entre chambres sont plus difficiles à déceler, dans la mesure où, contrairement à ce qu'il advient lorsqu'intervient une formation spécifique (Assemblée plénière ou Chambre mixte), aucun arrêt ne vient officiellement formaliser cette entente. Certains cas peuvent néanmoins être devinés ; il en est notamment ainsi du cas de la première chambre civile qui a fini par s'aligner sur la position de la chambre commerciale concernant l'interprétation de l'article 1326 du code civil, pour la question du cautionnement (v. les références citées *supra*), ou encore, en 2013, de l'alignement de la première chambre civile sur la position de la chambre commerciale quant à la question de savoir si l'absence de déclaration par le créancier de sa créance simplement chirographaire à la procédure collective du débiteur principal constituait la perte d'un droit permettant à la caution d'invoquer l'article 2314 du code civil (v. Com. 19 févr. 2013, n° 11-28.423, *Bull. civ. IV*, n° 26 – Civ. 1^{re}, 3 juill. 2013, n° 12-21.126, *Bull. civ. I*, n° 144).

¹⁷⁶⁸ V. la formulation de l'article L. 122-1 du code de justice administrative, qui le permet.

Section II – L'hypothèse de l'inexistence du droit commun matériel

539. **Plan.** Certaines institutions juridiques sont privées de droit commun matériel (§ I). Au-delà, il existe parfois certains oublis dans les règles édictées, lesquels donnent lieu à des situations de carence (§ II).

§ I – L'inexistence totale

540. **Plan.** Certaines institutions juridiques, bien qu'elles présentent une certaine unité et hauteur conceptuelles, ne disposent d'aucun corps de règles constitutif d'un droit commun matériel¹⁷⁶⁹. Les exemples sont nombreux, signe de la relative imperfection du droit en vigueur autant qu'incitation à rechercher son développement ; peuvent être cités ceux des sûretés (A), de la prescription (B), de l'acte juridique (C) et des personnes morales (D)¹⁷⁷⁰.

A. Les sûretés

541. **Plan.** L'absence d'un ensemble de règles de droit commun matériel des sûretés (1) entraîne parfois certaines difficultés pratiques (2).

1. Constat

542. « **Un droit commun des sûretés ?** »¹⁷⁷¹ Existe-t-il un corps de règles matériellement communes à toutes les sûretés ? La réponse pourrait, à suivre une opinion répandue, être positive : l'ordonnance du 23 mars 2006 aurait été à l'origine de la création de certaines « règles communes à toutes les sûretés »¹⁷⁷². Ce corps de règles demeure pourtant

¹⁷⁶⁹ Si cette inexistence n'est pas discutable en opportunité lorsque l'institution n'exprime pas une véritable unité, elle l'est, en revanche, lorsque l'institution est homogène, présente un haut degré d'abstraction et pourrait faire l'objet de règles communes. V. *supra*, n° 183.

¹⁷⁷⁰ V., illustration supplémentaire, l'inexistence d'un droit commun matériel du couple : ainsi que le relève un auteur qui s'intéresse à la question des « règles communes à tous les couples », « il n'existe [...] pas, en droit civil, un droit patrimonial du couple, envisagé comme un corps de règles uniformes régissant les relations pécuniaires de ses membres ainsi que les relations de ces derniers avec les tiers, indépendamment du point de savoir si les intéressés sont mariés, partenaires d'un pacs ou concubins simples » (A.-S. Brun, *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, thèse Grenoble II, 2003, n° 37) ; il pourrait en être de même pour le droit extrapatrimonial.

¹⁷⁷¹ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés - La publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 36. V. aussi M. Bourassin, in « Panorama de la législation et de la jurisprudence en droit civil des affaires », *D.* 2006, p. 1380 s.

¹⁷⁷² A. Provansal, « Le regard de l'avocat sur le projet de réforme des sûretés », *Dr. et patr.* n° 140, sept. 2005, p. 80 s., spéc. p. 81. L'auteur cite à ce titre quatre règles ; elles appellent cependant des remarques. D'une part, « le principe de l'obligation de satisfaire à ses engagements sur tous ses biens » ne paraît pas relever du droit des sûretés, pas plus que celui « de l'égalité des créanciers » : ce sont des règles qui relèvent du régime des obligations, et qu'une sûreté a d'ailleurs pour objet d'aménager. D'autre part, « le principe de la garantie d'une obligation » et celui « du caractère accessoire de la sûreté » pourraient bien être des caractéristiques communes à toutes les sûretés (si l'on en exclut notamment, pour le second principe, la garantie autonome), mais aucune norme ne les érige en règles de droit commun matériel des sûretés : ces règles restent spéciales à chaque sûreté. *Adde* M. Bourassin, in « Panorama de la législation et de la jurisprudence en droit civil des affaires », *D.* 2006, p. 1380 s. : « L'ordonnance du 23 mars 2006 : la consécration d'un droit commun ».

introuvable. Il apparaît en effet que l'ordonnance du 23 mars 2006, suivant le droit antérieur, n'est à l'origine d'aucune règle de droit commun matériel des sûretés. Elle consacre au contraire des règles matériellement spéciales à chaque type de sûreté – à une exception près, à l'article 2287 du code civil. Il est donc « bien difficile de tracer les grandes lignes du droit commun des sûretés »¹⁷⁷³. La doctrine le déplore¹⁷⁷⁴. Ce constat de carence vaut qu'il s'agisse du droit commun matériel à toute sûreté ou, *a minima*, d'un droit commun matériel des sûretés personnelles et d'un droit commun matériel des sûretés réelles.

543. **Inexistence d'un droit commun matériel des sûretés.** Pour rechercher si le droit commun matériel des sûretés existe ou non, l'on peut avant tout s'attacher à l'étude des articles 2284 et suivants du code civil, dispositions qui ouvrent le livre relatif aux sûretés et précèdent les dispositions spécifiques aux sûretés personnelles et aux sûretés réelles ; si le droit commun des sûretés existait, il se trouverait probablement ici. Peut-on voir dans les articles 2284 et suivants du code civil un « droit commun des sûretés », même rudimentaire¹⁷⁷⁵ ? Une réponse négative semble s'imposer. Bien que situés en ouverture du livre relatif aux sûretés et précédant les divisions que fait par la suite le code civil en fonction des types de sûreté, les articles 2284 et 2285 ne contiennent pas des règles de droit commun matériel des sûretés : au contraire, ils régissent la situation du créancier qui ne bénéficie d'aucune sûreté ; ils ne relèvent pas véritablement du droit des sûretés¹⁷⁷⁶ et il apparaît difficile, dès lors, de les inclure dans leur droit commun matériel. La même remarque vaut pour l'article 2286 du même code, qui régit le droit de rétention : selon la jurisprudence et une opinion doctrinale dominante, le droit de rétention n'est pas une sûreté¹⁷⁷⁷, mais une technique substitutive à celle-ci ; et quand bien même, d'ailleurs, le droit de rétention serait malgré tout considéré comme une sûreté, sa réglementation ne saurait constituer du droit commun matériel des sûretés, puisqu'elle n'est relative qu'à ce mécanisme particulier, et non aux sûretés en général. Ces règles seraient tout au plus des « dispositions liminaires »¹⁷⁷⁸. Par conséquent, alors qu'il s'agissait de l'un des objectifs affichés de la réforme de

¹⁷⁷³ Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2^e éd., PUF, 2011, n° 12, p. 15.

¹⁷⁷⁴ V. not. D. Legeais, *V° « Sûretés »*, in *Rép. civ.* Dalloz, 2006, n° 3, qui regrette que l'occasion de la réforme de 2006 n'ait pas été saisie pour édicter un droit commun des sûretés. V. aussi M. Bourassin, in « Panorama de la législation et de la jurisprudence en droit civil des affaires », *D.* 2006, p. 1380 s.

¹⁷⁷⁵ Pour une réponse affirmative, v. not. M. Bourassin, in « Panorama de la législation et de la jurisprudence en droit civil des affaires », *D.* 2006, p. 1380 s. ; O. Gout, « Quel droit commun pour les sûretés réelles ? », *RTD civ.* 2013, p. 255 s.

¹⁷⁷⁶ Dans le même sens, Ph. Simler, « Dispositions générales du Livre IV nouveau du Code civil », *JCP G* 2006, supplément au n° 20, étude n° 2, p. 5 s., spéc. n° 2 (« le droit de gage général est en quelque sorte l'anti-sûreté ») ; A. Aynès, « Consécration légale des droits de rétention », *D.* 2006, p. 1301 s., spéc. n° 2. Rapp. D. Legeais, *V° « Sûretés »*, in *Rép. civ.* Dalloz, 2006, n°s 6 à 8.

¹⁷⁷⁷ Car c'est un simple pouvoir de nuisance, la puissance de fait, purement négative, de ne pas rendre un bien jusqu'à complet paiement. En ce sens, v. Com. 20 mai 1997, n° 95-11.915, *Bull. civ.* IV, n° 141 ; *RTD civ.* 1997, p. 707 s., obs. (approb.) P. Crocq ; *JCP E*, 1998, p. 221-222, n° 23, obs. Ph. Delebecque ; *Deffrénois* 1997, p. 1427, obs. L. Aynès ; *RD bancaire et bourse* 1997, p. 173, obs. M.-J. Campana et J.-M. Calendini ; *LPA* 1^{er} juin 1998, p. 8 s., note P. Rémy-Corlay : « le droit de rétention n'est pas une sûreté ». V. aussi A. Aynès, « Consécration légale des droits de rétention », *D.* 2006, p. 1301 s., spéc. n° 2 (et, du même auteur, *Le droit de rétention : unité ou pluralité ?*, *Economica*, 2005) ; *Rép. civ.* Dalloz, *V° « Rétention »*, par F. Derrida et C. Hannoun, 2000, n° 12. Plus nuancé : *Rép. civ.* Dalloz, *V° « Sûretés »*, par D. Legeais, 2006, n° 17, qui écrit que, bien que n'étant ni une sûreté réelle, ni une sûreté personnelle, le droit de rétention est peut-être tout de même une « sûreté ».

¹⁷⁷⁸ Difficile, même, de les qualifier de « dispositions générales » relatives aux sûretés. À cet égard, le silence, quant à la thématique du droit commun des sûretés, gardé par les études consacrées à ces dispositions générales est symptomatique : v. not. Ph. Simler, « Dispositions générales du Livre IV nouveau du Code civil », *JCP G* 2006,

2006, le législateur aurait manqué le but de proposer de véritables règles de droit commun matériel des sûretés¹⁷⁷⁹. La jurisprudence, comme sa réception doctrinale, se font l'écho de ce mutisme législatif : ainsi, aucun des *grands arrêts de la jurisprudence civile* ne semble concerner « les sûretés » en général ; les arrêts recensés ne concernent qu'une sûreté spéciale – cautionnement, privilège, hypothèque, etc. –, mais jamais véritablement la sûreté en tant que notion¹⁷⁸⁰ ; au-delà, peu d'arrêts semblent concerner, non pas un type de sûreté particulier, mais la notion de sûreté en elle-même.

544. **Tempéraments : règles isolées.** Tout au plus pourrait-on discerner, au titre du droit commun matériel des sûretés, quelques textes épars, qui visent les sûretés en général et n'opèrent pas de distinction dans leur domaine d'application *ratione materiae* et *personae*. Pourrait avant tout être cité l'article 2287 du code civil, qui pose la soumission des sûretés au droit des procédures collectives¹⁷⁸¹ ; mais, outre cette règle, dont le contenu est au demeurant assez décevant – étonnante règle de droit commun que celle qui consacre la faiblesse de l'institution qu'elle régit, en posant la soumission des sûretés à d'autres règles, celles des procédures collectives ! –, les résultats sont décevants. D'autres règles peuvent toutefois être citées, telle celle de l'article 1188 du code civil, qui dispose que « le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier », ou celle de l'article 2011 du même code, qui permet la constitution d'une fiducie ayant une sûreté pour objet¹⁷⁸². Au-delà¹⁷⁸³, le droit commun matériel des sûretés est inexistant.

545. **Inexistence *a minima* d'un droit commun matériel des sûretés personnelles et d'un droit commun matériel des sûretés réelles.** Existerait-il néanmoins, *a minima*, un droit commun matériel des sûretés réelles, et un droit commun matériel des sûretés personnelles – voire, à titre transversal, un droit commun des sûretés pour autrui ? La doctrine considère l'hypothèse comme possible¹⁷⁸⁴. Pourtant, le droit positif en contient formellement peu de traces ; il n'existerait que du droit particulier à chaque sûreté spécifique.

546. **Un droit commun matériel des sûretés personnelles ?** À la lecture du code civil, les attentes que pourrait générer un titre entier consacré aux sûretés personnelles – le titre I

supplément au n° 20, étude n° 2, p. 5 s., qui n'y fait référence qu'incidemment, pour exprimer l'idée selon laquelle l'article 2287 du code civil donne primauté aux règles relatives aux procédures collectives.

¹⁷⁷⁹ Rapp. D. Legeais, « La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz, 2006, p. 367 s., spéc. n° 2 : « le droit des garanties n'a pas été unifié alors que pourtant il s'agissait de l'un des impératifs majeurs de la réforme ». *Adde* M. Bourassin, in « Panorama de la législation et de la jurisprudence en droit civil des affaires », D. 2006, p. 1380 s.

¹⁷⁸⁰ V. H. Capitant, par F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 12^e éd., Dalloz, livre IX, « Les sûretés ».

¹⁷⁸¹ Dans le même sens : D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 8^e éd., LGDJ, 2011, n° 25.

¹⁷⁸² Quelques autres exemples existent. V. not. l'article 1108-2 du code civil (principe d'interdiction de l'écrit électronique et de la nécessité du caractère manuscrit des mentions pour les sûretés), l'article L. 526-6 du code de commerce (composition du patrimoine de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée), ou encore l'article L. 312-8, 4^o, du code de la consommation (mentions obligatoires dans l'offre de contrat de prêt immobilier).

¹⁷⁸³ Il existe en outre, comme pour chaque institution, des règles dépassant le seul droit des sûretés, mais qui relèvent néanmoins de leur droit commun matériel, telles les règles relatives à la charge de la preuve, ou le droit à l'exécution forcée posé par les articles L. 111-1 et suivants du code des procédures civiles d'exécution.

¹⁷⁸⁴ V. not. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 36 ; J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Droit commun des sûretés réelles*, 1^{re} éd., LGDJ, 1996, n° 6.

du livre IV est intitulé « Des sûretés personnelles » – sont déçues, puisqu’aucun article ne régleme les sûretés personnelles dans leur ensemble. Il est ainsi symptomatique que l’article 2287-1 du code civil, seule règle consacrée en commun à toutes les sûretés personnelles, ne fasse qu’annoncer que le code traitera séparément le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d’intention. S’il semble concevable de voir dans cet article « un droit commun en germe »¹⁷⁸⁵ des sûretés personnelles, l’on doit néanmoins convenir de sa faiblesse : d’abord, cette seule règle de droit commun matériel des sûretés personnelles se contente d’une annonce ; ensuite, la technique est décidément bien étonnante, qui consiste à recourir à une règle de droit commun pour énoncer la diversité, annoncer les règles particulières. Tout au plus pourra-t-on discerner dans certaines règles, peu nombreuses, un droit commun matériel en pointillés ; tel pourrait être le cas de l’article 1326 du code civil, reconnu applicable au cautionnement comme à la garantie autonome¹⁷⁸⁶. Le constat demeure : aucun corpus de droit commun matériel des sûretés personnelles n’existe.

547. **Un droit commun matériel des sûretés réelles ?** Au regard des contributions doctrinales consacrées au *droit commun des sûretés réelles*¹⁷⁸⁷ comme de l’intitulé du titre II du livre IV du code civil – « Des sûretés réelles » –, la tentation est grande de conclure à l’existence d’un droit commun matériel des sûretés réelles. Le premier sous-titre consacré par le code civil aux sûretés réelles, qui contient les articles 2323 à 2328-1 et intitulé « dispositions générales », irait également en ce sens. L’impression se dissipe pourtant à la lecture des dispositions précitées : à l’exception de celles de l’article 2328-1 – qui pose que « toute sûreté réelle » peut être gérée pour le compte du créancier par un tiers –, elles ne visent que des sûretés spécifiques – privilèges ou hypothèques. Contrairement à ce qu’annonce l’expression de « dispositions générales », et hors le cas de l’article 2328-1 précité, ces articles seraient ainsi constitutifs de droit *spécial* matériel des sûretés réelles¹⁷⁸⁸. Quant aux dispositions qui suivent ces « dispositions générales » – lesquelles pourraient être requalifiées « dispositions liminaires » –, le code civil y traite séparément les sûretés sur les meubles et les sûretés sur les immeubles : n’y figure, par définition, aucune règle de droit commun matériel des sûretés réelles. Seules quelques règles, éparses et dépourvues de caractère systématique, pourraient peut-être être recensées ailleurs, notamment en lien avec les entreprises en difficulté¹⁷⁸⁹.

¹⁷⁸⁵ M. Bourassin, in « Panorama de la législation et de la jurisprudence en droit civil des affaires », *D.* 2006, p. 1380 s. : « il est possible de déceler un droit commun en germe, chaque fois que des subdivisions s’ouvrent sur un article qui énumère les sûretés réglementées » ; l’auteur vise « les sûretés personnelles (art. 2287-1), les sûretés mobilières (art. 2329) et les sûretés immobilières (art. 2373) ».

¹⁷⁸⁶ 1) Par ex. Civ. 1^{re}, 25 mai 2005, n° 04-14.695, *Bull. civ.* I, n° 228 (cautionnement) – Com. 22 oct. 1996, n° 94-16.564, *NPB* ; *RTD civ.* 1996, p. 183, obs. M. Bandrac (garantie à première demande). *Adde* P. Crocq, « L’évolution des garanties du paiement : de la diversité à l’unité », in *Mélanges C. Mouly*, t. 2, Litec, 1998, p. 317 s., spéc. n° 19.

2) Ce n’est pas le cas, en revanche, de textes spécifiques au cautionnement mais dont la solution est appliquée par analogie à la garantie autonome, tel l’article 1415 du code civil : v. *infra*, n° 636.

¹⁷⁸⁷ J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Droit commun des sûretés réelles*, 1^{re} éd., LGDJ, 1996. V. aussi O. Gout, « Quel droit commun pour les sûretés réelles ? », *RTD civ.* 2013, p. 255 s.

¹⁷⁸⁸ Rapp. M. Bourassin, in « Panorama de la législation et de la jurisprudence en droit civil des affaires », *D.* 2006, p. 1380 s.

¹⁷⁸⁹ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 36 : pour les sûretés réelles, « diverses règles communes peuvent être soulignées, notamment dans le droit des difficultés des entreprises (régime de la période suspecte, arrêt des poursuites et des inscriptions, régime des créances de l’article L. 622-17) » ; elles ne

548. **Existence de droits communs matériels à chaque sûreté particulière.**

Puisque, contrairement à ce que permettait le plan retenu par l'ordonnance du 23 mars 2006, les différents types de sûreté sont réglementés séparément¹⁷⁹⁰, le droit positif prévoit un simple droit commun pour chaque sûreté particulière : droit commun du cautionnement, droit commun du gage¹⁷⁹¹, etc. Il n'existe qu'un droit commun matériel à chaque sûreté particulière¹⁷⁹².

2. Conséquences

549. **Difficultés posées.** Des difficultés pratiques liées à l'absence d'un corps de règles constituant un droit commun matériel des sûretés, ou, *a minima*, un droit commun matériel d'une catégorie générale de sûreté, pourraient se présenter. Elles renvoient à deux séries d'hypothèses : le premier cas est celui d'une sûreté dont la qualification ne ferait pas de doute, mais dont le régime serait incomplet ; le second cas est celui d'une sûreté dont la qualification même serait douteuse, et qui serait irréductible à celle de sûreté personnelle comme à celle de sûreté réelle.

550. **Première série d'hypothèses : caractère incomplet de la réglementation d'une sûreté.** Certaines questions peuvent d'abord se poser – elles se sont d'ailleurs posées en pratique –, lorsque la réglementation d'une sûreté particulière, dont la qualification est par ailleurs identifiée (nantissement, garantie autonome, etc.), est incomplète : par exemple, dans le code civil, un seul article – l'article 2321 – est consacré à la garantie autonome ; or, cet article est incomplet quant au régime applicable à cette garantie personnelle. Où trouver la réglementation manquante ? C'est normalement la fonction du droit commun que de poser un ensemble de règles subsidiaires dans lequel puiser ; mais, dans la mesure où celui-ci fait défaut, il convient d'aller trouver ailleurs les solutions aux problèmes posés¹⁷⁹³.

concernent pour autant que les entreprises en difficulté qui entrent dans le champ d'application du livre VI du code de commerce.

¹⁷⁹⁰ Pour les sûretés réelles mobilières par exemple, l'article 2329 annonce que le code civil réglemente séparément les privilèges mobiliers, le gage de meubles corporels, le nantissement de meubles incorporels et la propriété mobilière retenue ou cédée à titre de garantie. Quant aux sûretés réelles immobilières, l'article 2373 annonce que le code traitera séparément les privilèges immobiliers, le ci-devant gage immobilier – anciennement antichrèse –, les hypothèques et la propriété immobilière retenue ou cédée en garantie. Il en est de même pour les sûretés personnelles, comme l'atteste, on l'a vu, la rédaction de l'article 2287-1 du même code (v. juste *supra*).

¹⁷⁹¹ Sur ceux-ci, v. *supra*, n° 503 s.

¹⁷⁹² Et encore, même ce dernier constat gagnerait peut-être parfois à être nuancé : par exemple, il n'existe peut-être pas, en droit positif, de règles de droit commun de l'hypothèque. Celle-ci, en effet, est une sûreté réelle sur un bien, qu'il soit meuble ou immeuble (v. not. *Rép. civ.* Dalloz, V° « Sûretés », par D. Legeais, 2006, n° 65 s. ; C. Juillet, « Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir », in *Mélanges C. Larroumet*, Economica, 2009, p. 241 s., spéc. n°s 26 et 42 ; C. Gijssbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse Paris II, 2012, dernier chapitre, not. n° 591). La notion d'hypothèque n'implique pas que son objet soit uniquement immobilier ; l'exemple de certains droits étrangers (cf. l'article 2660 du code civil du Québec, dont il résulte expressément que l'hypothèque peut porter indifféremment sur un meuble ou sur un immeuble), ou celui du droit français – qui connaît des applications de l'hypothèque mobilière (navires, bateaux, aéronefs ; v. *Rép. civ.* Dalloz, V° « Sûretés », par D. Legeais, 2006, n° 65 s.) l'attestent. Or, les articles 2393 et suivants du code civil ne réglementent que l'hypothèque immobilière. C'est donc dire que le domaine d'application *ratione materiae* de ces textes n'inclut pas toutes les possibilités d'hypothèque ; les règles contenues aux articles 2393 et suivants du code civil ne sont pas constitutives d'un droit commun matériel de l'hypothèque, mais d'un droit commun matériel de l'hypothèque *immobilière*. Relativement à l'hypothèque en général, elles ne seraient que de *droit spécial matériel*.

¹⁷⁹³ Pour des éléments de solution, v. *infra*, n° 635 s.

551. **Seconde série d'hypothèses : sûretés hybrides.** D'autres difficultés pratiques sont ensuite concevables lorsqu'une sûreté constitue un hybride entre sûreté réelle et sûreté personnelle, irréductible à une seule des deux catégories, mais à laquelle il faut tout de même appliquer un régime juridique et, partant, pour ce faire, qu'il faut qualifier ; faute d'un corps de règles de droit commun des sûretés, ou même, par exemple, d'un corps intermédiaire de règles de droit commun des sûretés pour autrui, il faut alors choisir entre la qualification de sûreté réelle et de sûreté personnelle – et, plus encore¹⁷⁹⁴, entre les différents types de sûreté, gage, antichrèse, hypothèque, etc. –, quitte à ce que la qualification choisie apparaisse mal ajustée à la sûreté en cause¹⁷⁹⁵. Le « cautionnement réel », pour lequel ces difficultés se sont posées en jurisprudence, en constitue une illustration ; d'autres questions du même type pourraient tout aussi bien se poser, notamment relativement à la prestation foncière du droit alsacien-mosellan¹⁷⁹⁶, dont le régime est incomplet, et dont la qualification juridique – sûreté réelle ou sûreté personnelle – apparaît incertaine¹⁷⁹⁷.

B. La prescription

552. **Plan.** La situation de la prescription est comparable depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008. L'exposé de l'absence d'un ensemble de règles de droit commun matériel de la prescription (1) précédera un exemple de difficulté (2).

1. Constat

553. **Avant la loi du 17 juin 2008 : existence d'un droit commun matériel.** Dans l'état du droit issu du code de 1804 et antérieur à la réforme de 2008, il existait un droit commun matériel de la prescription, composé de toutes les *règles communes à la prescription extinctive et à la prescription acquisitive*¹⁷⁹⁸, contenues dans l'ancien titre XX du livre III du code civil : en faisaient notamment partie les règles relatives à l'interdiction de renoncer d'avance à la prescription – ancien article 2220 –, à l'impossibilité pour le juge de relever d'office le moyen résultant de la prescription – ancien article 2223 –, la possibilité d'opposer la prescription en tout état de cause – ancien article 2224 –, la majorité des règles relatives à l'interruption et à la suspension de la durée – anciens articles 2242 et suivants – voire encore à l'exigence d'une durée de trente ans pour prescrire – ancien article 2262 du code civil¹⁷⁹⁹.

¹⁷⁹⁴ Puisqu'il n'existe aucun corps de règles à même de constituer un droit commun des sûretés personnelles ou un droit commun des sûretés réelles.

¹⁷⁹⁵ Rapp. A. Bénabent, « L'hybridation dans les contrats », in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 27 s.

¹⁷⁹⁶ Sur celle-ci, v. *supra*, n° 377.

¹⁷⁹⁷ Pour des éléments de solution, v. *infra*, n° 653 s.

¹⁷⁹⁸ V. déjà M.-H. de Selle de Beauchamp, *Des règles communes à la prescription acquisitive et extinctive*, th. Caen, 1865.

¹⁷⁹⁹ Sur cette dernière règle cependant, v. *infra*, n° 569 et la note. Pour l'exposé détaillé des règles sous l'empire du code de 1804, v. déjà C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 2, Marchal et Billard, 4^e éd., 1869, p. 326 s. ; G. Baudry-Lacantinerie et A. Tissier, *Traité théorique et pratique de droit civil, De la prescription*, Larose, 1895, n° 34. Adde M.-H. de Selle de Beauchamp, *Des règles communes à la prescription acquisitive et extinctive*, th. Caen, 1865, préc.

554. Depuis la loi du 17 juin 2008 : inexistence d'un droit commun matériel.

La réforme du 17 juin 2008 n'a pas repris ces règles communes : depuis celle-ci, le code civil consacre des titres distincts à la prescription extinctive – titre XX – et à la prescription acquisitive – titre XXI –, sans qu'aucune disposition soit formellement commune aux deux. La prescription est depuis lors une institution dépourvue de droit commun matériel. Depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2008 en effet, il n'existe plus qu'un droit commun de la prescription extinctive d'un côté, et un droit commun de la prescription acquisitive d'un autre côté.

555. Impact sur la cohérence de l'institution : un acte manqué. Les conséquences néfastes d'une absence de droit commun matériel de la prescription atteignent surtout la lisibilité et la cohérence d'ensemble de l'institution. En effet, pour n'être pas la même technique, prescription acquisitive et prescription extinctive présentent néanmoins des traits communs¹⁸⁰⁰ tenant notamment à l'idée qu'elles sont, l'une comme l'autre, relatives à l'effet du temps sur la titularité des droits subjectifs. Ces traits communs n'auraient-ils pu justifier un certain nombre de règles communes¹⁸⁰¹ ? Le renvoi opéré par le nouvel article 2259 du code civil est d'ailleurs un fort indice en ce sens¹⁸⁰² : ce texte rend applicable à la prescription acquisitive, par renvoi, un certain nombre des règles de droit commun matériel de la prescription extinctive¹⁸⁰³ ; qu'est-ce, sinon le signe que puisqu'il existe des solutions partagées par l'une et l'autre, l'édiction de règles communes aux prescriptions extinctive et acquisitive était possible ? Autrement dit, si le régime applicable à la prescription extinctive et à la prescription acquisitive est partiellement le même, pourquoi n'avoir pas édicté des *règles communes* à la prescription en général (lesquelles ? au moins celles qui font l'objet du renvoi), un droit commun matériel de la prescription ? Plutôt que la séparation absolue ou la confusion absolue, qui apparaissent toutes deux excessives¹⁸⁰⁴, là se trouvait peut-être la solution la plus sage¹⁸⁰⁵. Ce n'est cependant pas le

¹⁸⁰⁰ V., concluant même à l'identité des techniques, la théorie de l'unité des prescriptions acquisitive et extinctive : S. Fournier, *Essai sur la notion de prescription en matière civile*, thèse Lyon III, 1992 ; F. Zenati et S. Fournier, « Essai d'une théorie unitaire de la prescription », *RTD civ.* 1996, p. 339 s.

¹⁸⁰¹ Peut-être, il est vrai, pas aussi nombreuses que ne le donnait à penser la réglementation antérieure à la réforme de 2008, qui présentait artificiellement comme communes aux deux types de prescription des règles propres à l'une d'entre elles ; par exemple, les règles relatives à la possession (anciens articles 2228 et suivants du code civil), formellement présentées comme communes à la prescription extinctive et à la prescription acquisitive, pouvaient en réalité devoir être lues comme concernant exclusivement la prescription acquisitive. Comp. cep. S. Fournier, *Essai sur la notion de prescription en matière civile*, thèse Lyon III, 1992, et F. Zenati et S. Fournier, « Essai d'une théorie unitaire de la prescription », *RTD civ.* 1996, p. 339 s., qui opinaient que ces dispositions avaient également un sens relativement à la prescription extinctive, les auteurs estimant que les deux types de prescription trouvent leur fondement commun dans la possession.

¹⁸⁰² Rappr. L. Leveneur, « Réforme de la prescription : trois petits tours au parlement et quelques questions », *CCC* août 2008, comm. n° 195.

¹⁸⁰³ Pour des développements, v. *infra*, n° 610 s. Ce texte n'est pourtant pas source de règles de droit commun matériel aux deux types de prescription, puisque les règles de référence auxquelles renvoie l'article 2259 du code civil restent des règles spécifiques à la prescription extinctive, et ne sauraient être considérées comme des règles de droit commun de la prescription en général ; leur domaine d'application reste matériellement spécial. Pour la distinction entre la technique du renvoi textuel et la technique du droit commun, v. *infra*, n° 614.

¹⁸⁰⁴ Celle de la séparation absolue parce qu'il est un fait que des solutions communes existent ; celle de la confusion absolue parce qu'il est également un fait que des solutions particulières à chaque type de prescription existent.

¹⁸⁰⁵ La solution aurait ainsi pu consister à réformer la prescription en prévoyant un titre unique sur l'institution, avec un petit nombre de dispositions préliminaires communes, puis deux sous-titres distincts, l'un relatif à la prescription acquisitive, l'autre à la prescription extinctive.

choix qu'a fait le législateur et l'on pourrait ainsi songer à lui reprocher de ne pas être allé au bout de sa logique. Pourquoi avoir préféré cette technique du renvoi de textes, moins aboutie ?

2. Conséquences

556. **Illustration : prescriptions « mixtes ».** Les conséquences directes d'une telle absence existent, même si elles ne semblent pas devoir être exagérées. Il existe peu de situations intermédiaires entre la prescription extinctive ou la prescription acquisitive : en effet, soit une situation est soumise à la prescription extinctive, soit elle est soumise à la prescription acquisitive ; les hybrides n'existent pas, et les hésitations entre les deux qualifications sont rares. Un exemple au moins montre pourtant que la qualification d'une prescription peut être douteuse et pourrait, dès lors, être à la source de difficultés : l'article 2488, 4^o, du code civil prévoit que « les privilèges et hypothèques s'éteignent [...] par la prescription », acquise au débiteur, lorsque les biens sont entre les mains d'un tiers détenteur, « par le temps réglé pour la prescription de la propriété à son profit ». S'agit-il d'une application de la prescription extinctive, ou d'une application de la prescription acquisitive ? La question est délicate : d'un côté, les premiers termes de l'article font penser à une application de la prescription extinctive (les privilèges et hypothèques *s'éteignent*) ; cependant, la seconde partie fait incontestablement penser à une application de la prescription acquisitive, puisqu'elle fait référence à la prescription de la propriété, et que la propriété n'est susceptible que de prescription acquisitive, et non de prescription extinctive¹⁸⁰⁶. En d'autres termes, faut-il soumettre cette situation, pour les éléments de régime non réglés par l'article 2488, aux règles de la prescription extinctive, ou à celles de la prescription acquisitive ? L'enjeu, s'il n'est pas immense, est tout de même existant (par exemple, le débiteur qui souhaite être libéré par la prescription peut-il, comme le permet l'article 2265 pour la prescription acquisitive, joindre sa possession à celle de son auteur ?) et la réponse n'est pas évidente¹⁸⁰⁷. Notons seulement ici que le texte, qui fait référence à *l'extinction* des privilèges et hypothèques, constitue manifestement davantage une application de la prescription extinctive¹⁸⁰⁸ mais que, cependant, l'on ne saurait sans hésitation lui appliquer les seules règles relatives à la prescription extinctive, dans la mesure où il se réfère tout aussi manifestement aux conditions, non pas de la prescription extinctive, mais de la prescription acquisitive. En quelque sorte, cette prescription serait « mixte », extinctive dans ses effets et acquisitive dans ses conditions¹⁸⁰⁹. L'existence d'un droit matériellement commun aux deux types de prescriptions aurait peut-être pu partiellement couper court à la difficulté : au lieu de se demander s'il convenait d'appliquer subsidiairement les règles de la prescription extinctive ou les règles de la prescription acquisitive,

¹⁸⁰⁶ V., aujourd'hui, la première phrase de l'article 2227 du code civil (« le droit de propriété est imprescriptible », c'est-à-dire insusceptible de prescription extinctive) et l'article 2272 du même code (qui permet la possibilité de prescription acquisitive de la propriété). V. aussi, pour le droit antérieur à la réforme de 2008, les nombreux arrêts rendus depuis Req. 12 juill. 1905 (DP 1907, 1, p. 141 s., rapp. Potier), not. Civ. 1^{re}, 7 oct. 1964, Bull. civ. I, n° 430.

¹⁸⁰⁷ Sur le débat, v. M. Bandrac, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Economica, 1984, n° 71 s. (antérieurement à la réforme, mais les raisonnements restent d'actualité).

¹⁸⁰⁸ Dans le même sens, v. M. Bandrac, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Economica, 1984, n° 71 s.

¹⁸⁰⁹ V. not. M. Bandrac, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Economica, 1984, n° 72, et les références citées.

le cas échéant de manière distributive, il eût suffi de soumettre cette prescription, pour compléter l'article 2488, aux règles communes¹⁸¹⁰.

C. L'acte juridique

557. **Plan.** Aucun corps de règles de droit commun matériel de l'acte juridique n'existe (1), ce qui entraîne encore certaines conséquences néfastes (2).

1. Constat

558. **Absence d'un corpus de droit commun matériel de l'acte juridique.** L'acte juridique, bien que notion centrale du droit français¹⁸¹¹, ne connaît pas de corps de règles susceptibles d'en constituer le droit commun matériel. En effet, s'il existe indéniablement un droit commun matériel du contrat, constitué de toutes les règles applicables à l'institution du contrat et dont le domaine d'application *ratione materiae et personae* est indéfini¹⁸¹², le droit positif est en revanche silencieux sur le droit commun des actes juridiques¹⁸¹³. Et si quelques articles se réfèrent tout de même à la notion d'acte juridique – par exemple, les articles 1108-1, 1316-4, 1326, ou 1348 du code civil –, beaucoup d'entre eux sont matériellement spéciaux, ne visant pas tous les actes juridiques, mais une catégorie seulement – par exemple, l'article 1108-1 vise les seuls actes juridiques qui nécessitent un écrit *ad validitatem*, l'article 1326 les seuls actes juridiques par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible. Ainsi, à peine quelques règles légales¹⁸¹⁴ et quelques règles dégagées par la jurisprudence¹⁸¹⁵ pourraient être considérées comme relevant du droit commun matériel de l'acte juridique. Quoi qu'il en soit, elles apparaissent trop rares, trop éparées – trop accidentelles ? –, pour constituer même l'ébauche d'un corpus de droit commun matériel.

¹⁸¹⁰ À titre d'illustrations supplémentaire des difficultés, cf. la prescription appliquée à la filiation (v. par ex. l'article 321 du code civil) : s'agit-il d'une prescription extinctive (des « actions d'état », c'est-à-dire du droit de faire établir ou détruire un lien de filiation), ou d'une prescription acquisitive (d'un état consolidé, conforté) ? Rappr. *Rép. civ.* Dalloz, *V*° « Prescription acquisitive », par B. Grimonprez, 2011, n° 20, et les références citées.

¹⁸¹¹ V. par ex. C. Brenner, *V*° « Acte juridique », in *Rép. civ.* Dalloz, 2008, not. n° 6.

¹⁸¹² V. par ex. la rédaction des articles 1108, 1134 ou 1135 du code civil. Sur le droit commun matériel du contrat, v. partic. C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009.

¹⁸¹³ Rappr. J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations - L'acte juridique*, 14^e éd., Sirey, 2010, n° 55. Pour le sort de la notion d'acte juridique dans les avant-projets de réforme du droit des contrats, v. M. Poumarède, « La place de l'acte juridique dans les projets de réforme du droit des obligations », in *Métamorphoses de l'acte juridique*, dir. M. Nicod, PU Toulouse, 2011, p. 11 s.

¹⁸¹⁴ V. not. l'article 1316-4 du code civil : « la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose ».

¹⁸¹⁵ V. not. Civ. 3^e, 17 févr. 1993, n° 91-10.942, *Bull. civ.* III, n° 19 : « la loi nouvelle ne s'applique pas, sauf rétroactivité expressément stipulée par le législateur, aux conditions de l'acte juridique conclu antérieurement et [...] cette loi, même si elle est d'ordre public, ne pouvait pas frapper de nullité les actes définitivement conclus avant sa promulgation ».

2. Conséquences

559. **Exemple de difficulté pratique posée : objet et cause des legs.** L'absence d'un droit commun matériel des actes juridiques est source de difficultés pratiques dans toutes les hypothèses où l'acte juridique concerné n'est pas un contrat, mais un autre type d'acte juridique, et où cet acte n'est pas régi par un corps de règles suffisamment complet. La question de l'objet et de la cause des legs en constitue un exemple : sur certaines questions, les règles applicables aux legs font défaut, et il en est notamment ainsi quant à leur objet et à leur cause¹⁸¹⁶. *Quid*, donc, de l'objet et de la cause d'un legs¹⁸¹⁷ ? Appliquer purement et simplement les règles relatives aux contrats apparaît techniquement discutable, dans la mesure où le legs n'est pas un contrat : appliquer au legs les règles de droit commun matériel des contrats reviendrait à en forcer le domaine d'application *ratione materiae* (à les appliquer à un cas *qu'elles ne concernent pas*) ; l'application subsidiaire est donc ici sans objet¹⁸¹⁸. En effet, si le legs est bien un acte juridique, il est un acte juridique unilatéral¹⁸¹⁹ ; les règles de droit commun des contrats ne le concernent pas¹⁸²⁰. C'est le droit commun matériel de l'acte juridique qui aurait vocation à s'appliquer subsidiairement, mais celui-ci n'existe pas. On le pressent, il est pourtant certain que tout acte juridique, conventionnel ou non – legs compris – doit être soumis à des conditions de validité tenant notamment à l'exigence d'un objet et d'une cause¹⁸²¹. Où trouver la solution à cette question et par quel raisonnement ? La carence du droit commun matériel est ici encore source de difficultés pratiques de ce type, génératrices d'insécurité juridique¹⁸²².

D. Les personnes morales

560. **Plan.** L'absence d'un ensemble de règles de droit commun matériel des personnes morales (1) entraîne ici encore certaines difficultés pratiques (2).

¹⁸¹⁶ En effet, le titre II du livre III du code civil, s'il contient quelques règles relatives à la validité des libéralités – par exemple, l'article 901, qui prévoit que « pour faire une libéralité, il faut être sain d'esprit », et que « la libéralité est nulle lorsque le consentement a été vicié par l'erreur, le dol ou la violence » –, ne contient pas de règles quant à l'objet et à la cause comme condition de validité des libéralités. Sur le droit commun des libéralités, v. *supra*, n° 502.

¹⁸¹⁷ La situation n'entraîne pas de conséquences quant à l'objet et à la cause des donations, dans la mesure où celles-ci sont des contrats : il faut alors, tout simplement, appliquer les règles de droit commun matériel des contrats, contenues sur ce point aux articles 1126 et suivants du code civil, aux donations.

¹⁸¹⁸ L'application subsidiaire ne concerne en effet que le cas où la règle à appliquer « subsidiairement » contient l'hypothèse à régir dans son domaine d'application ; or, tel n'est pas le cas ici (en d'autres termes, les hypothèses en cause ne sont pas dans un rapport de commun à spécial : v. *supra*, n° 176 s.). L'affirmation en vertu de laquelle « le testament est un acte juridique qui est soumis aux conditions de validité de droit commun, parmi lesquelles se trouve l'exigence d'une cause, formulée par l'article 1131 du code civil » (E. Naudin, « La cause du testament », note sous Civ. 1^{re}, 15 déc. 2010, *D.* 2011, p. 795 s.) prête à discussion.

¹⁸¹⁹ M. Grimaldi, *Successions*, 6^e éd., Litec, 2001, n° 271 ; *Droit patrimonial de la famille*, dir. M. Grimaldi, Dalloz, 2011, n° 321.11 ; J. Hamel, *La notion de cause dans les libéralités*, thèse Paris, 1920, p. 11.

¹⁸²⁰ Rapp. M. Grimaldi, *Successions*, 6^e éd., Litec, 2001, n° 4, note 3.

¹⁸²¹ Pour la doctrine en effet, l'objet et la cause sont des exigences de validité communes à tous les actes juridiques : v. *Rép. civ.* Dalloz, V° « Acte juridique », par C. Brenner, 2006, n°s 54 s. et 58. V. aussi J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations - L'acte juridique*, 14^e éd., Sirey, 2010, n° 492 : « en principe, l'acte unilatéral est soumis aux mêmes conditions [de validité] que le contrat : consentement, capacité, objet, cause ». V. encore C. Jubault, *Les successions - Les libéralités*, 2^e éd., Montchrestien, 2010, n° 698 s. (pour la cause des libéralités en général) et n° 723 s. (pour l'objet du legs). *Adde* J. Hamel, *La notion de cause dans les libéralités*, thèse Paris, 1920, p. 1.

¹⁸²² Sur la solution envisagée et retenue par le droit positif, v. *infra*, n° 637 s.

1. Constat

561. **Absence d'un corpus de règles de droit commun matériel des personnes morales.** Si l'on excepte quelques rares règles, applicables à toute personne morale de droit privé en cas de procédure collective¹⁸²³, voire quelques principes généraux du droit des personnes morales dégagés par la jurisprudence et évoqués par la doctrine¹⁸²⁴, le droit positif ne contient pas de règles applicables à toutes les personnes morales¹⁸²⁵. Pour les personnes morales, il n'existe pas – pas même au stade embryonnaire – de corpus de règles de droit commun matériel, consistant en un ensemble organisé de règles au domaine d'application *ratione materiae* et *personae* indéfini.

562. **Des droits communs matériels pour chaque type de personne morale.** Il n'existe que des droits communs à certains types de personnes morales : par exemple la société, notamment aux articles 1832 et suivants du code civil¹⁸²⁶, ou encore l'association, dans la loi du 1^{er} juillet 1901. La doctrine a pu déplorer cette inexistence d'un droit commun matériel des personnes morales¹⁸²⁷ et ce, d'autant plus que des difficultés pratiques en découlent parfois.

2. Conséquences

563. **Exemple de problème posé : caractère incomplet de la loi de 1901 sur les associations.** Un exemple de difficulté posée : soit une association, dans laquelle les membres souhaitent révoquer le dirigeant avant la fin d'un mandat à durée déterminée qui lui a été confié. Comment déterminer si l'assemblée générale a pouvoir pour le faire, sachant que la loi du 1^{er} juillet 1901 est silencieuse sur ce point¹⁸²⁸ ? L'absence de règles de droit commun matériel des personnes morales auxquelles se référer subsidiairement, dans le silence des règles qui concernent spécifiquement les associations, incite à rechercher une méthode pour régler les questions susceptibles de se poser¹⁸²⁹. Un tel blocage peut également se présenter lorsque le droit commun matériel d'une institution est partiellement défaillant.

¹⁸²³ V. par ex. l'article L. 611-5 du code de commerce. V. D. Randoux, « Vers un droit commun des groupements », *JCP G* 1996, I, 3982, spéc. n° 5.

¹⁸²⁴ V. Y. Guyon, obs. sous Civ. 1^{re}, 29 nov. 1994, *Rev. sociétés* 1995, p. 318, qui cite la règle de l'incident de séance et Civ. 31 déc. 1913, *S.* 1914, 1, p. 267 s. (v. J. Hamel et G. Lagarde, *Droit commercial*, t. 1, 1^{re} éd., Dalloz, 1954, n° 692).

¹⁸²⁵ Dans le même sens, M.-L. Coquelet, « La loi du 24 juillet 1966 comme modèle d'un droit commun des groupements », in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 195 s., spéc. n° 2 ; F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 s., spéc. p. 933 (« il n'existe pas de droit commun des personnes morales »).

¹⁸²⁶ P. Le Cannu, « Existe-t-il une société de droit commun ? », in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 247 s., spéc. n° 1 ; l'auteur ajoute à ces règles contenues dans le chapitre premier du titre IX du livre III du code civil les « solutions unifiées » pour les « différents types de société » et des « principes généraux ».

¹⁸²⁷ V. not. Y. Guyon, obs. sous Civ. 1^{re}, 29 nov. 1994, *Rev. sociétés* 1995, p. 318, qui estime qu'« il serait souhaitable que le législateur édicte lui-même les règles communes à toutes les personnes morales ». V. aussi F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 s., spéc. p. 933, qui juge cette inexistence « regrettable ».

¹⁸²⁸ L'hypothèse étant également que les statuts ne prévoient rien sur ce point.

¹⁸²⁹ Pour la solution apportée par la jurisprudence dans cet exemple, v. *infra*, n° 639 s.

§ II – L'inexistence partielle

564. **Plan.** Les hypothèses de défaillance partielle du droit commun matériel se présentent pour de nombreuses institutions juridiques. Deux exemples seront développés¹⁸³⁰ : celui de la durée et du point de départ de la prescription extinctive (A) et celui de la durée de la prescription acquisitive (B).

A. Durée et point de départ du délai de prescription extinctive

565. **Plan.** Le droit commun matériel de la prescription extinctive, qui est développé¹⁸³¹, demeure cependant incomplet. Il fait défaut sur l'une des questions les plus importantes : aucune règle de droit commun matériel ne fixe la durée du délai et son point de départ. Le constat (1) précédera l'étude des difficultés posées du fait d'une telle carence (2).

1. Constat

566. **Absence de délai et de point de départ de droit commun matériel : domaine limité de l'article 2224 du code civil.** Certains auteurs l'ont noté¹⁸³² : contrairement aux apparences qui pourraient résulter de ce qu'annonce le titre de la section I du chapitre II du titre XX du livre III du code civil, qui le contient, l'article 2224 du code civil ne pose ni le « délai de droit commun » de la prescription extinctive, ni son « point de départ », puisque le domaine d'application de ce texte est expressément limité. Le délai et le point de départ institués ne concernent pas, comme des règles de droit commun de la prescription le devraient, tous les droits prescriptibles, mais seulement certains d'entre eux : les « actions personnelles et mobilières »¹⁸³³ –

¹⁸³⁰ D'autres illustrations pourraient être prises, à commencer par certaines de celles développées au sein du paragraphe précédent, envisagées sous un autre angle : le problème pratique posé relativement à l'objet et la cause des legs, s'il est avant tout une difficulté soulevée par l'*inexistence* d'un droit commun matériel de l'*acte juridique*, est également l'illustration de l'*insuffisance* des règles de droit commun matériel des *libéralités* sur ce point. Il en est de même, par exemple, pour la question de la révocation du dirigeant d'une association hors de l'ordre du jour fixé : le problème se pose autant parce que le droit commun matériel des *personnes morales* est *inexistant* que parce que le droit commun matériel des *associations* est *insuffisant*.

¹⁸³¹ V. *supra*, n° 506 s.

¹⁸³² Ph. Malaurie, « La réforme de la prescription civile », *Deffrénois* 2008, p. 2029 s., spéc. n° 8, p. 2033 : « S'agit-il avec ce délai de cinq ans d'un nouveau "droit commun", comme il a été constamment dit lors des débats parlementaires ? L'article 2224 ne vise que les actions "personnelles ou mobilières" [...]. Ce n'est donc pas un droit commun, puisque n'est soumise au délai de cinq ans qu'une seule catégorie d'actions, "les actions personnelles ou mobilières" ». Dans le même sens, P. Voirin et G. Goubeaux, *Droit civil*, t. 1, 33^e éd., LGDJ, 2011, n° 78. Rapp. C. Brenner et H. Lécuyer, « La réforme de la prescription », *JCP E* 2009, 1169 et 1197, n° 17, note 46 ; L. Leveneur, « Réforme de la prescription : trois petits tours au parlement et quelques questions », *CCC* août 2008, comm. n° 195.

¹⁸³³ *Contra* : A. Guégan, « La nouvelle durée de la prescription : unité ou pluralité ? », in *La réforme de la prescription en matière civile*, dir. Ph. Casson et Ph. Pierre, Dalloz, 2010, p. 11 s., spéc. n° 4 s. (qui analyse la règle posée par l'article 2224 du code civil comme le « nouveau délai de droit commun » sans mentionner que ce délai ne concerne que les actions personnelles et réelles mobilières). Rapp. B. Fauvarque-Cosson et J. François, « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *D.* 2008, p. 2512 s., spéc. n°s 7 et 10 ; C. Brenner et H. Lécuyer, *JCP E* 2009, « La réforme de la prescription », *JCP E* 2009, 1169 et 1197, n° 17 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 1477 ; É. Blessig, *Rapport AN n° 847*, 2007-2008, not. p. 9, et 33.

couple dont peut être remarqué en passant le caractère inédit et bien singulier¹⁸³⁴. Le domaine d'application de l'article 2224 du code civil, limité à certains droits prescriptibles, en fait une règle matériellement spéciale, un « cas particulier »¹⁸³⁵.

567. **Comparaison : droit québécois.** La comparaison de ces solutions avec celles retenues, par exemple, en droit québécois, est éclairante. Quant au délai, l'article 2922 du code civil du Québec dispose que « le délai de la prescription extinctive est de dix ans, s'il n'est autrement fixé par la loi »¹⁸³⁶ ; parce qu'il vise tous les droits prescriptibles sans distinction – *i. e.*, parce que son domaine d'application *ratione materiae* et *personae* est indéfini –, il s'agit ici d'un véritable texte de droit commun de la prescription extinctive. Le contraste avec l'article 2224 du code civil français est net. Quant au point de départ, l'article 2880, alinéa 2, du code civil du Québec, dispose que « le jour où le droit d'action a pris naissance fixe le point de départ de la prescription extinctive » ; la généralité de la formule retenue, qui englobe tous les droits prescriptibles, contraste ici encore avec celle choisie par le législateur français dans l'article 2224 du code civil. Ainsi, l'article 2224 du code civil ne pose aucune règle de droit commun de la prescription extinctive : il n'établit que des règles spéciales aux « actions personnelles et mobilières ».

568. **Question de la valeur du titre de section.** Le titre de la section qui contient l'article 2224 du code civil est donc en contradiction avec les termes de cet article¹⁸³⁷. Renversons alors la réflexion : serait-il possible de déduire du titre de section, contre la lettre même de l'article 2224, que la règle contenue dans ce dernier article est une règle de droit commun matériel de la prescription extinctive ? Une réponse affirmative permettrait d'effacer les insuffisances de l'article 2224 du code civil à moindre frais. La question en masque une autre, qui est celle de la valeur juridique d'un intitulé. À cette seconde question, l'on a pu répondre qu'« ayant été soumis au vote du Parlement, cet intitulé possède la force normative attachée aux lois »¹⁸³⁸. Cette réponse apparaît néanmoins ici trop imprécise : elle ne permet pas de savoir s'il est possible ou non de déterminer le domaine d'application d'un texte indépendamment de son contenu et contre sa

¹⁸³⁴ Deux logiques y sont en effet mêlées (reprise d'un terme de la distinction entre droit personnel et droit réel [le droit personnel], et reprise d'une des subdivisions du droit réel [droit mobilier, sans utiliser l'expression de droit réel]). L'expression, syncrétique et bancale, est dès lors peu heureuse (rappr. C. Brenner et H. Lécuyer, « La réforme de la prescription », *JCP E* 2009, 1169 et 1197, n° 19 s.). Comp. avec la rédaction proche, mais plus claire, de l'article 2925 du code civil du Québec.

¹⁸³⁵ Ph. Malaurie, « La réforme de la prescription civile », *Deffrénois* 2008, p. 2029 s., spéc. n° 9, p. 2035.

¹⁸³⁶ 1) Sur cet article, v. not. Baudouin et Renaud, *Code civil du Québec annoté*, t. 2, Wilson & Lafleur, 7^e éd., 2004, p. 3745 (cet article « fixe le délai de droit commun en matière de prescription extinctive »).

2) V. aussi l'article 2946 du *codice civile* italien. De prime abord, il serait permis de penser qu'il en est de même en droit suisse : l'article 127 du code des obligations dispose que « toutes les actions se prescrivent par dix ans, lorsque le droit civil fédéral n'en dispose pas autrement » ; mais le texte, en raison de sa situation dans le code des obligations, ne semble concerner que celles-ci.

¹⁸³⁷ Alors que ce dernier régit le délai et le point de départ des seules « actions personnelles ou mobilières », l'intitulé vise le « délai de droit commun et [...] son point de départ ». Illustration de ce que, si « les intitulés des textes répondent généralement à un souci d'exactitude, de clarté et de simplification » (J.-L. Bergel, « La méthode législative du code civil et sa longévité », *RRJ* 2004, cah. method. jur. n° 19, numéro spécial, p. 2765 s., spéc. p. 2774), ils n'atteignent pas toujours cet objectif.

¹⁸³⁸ M.-L. Cicile-Delfosse, « L'incidence de la réforme en droit immobilier », in *La réforme de la prescription en matière civile*, dir. Ph. Casson et Ph. Pierre, Dalloz, 2010, p. 79 s., spéc. p. 81.

lettre, en fonction des subdivisions dans lesquels il est situé¹⁸³⁹. Or, s'il semble qu'un titre puisse *aider* à déterminer le domaine d'application d'un texte silencieux sur ce point, il semble plus difficilement concevable de faire produire cet effet au titre dans un cas où, comme pour l'article 2224 du code civil, le texte précise lui-même son domaine d'application et où, qui plus est, ce domaine est incompatible avec l'intitulé¹⁸⁴⁰. Faire produire effet au titre plutôt qu'au texte n'équivaudrait-il pas alors à une violation du texte ? En somme, un intitulé ne saurait prévaloir sur le contenu même d'un article¹⁸⁴¹ ; face à un texte explicite, son rôle est « réduit à la portion congrue »¹⁸⁴². En dépit du titre de la section dans laquelle il est contenu, l'article 2224 du code civil, dont le domaine d'application a été clairement limité par le législateur, ne peut être considéré comme posant le délai et le point de départ de droit commun de la prescription extinctive.

569. **Absence d'autres textes établissant le délai et le point de départ de droit commun.** Si l'article 2224 du code civil ne fixe pas le délai et le point de départ de droit commun, où trouver ceux-ci ? Cette question n'appelle aucune réponse satisfaisante : parmi la multitude de textes qui établissent un délai ou un point de départ de prescription extinctive¹⁸⁴³, aucun ne peut être considéré comme de droit commun matériel. Par exemple, le délai et le point de départ prévus par l'article 2227 du code civil ne sauraient constituer les délai et point de départ de droit commun, puisque ce texte dispose que « les actions réelles immobilières se prescrivent par trente ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ». Le domaine *ratione materiae* de ce texte est encore plus restreint que celui de l'article 2224 du code civil, puisqu'il est limité aux seules « actions réelles immobilières » : un argument *a fortiori*¹⁸⁴⁴ doit amener à considérer ce délai et son point de départ comme des

¹⁸³⁹ Ce qu'il s'agit de déterminer ne serait pas ici, abstraitement, la valeur juridique d'un intitulé, mais la valeur juridique d'un intitulé face à un article de loi.

¹⁸⁴⁰ De manière générale, si reconnaître une certaine valeur juridique à un intitulé (G. Cornu, *Linguistique juridique*, 3^e éd., Montchrestien, 2005, n° 77, p. 303 – rapp. F. Ost et M. van de Kerchove, *Entre la lettre et l'esprit - Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 57-58 : « Une [...] directive classique d'interprétation consiste à autoriser l'interprète à se fonder sur l'intitulé d'une loi, d'un chapitre ou d'une section pour préciser le sens d'un terme ou le champ d'application d'une disposition légale. Tel est ce qu'on appelle habituellement l'argument *a rubrica* » – v. aussi J.-L. Bergel, « La méthode législative du code civil et sa longévité », *RRJ* 2004, cah. méthod. jur. n° 19, numéro spécial, p. 2765 s., spéc. p. 2774 : « fonction interprétative ») ou à la situation d'un article apparaît admissible – ce que la jurisprudence a tout de même parfois discuté (Civ. 20 avr. 1920, *DP* 1923, 1, p. 87 : « les indications résultant de l'intitulé des lois [...] n'ont pas de force légale » [pour le titre d'une loi du 23 octobre 1919 dont le titre n'était pas conforme au contenu des articles] ; comp. CA Amiens, 8 juill. 1954, *D.* 1955, somm. p. 8 : l'intitulé pourrait « servir à expliquer les dispositions de la loi, mais non les restreindre ou les contredire ») –, la force normative qui lui est reconnue ne peut aller jusqu'à permettre de contredire la règle expressément posée par l'article.

¹⁸⁴¹ La comparaison peut être faite avec ce que décida la jurisprudence au sujet de l'ancien article 489-2 du code civil (devenu 414-3) : bien que ce texte fût issu d'une loi du 3 janvier 1968 qui ne concernait, aux termes de son titre, que les incapables majeurs, et qu'il fût contenu dans une subdivision intitulée « de la majorité et des majeurs qui sont protégés par la loi », la jurisprudence, se fondant sur la généralité des termes de l'article, décida de l'appliquer aux mineurs comme aux majeurs (Civ. 1^{re}, 20 juill. 1976, n° 74-10.238, *Bull. civ.* I, n° 270) ; v. not. N. Molfessis, « Le titre des lois », in *Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, p. 47 s., spéc. n° 28, et les références citées. Pour une question comparable à propos de l'article L. 137-2 du code de la consommation, v. Com. 28 nov. 2012, n° 11-26.508, *Bull. civ.* IV, n° 247, préc., qui applique le texte à un crédit immobilier alors que cette opération est réglementée dans un livre différent. Le plus important est le contenu du texte, et sa situation apparaît secondaire.

¹⁸⁴² N. Molfessis, « Le titre des lois », in *Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, p. 47 s., spéc. n° 29.

¹⁸⁴³ Pour un aperçu, v. *infra*, n° 685 s.

¹⁸⁴⁴ Les règles posées par l'article 2224 du code civil étant matériellement spéciales, des règles dont le domaine d'application est plus restreint le sont à plus forte raison.

règles matériellement spéciales¹⁸⁴⁵. Pour la même raison, les autres textes spéciaux – l'article 2225 pour les auxiliaires de justice, l'article 2226 pour le préjudice corporel, etc. – ne sauraient davantage convenir. Relativement au délai et au point de départ, le droit commun matériel de la prescription extinctive se révèle ainsi inexistant¹⁸⁴⁶; tous les textes du droit positif sont matériellement spéciaux¹⁸⁴⁷.

2. Conséquences

570. **Position du problème.** La rédaction des textes relatifs aux délais et aux points de départ de la prescription extinctive ne permet pas d'appréhender toutes les situations susceptibles de se présenter. Même en laissant de côté le fait qu'ils ne visent littéralement que les « actions »¹⁸⁴⁸, les deux textes les plus généraux quant à leur domaine d'application *ratione materiae*

¹⁸⁴⁵ 1) Dans le même sens, B. Fauvarque-Cosson et J. François, « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *D.* 2008, p. 2512 s., spéc. n° 6.

2) Il ne saurait exister, ainsi que cela fut soutenu, « deux délais de prescription de droit commun selon la nature de l'action concernée », l'un, de cinq ans, pour les « actions personnelles ou mobilières », l'autre, de trente ans, pour les « actions réelles immobilières » (M.-L. Cicile-Delfosse, « L'incidence de la réforme en droit immobilier », in *La réforme de la prescription en matière civile*, dir. Ph. Casson et Ph. Pierre, Dalloz, 2010, p. 79 s., spéc. p. 81). Une telle présentation serait la négation du droit commun puisque, s'il existe deux textes qui se partagent – et encore, imparfaitement – les droits prescriptibles, aucun de ces deux textes n'a de domaine d'application *ratione materiae* indéfini; ces textes sont spéciaux, et il n'en existe pas même l'un des deux de droit commun.

¹⁸⁴⁶ Un problème similaire se posait avant la réforme du 17 juin 2008. De fait, si la doctrine relevait qu'au regard de l'article 2262 ancien du code civil, « le délai de trente ans constitue le délai de droit commun » (M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, t. 7, 2^e éd., 1954, n° 1330, p. 738; pour des formules équivalentes, v. aussi J. François, *Les obligations - Régime général*, Economica, 1^{re} éd., 2000, n° 149; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Droit civil - Les obligations - Régime général*, Litec, 6^e éd., 1999, n° 362; G. Marty, P. Raynaud, Ph. Jestaz, *Droit civil - Les obligations*, t. 2, *Le régime*, Sirey, 2^e éd., 1989, n° 323; C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 12, 6^e éd., par P. Esmein, Librairies techniques, 1958, § 771, p. 429), une telle présentation pouvait ne pas être acceptée sans hésitation: l'article 2262 précité visait, en effet, « toutes les actions, tant réelles que personnelles », mais il est des droits ni réels, ni personnels (v. *supra*, n° 570 s. et *infra*, n° 632 s.; adde G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, 3^e éd., PUF, 1996, n° 73, p. 317, qui relèvent que la distinction « n'englob[e] que les actions tendant à la reconnaissance de droits patrimoniaux ») qui, partant, n'étaient pas inclus dans la formule retenue. En cela, le domaine *ratione materiae* de ce texte n'était pas véritablement indéfini.

¹⁸⁴⁷ Le délai butoir prévu par l'article 2232 du code civil ne pourrait-il faire office de texte instituant le délai et le point de départ de droit commun? Il résulte de sa lettre même que « ce délai s'applique à toutes prescriptions, sauf exceptions prévues par la loi » (A.-M. Leroyer, « Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 », *RTD civ.* 2008, p. 563 s., spéc. p. 569); il serait, en ce sens, « un délai de droit commun » (M. Mignot, « Le délai butoir », *Gaz. Pal.* 26 févr. 2009, p. 2 s., n° 11). Cependant, il n'apparaît pas comme *le délai de prescription* mais, en quelque sorte, comme un délai de prescription de la prescription; il est un délai supplémentaire, qui se superpose à un premier délai et à son point de départ. Il laisse donc entière la question de la durée et du point de départ de ce premier délai pour les droits qui ne sont visés par aucun texte.

¹⁸⁴⁸ Ce qui pourrait poser d'autres difficultés encore: notamment, le point de départ contenu à l'article 2224 du code civil peut-il s'appliquer subsidiairement à la prescription des obligations nées du commerce, pour laquelle l'article L. 110-4 du code de commerce pose un simple délai? V. M. Storck, « La prescription commerciale et la réforme du 17 juin 2008 », *LPA* 2 avr. 2009, p. 37 s.: l'auteur relève qu'« une interprétation littérale des textes conduit à les faire jouer indépendamment l'un de l'autre, et à maintenir la jurisprudence relative au point de départ de la prescription de l'article 110-4 », notamment parce qu'« il est précisé à l'article 2224 du Code civil que les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans [alors qu'] à l'article 110-4 du Code de commerce, ce sont les obligations qui se prescrivent par cinq ans ». Il conclut cependant que la jurisprudence va peut-être « se livr[er] à une application extensive de l'article 2224 du Code civil qui seul précise, pour le délai identique de cinq ans, le mode de fixation du point de départ de la prescription ». Sur le débat relatif à l'objet de la prescription extinctive (droit substantiel ou action), v. déjà M. Bandrac, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Economica, 1986, première partie; F. Hage-Chahine, *La contribution à la théorie générale de la prescription en droit civil*, Les cours de droit, DEA de droit privé, 1988.

et *personæ*, les articles 2224 et 2227 du code civil, reposent sur une utilisation de la division entre droit personnel et droit réel. Si cette distinction correspond à une véritable *summa divisio*, c'est-à-dire si tous les droits subjectifs prescriptibles sont soit personnels, soit réels, sans autre possibilité, alors ces deux textes permettent d'appréhender la totalité des situations possibles, et aucun problème pratique ne peut se poser. Si, en revanche, certains droits subjectifs ne sont ni véritablement personnels, ni véritablement réels, alors les textes sont insuffisants. C'est cette seconde branche de l'alternative qui semble se vérifier. La distinction entre droit personnel et droit réel, sur laquelle reposent les textes précités, n'épuise pas la totalité des possibles : il est des droits prescriptibles qui n'entrent pas dans les catégories visées par les textes. Un certain nombre de droits – pour paraphraser un illustre auteur, tous les droits *réfractaires* aux catégories prévues¹⁸⁴⁹ – est exclu : aucun texte ne prévoit le délai et le point de départ dans lequel ils se prescrivent. Deux illustrations peuvent en être données¹⁸⁵⁰.

571. **Première illustration : droits potestatifs.** La question du délai et du point de départ de la prescription extinctive d'un droit potestatif constitue une première difficulté à laquelle donne lieu l'absence de texte de droit commun matériel. Le droit potestatif, catégorie de droit subjectif irréductible à celle de droit personnel ou à celle de droit réel¹⁸⁵¹, permet à son titulaire de modifier sa situation par sa manifestation unilatérale de volonté¹⁸⁵². Sont souvent cités, parmi les droits potestatifs, les droits d'option¹⁸⁵³. Quel est le délai de prescription extinctive et le

¹⁸⁴⁹ L'expression est de P. Hébraud, obs. sur Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 1955, *RTD civ.* 1955, p. 534 s., spéc. p. 536, qui écrivait que la pétition d'hérédité semblait « réfractaire aux catégories de la qualification légale ». C'est exactement le cas ici : les articles 2224 et 2227 du code civil énumèrent des *catégories* de droits prescriptibles, mais ils en laissent de côté.

¹⁸⁵⁰ V. aussi les droits extrapatrimoniaux : ils ne rentrent ni dans la catégorie des droits réels, ni dans celle des droits personnels (la distinction, même en incluant le droit dit « mixte », « n'englob[e] que les actions tendant à la reconnaissance de droits patrimoniaux » : v. G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, 3^e éd., PUF, 1996, n° 73, p. 317). Lorsqu'ils ne sont visés par aucun texte spécifique prévoyant le délai dans lequel ils se prescrivent et le point de départ qui l'accompagne, ces droits posent des difficultés pratiques. Ainsi en est-il, par exemple, des actions d'état, pour lesquelles il est acquis depuis la loi du 3 janvier 1972, qu'elles ne sont pas imprescriptibles par essence : n'étant pas patrimoniales, elles ne sont ni réelles, ni personnelles (même si Japiot semblait y voir des actions personnelles [*Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 3^e éd., Rousseau, 1935, n° 76, p. 74]). Et de fait, si les actions relatives à la filiation disposent de textes spécifiques de prescription extinctive (v. not., aujourd'hui, les articles 321, 329, 330, et 333 à 335 du code civil), tel n'est pas le cas de toutes les actions relatives à l'état des personnes. Cf. notamment les actions relatives au nom de famille : si le nom ne semble pas susceptible de s'éteindre par non-usage (v. not. *Rép. civ.* Dalloz, V° « Nom-prénom », par F. Laroche-Gisserot, 2010, n° 126 s., et les références citées), il n'est, en revanche, aucune raison valable de considérer que les actions relatives au nom sont imprescriptibles (v., pour des évolutions tendant à faire considérer qu'elles sont au contraire susceptibles de prescription extinctive, *ibid.*, n° 129). Quel délai de prescription, assorti de quel point de départ, convient-il dès lors de leur appliquer, faute de texte les concernant ? Il n'est en outre pas à exclure que d'autres catégories de droits subjectifs, qui n'entreraient pas dans les classifications retenues par les articles 2224 et 2227 du code civil, posent à l'avenir des difficultés pratiques.

¹⁸⁵¹ Alors que le droit personnel confère à son titulaire « un droit contre une personne et que le droit réel octroie à son titulaire un droit sur une chose, le droit potestatif accorde à celui qui en bénéficie un droit sur une situation juridique » (C. Pomart-Nomdedeo, « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », *RTD civ.* 2010, p. 209 s.).

¹⁸⁵² I. Najjar, *Le droit d'option - Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967, n° 99. Rapp. S. Valory, *La potestativité dans les relations contractuelles*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999.

¹⁸⁵³ 1) I. Najjar, *Le droit d'option - Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967 ; S. Valory, *La potestativité dans les relations contractuelles*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, n° 60 s. Par exemple, si le pacte de préférence a pu être assimilé à une « créance personnelle » (Civ. 3^e, 24 mars 1999, n° 96-16.040, Bull. civ. III, n° 80), c'est uniquement dans sa première étape, qui consiste en ce que le bénéficiaire du pacte a le droit d'exiger du promettant qu'il lui propose prioritairement la conclusion du contrat au cas où il prendrait la décision de contracter ; tel n'est pas le cas du droit d'option, ouvert dans un second temps – une fois la décision de contracter prise –, qui est potestatif.

point de départ applicable à un droit potestatif, par exemple un droit d'option ? Aucune difficulté ne se présente lorsqu'il existe un texte spécifiquement consacré à la prescription du droit potestatif en cause, comme c'est le cas de l'article 780 pour le droit d'option successorale¹⁸⁵⁴ : il suffit alors d'appliquer le texte. En revanche, un problème pratique se pose à chaque fois qu'un tel texte spécial fait défaut. Tel est par exemple le cas pour le droit d'option du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de contrat, ou pour celui du bénéficiaire d'un pacte de préférence une fois que son cocontractant a pris la décision de conclure le contrat définitif. Dans ces hypothèses, le droit en cause, parce qu'il n'est ni un droit personnel, ni un droit réel, ne pourrait être soumis à l'article 2224 ou à l'article 2227 du code civil qu'au prix d'un forçage du domaine d'application limité de ces textes. Ainsi, puisqu'aucun texte ne convient parfaitement à la prescription extinctive d'un droit potestatif, à quel délai et à quel point de départ le soumettre ? L'absence de règle de droit commun matériel incite à se poser la question¹⁸⁵⁵.

572. **Deuxième illustration : « actions mixtes ».** La deuxième illustration proposée a suscité l'effervescence en doctrine¹⁸⁵⁶ aussi sûrement qu'elle continue de la diviser¹⁸⁵⁷. La question qui se pose est de savoir à quelle durée et quel point de départ est soumise la prescription extinctive d'une « action mixte » qui, bien que son existence soit reconnue par la jurisprudence¹⁸⁵⁸, n'est visée par aucun texte sur la prescription. Si cette « action mixte » existe, il faut la soumettre à un régime relativement à la prescription extinctive ; mais elle ne saurait être soumise ni à l'article 2224, ni à l'article 2227 du code civil, sans les forcer. Parmi les exemples

2) La doctrine y ajoute « les droits de réméré, les droits de préemption ou de retrait, [...] les facultés de dédit, les droits de révocation, les droits de résiliation unilatérale ou encore les droits de rétractation » (C. Pomart-Nomdedeo, « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », *RTD civ.* 2010, p. 209 s.). Sur le droit de préemption, v. C. Saint-Alary-Houin, *Le droit de préemption*, LGDJ, 1979, not. p. 479. Adde J. Rochfeld, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 747 s. V. aussi, pour le droit d'action en justice, C. Brenner, *Cours de procédure civile 2007*, Université Panthéon-Assas, notes personnelles. Comp. R. Libchaber, *Deffrénois* 2006, p. 1220, qui déplore la « généralisation induite » du droit potestatif.

¹⁸⁵⁴ Cet article dispose que « la faculté d'option se prescrit par dix ans à compter de l'ouverture de la succession ».

¹⁸⁵⁵ Pour des éléments de solution, v. *infra*, n° 630 s.

¹⁸⁵⁶ V. not. Ph. Malaurie, « La réforme de la prescription civile », *Deffrénois* 2007, art. 38688, p. 1659 s., spéc. n° 9 ; M. Bandrac, « La nouvelle nature juridique de la prescription extinctive », *RDC* 2008, p. 1413 s., spéc. n° 34 ; *Rep. civ.* Dalloz, V° « Prescription extinctive », par A. Hontebeyrie, 2011, n° 92 s., et les références citées.

¹⁸⁵⁷ La doctrine est en effet divisée quant à l'existence de cette « action mixte » ; à ceux qui estiment, avec la jurisprudence, qu'elle est une réalité, s'oppose un courant doctrinal assez ferme, qui soutient que la catégorie des actions mixtes serait « une vue de l'esprit » (L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., Litec, 2011, n° 338) ; v. aussi L. Crémieux, obs. sur Civ. 6 juill. 1925, *Rev. crit. législ. jurispr.* 1926, p. 179 s., spéc. p. 179 (« À notre avis, une action à la fois personnelle et réelle est une impossibilité juridique. Une action doit être ou réelle ou personnelle. Elle ne peut pas être à la fois l'une et l'autre. [...] En réalité il n'y a pas d'actions mixtes ») ; v. encore S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, 31^e éd., Dalloz, 2012, n° 350. Relevons seulement ici, loin de prétendre trancher la controverse, qu'à partir du moment où d'assez nombreux auteurs et la jurisprudence considèrent que les « actions mixtes » existent, nier leur existence ne permet pas de résoudre les problèmes qu'elles sont susceptibles de poser, notamment quant à leur extinction par prescription : il faut donc s'interroger sur leur prescription pour cette raison, et pour éviter qu'un mouvement qui affirme leur existence ne conclue trop vite, par exemple, à leur imprescriptibilité, faute de texte les visant.

¹⁸⁵⁸ Civ. 6 juill. 1925, *DP* 1926, 1 p. 25 s., note L. Crémieux : les « actions mixtes » sont celles qui « emportent tout à la fois contestation sur un droit personnel et sur un droit réel, de telle sorte que la décision qu'elles ont pour objet de provoquer en ce qui concerne l'existence du droit personnel aura pour effet virtuel de résoudre la question de l'existence du droit réel ».

d'« actions mixtes » traditionnellement cités figurent la pétition d'hérédité¹⁸⁵⁹, le droit de demander le partage¹⁸⁶⁰, celui de revendiquer un immeuble suite à la résolution d'un contrat¹⁸⁶¹, celui de demander la réduction du prix de vente d'un immeuble¹⁸⁶², de demander la délivrance d'un immeuble, ou encore le bornage d'un terrain. À quel délai de prescription et à quel point de départ soumettre ces « actions mixtes », faute de texte dédié ? On le voit, « la difficulté a donc un enjeu pratique considérable », d'autant qu'elle « est accrue par les discussions qui existent sur la physionomie exacte de l'action mixte »¹⁸⁶³.

573. **Des incertitudes regrettables.** S'il est vrai que, selon l'expression de Madame Bandrac, « rien n'est insoluble »¹⁸⁶⁴, le législateur a tout de même singulièrement compliqué la tâche en créant des difficultés nouvelles, auxquelles il conviendra d'apporter des solutions. C'est regrettable, d'autant qu'il aurait été aisé de s'en passer : il aurait suffi d'édicter un véritable texte de droit commun matériel posant le délai et le point de départ de la prescription extinctive. La rédaction actuelle des textes ouvre une brèche dans lequel peut s'engouffrer un nouveau contentieux.

B. Durée et point de départ du délai de prescription acquisitive

574. **Plan.** Le problème souffert par la prescription extinctive se retrouve partiellement ici : pour la prescription acquisitive en effet, il n'existe pas de délai de droit commun matériel¹⁸⁶⁵. Au constat (1) fera suite l'étude des conséquences de cette absence (2).

¹⁸⁵⁹ Il s'agit du droit pour une personne de faire établir sa qualité d'héritier contre un tiers qui appréhende la succession de manière indue. V. C. Pérès, « La prescription de la pétition d'hérédité : pour une intervention législative », *D.* 2011, p. 2416 s.

¹⁸⁶⁰ P. Hébraud, *RTD civ.* 1949, p. 444 : « l'action en partage, unitaire dans son contenu, mais hybride par la situation à laquelle elle répond, peut légitimement recevoir la qualification d'action mixte ». Pour parvenir à cette conclusion, l'auteur raisonne ainsi (p. 443) : « Le droit du co-indivisaire étant un droit réel, [...] il s'agit seulement d'en modifier la substance, en substituant, à un droit partiel sur une universalité, un droit total sur une partie, cette transformation étant réclamée et opérée en exécution du droit personnel au partage ».

¹⁸⁶¹ P. Hébraud, *RTD civ.* 1949, p. 444, se référant à des articles de R. Japiot et de L. Crémieux.

¹⁸⁶² Trib. civ. Tunis, 30 avr. 1917, *RTD civ.* 1918, p. 167 s., obs. R. Japiot.

¹⁸⁶³ *Rép. civ.* Dalloz, V° « Prescription extinctive », 2011, par A. Hontebeyrie, n° 94 (pour les deux dernières citations). En effet, pour certains, le droit mixte renverrait à l'exercice simultané de deux droits, l'un réel, l'autre personnel ; pour d'autres, en revanche, il ne correspondrait qu'à un seul droit, ni réel, ni personnel (pour la présentation de ces conceptions, *ibid.*, n° 95). La formule utilisée dans l'arrêt précité de 1925 put être interprétée dans un sens comme dans l'autre (*ibid.*, n° 97, et les références citées).

¹⁸⁶⁴ M. Bandrac, « La nouvelle nature juridique de la prescription extinctive », *RDC* 2008, p. 1413 s., spéc. n° 34.

¹⁸⁶⁵ La difficulté ne semble pas étendue au *point de départ* de la prescription acquisitive. Si aucun texte ne prévoit expressément celui-ci, il apparaît certain, car lié au début de l'entrée en possession utile (v. l'article 2261 du code civil ; v. J. Klein, *Le point de départ de la prescription*, thèse Paris II, 2010, n° 11 ; P. Sargos, « Les points de départ de la prescription dans la jurisprudence de la Cour de cassation », in *Les désordres de la prescription*, dir. P. Courbe, PU Rouen, 2000, p. 23 s., spéc. n° 8, p. 25 ; *Rép. civ.* Dalloz, V° « Prescription acquisitive », 2011, par B. Grimonprez, n° 59 ; v. aussi la jurisprudence, et not., implicitement, Civ. 3^e, 17 avr. 1969, *Bull. civ.* III, n° 303) ; c'est d'ailleurs la raison pour laquelle le détenteur précaire ne peut être considéré comme possesseur tant que le titre de sa possession n'est pas interverti (jusqu'à cette intervention en effet, le délai de prescription ne peut commencer à courir, faute de possession utile ; v. not. Civ. 3^e, 17 oct. 2007, n° 06-17.220, *Bull. civ.* III, n° 180). Cette absence de texte explicite ne semble pas entraîner de véritable difficulté pratique.

1. Constat

575. **Caractère spécial du délai établi à l'article 2272, alinéa 1^{er}, du code civil.**

Il est parfois avancé que le délai contenu à l'article 2272, alinéa 1^{er}, du code civil, serait le délai de droit commun de la prescription acquisitive. Cette opinion ne saurait être retenue, dans la mesure où le domaine d'application *ratione materiae* de ce texte est limité à la seule *propriété* sur les seuls droits *immobiliers* : il dispose que « le délai de prescription requis pour acquérir la propriété immobilière est de trente ans » ; la lecture du titre de la section qui contient les articles 2272 et suivants, « De la prescription acquisitive en matière immobilière », vient d'ailleurs dissiper les doutes. Or, la prescription acquisitive ne concerne pas que le droit de propriété immobilière : elle est susceptible de toucher bien d'autres droits, au premier rang desquels figure la propriété mobilière lorsque l'une des conditions d'application de l'article 2276 n'est pas remplie¹⁸⁶⁶, ou d'autres droits réels tels que l'usufruit¹⁸⁶⁷, la mitoyenneté¹⁸⁶⁸, le droit de superficie¹⁸⁶⁹, ou le droit de pêche sur un étang¹⁸⁷⁰ – en somme, tous les droits susceptibles de faire l'objet d'une possession au sens de l'article 2258 du code civil¹⁸⁷¹. Ces droits ne sont pas inclus dans le domaine d'application de l'article 2272 précité. Parce que ce texte vise une seule catégorie de droits, à laquelle la prescription acquisitive ne se limite pas, il ne peut pas contenir le délai de droit commun matériel¹⁸⁷². Ici encore, l'apport du droit comparé est éclairant : l'article 2917 du code civil du Québec dispose que « le délai de prescription acquisitive est de dix ans, s'il n'est autrement fixé par la loi »¹⁸⁷³ ; par cette formule, tous les droits prescriptibles sont concernés. Tel n'est pas le cas en droit français.

576. **Absence d'autres délais pouvant constituer le droit commun matériel.**

D'autres délais sont-ils susceptibles d'assumer le rôle du délai de droit commun matériel ? Une réponse négative doit être apportée : le délai précité prévu par l'article 2272, alinéa 1^{er}, est le plus général, quant au domaine d'application *ratione materiae et personae*, que connaisse le droit positif ; si celui-ci est déjà matériellement spécial, les autres le sont donc, *a fortiori*, davantage. Par exemple, l'article 2272, alinéa 2, du code civil, pose bien un autre délai, décennal, mais celui-ci est limité à la prescription acquisitive de la propriété d'un immeuble possédé de bonne foi et avec juste titre ; quant aux rares autres textes existants, ils sont encore plus spéciaux matériellement – notamment, l'article 690 du code civil ne concerne que la prescription acquisitive des servitudes continues et apparentes. Il n'existe aucun délai de droit commun matériel de la prescription acquisitive ; aucun

¹⁸⁶⁶ V. not. M. Planiol et G. Ripert, t. 3, *Les biens*, 2^e éd. par M. Picard, LGDJ, 1952, n° 389. V. aussi *Rép. civ.* Dalloz, V° « Prescription acquisitive », par B. Grimonprez, 2010, n° 12, et les références citées.

¹⁸⁶⁷ Civ. 1^{re}, 13 févr. 1963, *Bull. civ.* I, n° 103.

¹⁸⁶⁸ Civ. 1^{re}, 10 mai 1965, n° 63-10.048, *Bull. civ.* I, n° 307 – Civ. 3^e, 8 déc. 1971, n° 70-12.340, *Bull. civ.* III, n° 620 ; *RTD civ.* 1972, p. 618, obs. J.-D. Bredin.

¹⁸⁶⁹ Civ. 21 nov. 1877, *S.* 1878, 1, p. 160 ; *DP* 1878, 1, p. 301.

¹⁸⁷⁰ Civ. 3^e, 15 mars 2000, n° 97-16.159, *NPB*.

¹⁸⁷¹ V. not. W. Dross, *Droit des biens*, 1^{re} éd., Montchrestien, 2012, n° 271. Sur les droits susceptibles de prescription acquisitive, v. aussi F. Hage-Chahine, *La contribution à la théorie générale de la prescription en droit civil*, Les cours de droit, 1988, n° 77 s.

¹⁸⁷² *Contra* : W. Dross, *Droit des biens*, 1^{re} éd., Montchrestien, 2012, n° 276 qui, après avoir relevé que le domaine *ratione materiae* de ce délai était limité « aux seuls immeubles », le qualifie néanmoins de « délai de droit commun de la prescription acquisitive ».

¹⁸⁷³ V. aussi l'article 205 du *código civil* brésilien, qui prévoit, avec une rédaction différente, une solution identique.

ne permet de fédérer, par la généralité de son domaine d'application *ratione materiae* et *personae*, tous les droits susceptibles de prescription acquisitive.

2. Conséquences

577. **Difficultés posées.** Des questions pratiques sont susceptibles de se poser, car la majorité des droits susceptibles de prescription acquisitive n'est visée par aucun texte. À quel délai soumettre la prescription de ces droits ? Par exemple, quel est le délai applicable à la prescription acquisitive de l'usufruit ? Ou encore le délai applicable à la prescription acquisitive de la propriété d'un meuble possédé de mauvaise foi¹⁸⁷⁴ ? Les textes sont silencieux et c'est pourquoi la doctrine a pu voir dans cet oubli du délai de droit commun matériel par le législateur « une difficulté d'interprétation considérable »¹⁸⁷⁵. Elle apparaît en outre regrettable, puisqu'une simple rédaction différente de l'article 2272 du code civil aurait permis d'y couper court. Il est donc certain que ces difficultés doivent être tranchées ; il reste à déterminer comment. En gardant le silence, le législateur ouvre la porte à un certain arbitraire, lui-même source d'incertitudes¹⁸⁷⁶.

578. **Conclusion de chapitre.** En fonction des institutions juridiques étudiées, le degré de perfection et d'achèvement du droit commun matériel est inégal. Dans certaines situations, il apparaît développé, qu'il soit organisé sous la forme de règles classique ou sous celle, moins habituelle, de principes directeurs ; il revient alors à la jurisprudence, et particulièrement aux juridictions de cassation, de veiller à ce que ces règles de droit commun matériel ne se particularisent pas au stade de leur application, en fonction de la spécificité de chaque cas – par exemple, une même règle de droit commun du cautionnement doit recevoir la même interprétation pour les cautionnements civils et pour les cautionnements commerciaux. Dans d'autres situations, le droit commun matériel apparaît en revanche défaillant, qu'il soit à peu près ou totalement inexistant – c'est le cas, par exemple, des sûretés, de la prescription ou de l'acte juridique –, ou simplement partiellement inexistant – c'est le cas, par exemple, des délais de prescription extinctive et de prescription acquisitive. Ces situations de carence du droit commun matériel sont regrettables : elles sont à l'origine de difficultés pratiques tenant à ce que des situations n'apparaissent formellement régies par aucune règle. En réaction, la doctrine propose des règles de droit commun matériel là où elles manquent.

¹⁸⁷⁴ L. Leveneur, « Réforme de la prescription : trois petits tours au parlement et quelques questions », *CCC* août 2008, comm. n° 195.

¹⁸⁷⁵ Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 11^e éd., Litec, 2010, n° 879. Oubli lui-même probablement lié à un ordre du jour chargé au parlement : L. Leveneur, préc. (qui juge que le procédé « n'est pas de saine méthode »).

¹⁸⁷⁶ Pour une solution proposée, v. *infra*, n° 632 s.

Chapitre II – Les incitations doctrinales au développement

579. **Une tendance doctrinale à proposer du droit commun matériel.** Lorsque des défaillances apparaissent dans le droit commun matériel d'une institution, que celui-ci soit entièrement inexistant ou partiellement manquant, la doctrine s'attache à alerter de ces défaillances et à proposer les règles de droit commun matériel manquantes¹⁸⁷⁷.

580. **Nature doctrinale.** Ces propositions ont une simple nature doctrinale ; nous n'y reviendrons pas ici, la démonstration en ayant été faite plus haut¹⁸⁷⁸ et la qualification ne faisant pas véritablement l'objet de débats ici¹⁸⁷⁹. Une seule illustration, issue de la thèse de doctorat de Cornu, consacrée à une *étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public* : après avoir rappelé que les solutions applicables à la responsabilité des personnes publiques et celles applicables à la responsabilité des personnes privées ne dérivent pas formellement des mêmes sources¹⁸⁸⁰, l'auteur annonce rechercher l'« ensemble des règles qui demeurent identiques de l'un à l'autre », dans le but, écrit-il, d'« isoler un véritable “droit commun” de la responsabilité »¹⁸⁸¹. Par-delà les mots, c'est bien entendu une simple proposition doctrinale¹⁸⁸². De nombreuses propositions fonctionnent à l'avenant.

¹⁸⁷⁷ 1) Les propositions envisagent soit la création d'une solution nouvelle, soit la généralisation d'une ou plusieurs règle(s) spéciale(s) matérielle(s) (dans ce deuxième cas, « le droit spécial sert en quelque sorte de “laboratoire d'expérimentation” juridique » [C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 260], la doctrine procédant, pour ce faire, par induction, « d'un ou plusieurs cas particuliers connus vers une norme abstraite » [Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, 4^e éd., Defrénois, 2012, n° 409]). Sur cette tendance, pour le contrat, rapp. É. Savaux, *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?*, LGDJ, 1997, n° 182. Par exemple, v. l'article 77 de l'avant-projet du 23 oct. 2013, qui prévoit l'extension en droit commun des contrats de la notion de clause abusive reposant sur un déséquilibre significatif, jusqu'ici cantonnée aux rapports de consommation. Ce développement n'est pas nécessairement synonyme d'une « amélioration » du droit commun : le postulat d'inégalité de fait entre les contractants, au fondement du mécanisme consumériste, est-il légitime en droit commun ? V. C.-M. Péglion-Zika, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation*, thèse Paris II, 2013, *passim* ; v. déjà J. Calais-Auloy, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.* 1994, p. 239 s.

2) Une autre attitude consiste à proposer des règles spéciales matérielles. V. par ex., pour l'exemple du délai de prescription applicable à la pétition d'hérédité, C. Pérès, « La prescription de la pétition d'hérédité : pour une intervention législative », *D.* 2011, p. 2416 s, spéc. n° 10 ; v. aussi, plus généralement, *infra*, n° 661 s.

¹⁸⁷⁸ V. *supra*, n° 47.

¹⁸⁷⁹ Comp. avec le vigoureux débat qui existait dans l'ancien droit (et maintenu dans l'historiographie contemporaine) à propos de la nature du *jus commune* et du *droit commun coutumier* : v. *supra*, n° 275 s.

¹⁸⁸⁰ G. Cornu, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, Reims, Matot-Braine, 1951, p. 21.

¹⁸⁸¹ G. Cornu, *op. cit.*, p. 22 (pour les deux dernières citations).

¹⁸⁸² Par exemple, lorsque l'auteur annonce découvrir, comme résultat de la comparaison entre responsabilité du commettant du fait du préposé et responsabilité d'une collectivité publique du fait de ses agents, le droit commun qu'il recherchait (p. 31 et première partie), l'on comprend que ces deux cas de responsabilité reposent sur deux règles bien distinctes l'une de l'autre : la première est prévue par une disposition du code civil et n'est applicable qu'aux personnes privées (article 1384, alinéa 5, du code civil) ; la seconde est née de la jurisprudence administrative et est applicable aux personnes publiques (v. déjà, implicitement, CE 6 déc. 1855, *Rotschild et Gloxin*, *S.* 1856, 2, 508 – TC 8 févr. 1873, *Blanco*, *Lebon* 1^{er} suppl. p. 61 s., concl. David ; *D.* 1873, 3, p. 20 s., concl. David ; *S.* 1873, 2, p. 153 s. – TC 30 juill. 1873, *Pelletier*, *Lebon* 1^{er} suppl. p. 117, concl. David). Il en va de même pour la responsabilité du fait des choses (p. 31 et deuxième partie). Pour une conclusion proche concernant la responsabilité du fait des choses, v. R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, LGDJ, 1957, n° 310, p. 320.

581. **Plan.** Ces propositions concernent de nombreuses institutions¹⁸⁸³ et l'inventaire en serait fastidieux. L'accueil variable réservé à ces propositions par les pouvoirs publics peut faire l'objet de développements : certaines sont consacrées (Section I), d'autres sont rejetées (Section II).

Section I – Les propositions consacrées

582. **Plan.** Les pouvoirs publics consacrent parfois la substance de propositions doctrinales de droit commun matériel dans des règles de droit. L'étude d'une de ces propositions, relative aux mesures de protection des majeurs (§ I), précédera la mention d'autres de ces propositions suivies (§ II).

§ I – Les mesures de protection des majeurs

583. **La proposition d'un droit commun « en suspension ».** On l'a vu, la loi du 5 mars 2007 a consacré un certain nombre de règles de droit commun matériel des mesures de protection des majeurs sous la forme de principes directeurs applicables quelle que soit la

¹⁸⁸³ Outre les exemples développés juste *infra*, *adde* les références suivantes.

1) Pour le contrat, v. les nombreux avant-projets de réforme, qui visent à proposer une refaçon du droit commun matériel de cette institution : not. avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (dit « Catala »), avant-projet de l'Académie des sciences morales et politiques (dit « Terré »), avant-projets de la Chancellerie. Sur ces propositions doctrinales, v. déjà, par ex., D. Mazeaud, « La réforme du droit français des contrats : trois projets en concurrence », in *Mélanges C. Larroumet*, Economica, 2009, p. 329 s. ; *adde*, du même auteur, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.* 2014, p. 291 s.

2) Pour la responsabilité civile, v. par ex. l'avant-projet de l'Académie des sciences morales et politiques : *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, dir. F. Terré, Dalloz, 2011. Le degré de généralité proposé pourra être plus ou moins élevé (par ex., pour une proposition de « droit commun de la responsabilité civile en droit des affaires », v. A. Ballot-Léna, *La responsabilité civile en droit des affaires - Des régimes spéciaux vers un droit commun*, LGDJ, 2008 ; on pourra néanmoins exprimer des réserves sur cette démarche : notamment, la première raison proposée pour la création d'un « droit commun de la responsabilité civile en droit des affaires », selon un raisonnement qui apparaît difficile, est qu'il existe déjà des textes spéciaux [n° 527, *in limine*]).

3) Pour le procès civil, une partie de la doctrine milite pour l'édition de nouveaux principes directeurs, qu'elle discernerait en filigrane dans la lettre ou l'esprit de la réglementation et de la jurisprudence actuelles. Par ex., les principes de loyauté (M.-E. Boursier, « Un « nouveau » principe directeur du procès civil : le principe de loyauté des débats », *D.* 2005, p. 2570 s. ; comp. L. Miniato, « L'introuvable principe de loyauté en procédure civile », *D.* 2007, p. 1035 s.), de célérité (D. Cholet, *La célérité de la procédure en droit processuel*, LGDJ, 2006, n° 392 s.), de coopération (L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., Litec, 2011, n° 523 s.), de confiance, d'écoute et de proximité (S. Guinchard, « La part de la doctrine en procédure civile », *RDA* n° 3, p. 73 s., spéc. p. 85), ou encore de simultanéité (C. Alcalde, « L'exigence de simultanéité, nouveau principe directeur du procès civil », *D.* 2012, p. 2435 s.) – la liste n'est pas exhaustive et pourrait s'accroître encore « avec un peu d'imagination » (J. Héron et T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 4^e éd., Montchrestien, 2010, n° 244 ; rappr. *Dictionnaire de la justice*, dir. L. Cadiet, V° « Principes directeurs du procès », par J. Normand, PUF, 2004, spéc. p. 1044-1045). *Adde* S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, 31^e éd., Dalloz, 2012, n° 372 s., et les références citées ; J.-C. Magendie, « Loyauté, dialogue, célérité : trois principes à inscrire en lettres d'or au fronton des palais de justice », in *Mélanges S. Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 369 s. Nouveaux principes dont l'opportunité reste débattue : certains auteurs expriment en effet des réserves quant à l'opportunité de leur consécration éventuelle (v. par ex. J. Héron et T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 4^e éd., Montchrestien, 2010, n° 244). V. aussi, pour le mouvement visant à étendre les principes existants au-delà du seul procès judiciaire, L. Cadiet, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Mélanges J. Normand*, Litec, 2003, p. 71 s., spéc. n° 1, p. 73, pour la procédure pénale et le contentieux administratif.

mesure¹⁸⁸⁴. C'est sur l'origine doctrinale de ces règles qu'il convient ici d'insister : avant la réforme de 2007, une doctrine abondante militait en effet pour le développement d'un régime commun en matière de protection des majeurs¹⁸⁸⁵, de davantage de règles communes que celles qui existaient sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968. Elle proposait notamment de découvrir par induction, à partir d'une jurisprudence sur la seule tutelle¹⁸⁸⁶ et quoique la loi fût restée silencieuse sur ce point, « un véritable principe directeur de fond » tenant au fait que la mise en œuvre d'une mesure de protection judiciaire n'est possible que « si elle est nécessaire et si la protection n'est pas, ou ne pourrait pas être assurée autrement ; autrement dit, un principe de nécessité et de subsidiarité des mesures de protection judiciaire »¹⁸⁸⁷. À partir de ce cas spécifique, la doctrine avait induit des propositions de principes directeurs communs aux trois mesures de protection judiciaire – sauvegarde de justice, curatelle, tutelle. Les auteurs décelaient en outre des « traces » de ce double principe de nécessité et de proportionnalité, qui n'était pourtant « pas clairement et explicitement affirmé » par la loi, dans certaines dispositions au domaine d'application matériel limité¹⁸⁸⁸. Faute d'avoir été consacrés en tant que tels par la loi de 1968 ou par la jurisprudence qui l'appliquait, ces principes, découverts « peu à peu »¹⁸⁸⁹, n'existaient pas en droit positif ou, pour reprendre l'expression du doyen Carbonnier, n'existaient qu'« en suspension »¹⁸⁹⁰. Jusqu'à la veille de la réforme, la doctrine a continué de les affirmer et de plaider pour leur consécration juridique.

584. Une proposition fructueuse : l'influence de la doctrine sur les pouvoirs publics. La démarche s'est révélée fructueuse : ces « principes », que la doctrine avait fait remonter par induction, ont inspiré les pouvoirs publics¹⁸⁹¹, et le législateur du 5 mars 2007 a donné satisfaction aux auteurs en élevant ces propositions doctrinales au rang de véritables principes directeurs, dotés d'une « force normative et générale »¹⁸⁹² – c'est-à-dire en les transformant en véritables règles de droit commun matériel de la protection des majeurs. Cette

¹⁸⁸⁴ V. *supra*, n° 511 s.

¹⁸⁸⁵ V. not., pour ce constat : M. Rebourg, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », *Dr. fam.* mai 2007, étude 16 ; R. Mésa, « Les principes de nécessité et de subsidiarité en matière de protection des majeurs », *RLDC* juill.-août 2012, art. 4742, p. 37 s., spéc. p. 37. Et, pour le souhait antérieurement exprimé d'un régime commun : T. Verheyde, obs. sous Civ. 1^{re}, 31 janv. 1995, *D.* 1996, jur. p. 123 s. ; F. Delbano, « Les difficultés d'application des principes de nécessité et de subsidiarité des régimes de protection des majeurs », *D.* 1999, chron. p. 408 s. V. aussi V. Mikalef-Toudic et A. Cermolacce, « Catégorie de personnes et capacité », in *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil*, Economica, 2006, p. 41 s., spéc. p. 47, qui souhaite la création d'« un régime commun » (et p. 51).

¹⁸⁸⁶ L'arrêt qui avait donné lieu au commentaire (Civ. 1^{re}, 31 janv. 1995, n° 93-14.238, *Bull. civ.* I, n° 61) concernait, en effet, exclusivement une mesure de tutelle, et la rédaction de ses motifs ne laissait pas de place au doute sur ce point : « la mise sous tutelle [...] exige la constatation par les juges du fond, d'une part, de l'altération des facultés mentales ou corporelles de l'intéressé et, d'autre part, de la nécessité pour celui-ci d'être représenté d'une manière continue dans les actes de la vie civile ; [...] la tutelle cesse avec les causes qui l'ont déterminée ».

¹⁸⁸⁷ T. Verheyde, art. préc., spéc. p. 124 (pour les deux dernières citations).

¹⁸⁸⁸ T. Verheyde, art. préc., spéc. p. 124 (pour les deux dernières citations). V. aussi F. Delbano, art. préc.

¹⁸⁸⁹ Ph. Malaurie, « Examen critique du projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs », *Defrénois* 2007, art. 38510, p. 13 s., spéc. p. 18.

¹⁸⁹⁰ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, PUF, « Quadrige », 2004, n° 137, p. 252. V. aussi S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », *Defrénois* 2009, art. 38884, p. 185 s. (« en filigrane »).

¹⁸⁹¹ Une recommandation du Conseil de l'Europe du 23 février 1999 sur les principes concernant la protection des majeurs incapables, appuyait également dans le sens des propositions doctrinales.

¹⁸⁹² Ph. Malaurie, « Examen critique du projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs », *Defrénois* 2007, art. 38510, p. 13 s., spéc. p. 18.

initiative doctrinale apparaît ainsi intellectuellement à l'origine du droit commun matériel des mesures de protection sur ce point.

§ II – Autres illustrations

585. **Exemples.** D'autres illustrations de propositions doctrinales de droit commun matériel consacrées par les pouvoirs publics peuvent être évoquées¹⁸⁹³. Par exemple, le code de procédure civile s'est largement inspiré des travaux de la doctrine, notamment des propositions de Motulsky et du doyen Vizioz, pour édifier les principes directeurs qui font partie du droit commun matériel du procès civil¹⁸⁹⁴. Pour le procès pénal, les règles de droit commun matériel consacrées par la loi du 15 juin 2000 dans l'article préliminaire du code de procédure pénale sont issues des propositions d'une commission dite « Justice pénale et droits de l'Homme »¹⁸⁹⁵ animée par le professeur Delmas-Marty. En outre, l'*offre de loi* rédigée à l'initiative d'un groupe mené par le doyen Carbonnier¹⁸⁹⁶, qui proposait notamment de nouvelles règles de droit commun matériel des libéralités, fut reprise dans une certaine mesure par la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, à commencer par la définition même de la notion de libéralité¹⁸⁹⁷. Ces exemples sont autant de témoignages de l'influence de la doctrine sur l'édification, l'amélioration ou la modification de règles de droit commun matériel par les pouvoirs publics. Toutefois, certaines propositions doctrinales de droit commun matériel ne connaissent pas le même succès.

¹⁸⁹³ 1) Au demeurant, le droit commun matériel des contrats issu du code civil de 1804 doit beaucoup au *Traité des obligations* de Pothier (v. par ex. Ph. Malaurie, *Anthologie de la pensée juridique*, 2^e éd., Cujas, 2001, V^o « Pothier », p. 103 – ou même ce qu'il doit aux traités de Pothier relatifs à certains contrats particuliers [v. les ex. donnés par F. Bérenger, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, t. 1, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, n^o 8, note 79]) et, dans une moindre mesure, aux *Loix civiles* de Domat (v. par ex. B. Baudelot, *Un grand juriconsulte du XVII^e siècle, Jean Domat*, Rousseau, 1938, p. 196).

2) De même, les articles 1382 et 1383 du même code doivent beaucoup aux *Loix civiles* de Domat. V. *Les Loix civiles dans leur ordre naturel* (1689), Bailly, rééd. 1777, livre II, titre VIII, section 4, I, p. 310 : « toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu ». Pour le constat : J. Gaudemet, « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e) », in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, t. 1, Florence, Olschki, 1977, p. 157 s., spéc. p. 170 à 172. ; O. Descamps, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le code civil de 1804*, LGDJ, 2005, *passim*.

¹⁸⁹⁴ V. *supra*, n^o 522 s., et H. Vizioz, *Études de procédure*, Bière, 1956, réimpr. Dalloz, 2011, n^o 230 s. (« principes directeurs du procès civil ») ; H. Motulsky, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.* 1972, chron. p. 91 s. Pour l'historique, v. S. Guinchard, « La part de la doctrine en procédure civile », *RDA* n^o 3, p. 73 s., spéc. p. 80-81 ; É. Vergès, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, thèse Aix-Marseille III, 2000, n^o 2.

¹⁸⁹⁵ La commission Justice pénale et droits de l'Homme avait en effet proposé, en 1991, des principes directeurs de la procédure pénale ; si la proposition n'avait pas été reprise par les réformes de 1993, la loi du 15 juin 2000 les a largement consacrées à l'article préliminaire du code de procédure pénale (v. *Dictionnaire de la justice*, dir. L. Cadet, V^o « Principes directeurs du procès », par J. Normand, PUF, 2004, spéc. p. 1041).

¹⁸⁹⁶ J. Carbonnier et *al.*, *Des libéralités - Une offre de loi*, Defrénois, 2003.

¹⁸⁹⁷ C'est l'actuel article 893 du code civil (comp. avec le premier alinéa de l'article 893 de l'*offre de loi*).

Section II – Les propositions ignorées

586. **Plan.** Certaines propositions doctrinales de droit commun matériel sont laissées de côté par les pouvoirs publics. L'exemple des sûretés sera détaillé (§ I) ; d'autres exemples seront mentionnés (§ II).

§ I – Les sûretés

587. **Plan.** Laissant de côté les propositions doctrinales en ce sens, le législateur se refuse à consacrer tant un droit commun matériel des sûretés (A) qu'un droit commun matériel à des catégories spécifiques de sûretés (B).

A. La proposition a maxima : édicter un droit commun matériel à toutes les sûretés

588. **Possibilité théorique d'un droit commun matériel des sûretés.** On l'a constaté, le droit positif des sûretés est pauvre en abstraction puisqu'il ne contient, pour ainsi dire, que des règles relatives à des sûretés particulières¹⁸⁹⁸. Pour autant, sur un plan prospectif, certains auteurs font valoir que le droit commun matériel des sûretés apparaît envisageable du fait que toutes les sûretés ont, en dépit de leur diversité, des points de ressemblance fonctionnels : notamment, quant à l'objet – l'article 2287 de l'avant-projet Grimaldi le rappelait –, toutes partagent de garantir l'exécution d'une obligation ; quant aux sujets, toutes « ont en commun de conférer une situation privilégiée au créancier », qui fait que « celui-ci se trouve dans une situation meilleure que celle qui serait la sienne s'il était un simple créancier chirographaire »¹⁸⁹⁹. C'est peu, mais ces éléments semblent suffisants pour ouvrir la réflexion sur les linéaments d'un droit commun matériel des sûretés¹⁹⁰⁰ ; ce dernier est envisageable parce que toutes les sûretés « remplissent la même fonction et posent, de ce fait, des problèmes identiques »¹⁹⁰¹, tenant notamment à leur constitution, à l'information des tiers ou, dans une certaine mesure, à leur réalisation.

¹⁸⁹⁸ Sur cette carence en droit positif, v. *supra*, n° 541 s.

¹⁸⁹⁹ *Rép. civ.* Dalloz, V° « Sûretés », par D. Legeais, 2006, n° 6 (qui n'en exclut que certaines lettres d'intention [n° 12 et n° 26]) ; rapp. L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés*, 7^e éd., Paris LGDJ, 2013, n° 4. Les sûretés se rattachent aux « causes légitimes de préférence » visées par l'article 2285 du code civil. V. encore P. Crocq, *Propriété et garantie*, LGDJ, 1995, n° 282 : « une sûreté est l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant notamment pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou en partie, directement ou indirectement » ; v. cep. *contra*, ou du moins plus nuancés, M. Cabrillac et al., *Droit des sûretés*, 9^e éd., Litec, 2010, n° 2, « L'introuvable notion de sûreté » (qui donnent une définition « nécessairement vague ») ; et, pour une critique de la définition proposée, Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, 2^e éd., PUF, 1998, n° 6, p. 21, qui la juge trop « compréhensive » et se demande si elle ne suscite pas « plus de questions qu'elle n'en résout ».

¹⁹⁰⁰ Rapp. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 36.

¹⁹⁰¹ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. et loc. cit.* Toute sûreté est une garantie, même si toute garantie n'apparaît pas nécessairement comme une sûreté : v. not. la rédaction de l'article 1799-1 du code civil (différence de nature des garanties alternatives imposées aux alinéas 2 et 3).

589. **Propositions doctrinales.** C'est pourquoi la doctrine a tenté d'en proposer la construction face à l'abstention du législateur¹⁹⁰². Par exemple, le professeur Crocq estimait déjà, avant la réforme de 2006, qu'il pouvait être discerné en filigrane des « principes communs » à toutes les sûretés, tant lors de la constitution de la sûreté que lors de sa réalisation¹⁹⁰³. Le professeur Picod, depuis la réforme, estime qu'il est possible d'« entrevoir des règles communes aux sûretés réelles et personnelles à travers leur caractère de plus en plus formaliste, à des fins protectrices des parties [...] ou d'opposabilité aux tiers [...], ou encore l'exigence de proportionnalité »¹⁹⁰⁴ ; certains y ajoutent la subsidiarité¹⁹⁰⁵. Aussi, l'avant-projet de réforme de la commission Grimaldi comportait des propositions en ce sens, qui prenaient la forme de « principes directeurs », ou de « principes généraux communs à toutes les sûretés »¹⁹⁰⁶ : c'était l'objet des articles 2287 et suivants, qui proposaient de rappeler l'accessorité de la sûreté¹⁹⁰⁷, prévoyaient qu'elle ne peut être source d'enrichissement pour le créancier¹⁹⁰⁸, ou encore rappelaient que sa fonction est de garantir l'exécution d'une obligation¹⁹⁰⁹.

590. **Une proposition infructueuse.** Ces dernières propositions faites par la commission Grimaldi n'ont pourtant pas été reprises par l'ordonnance de 2006, du fait d'une habilitation insuffisante du gouvernement par la loi du 26 juillet 2005¹⁹¹⁰. Les autres propositions, antérieures ou postérieures à la réforme, ne semblent pas davantage avoir attiré l'attention des pouvoirs publics. De ce point de vue, la réforme réalisée par l'ordonnance du 23 mars 2006 est inachevée : le législateur n'est pas allé au bout de la logique initiée ; pour le dire avec le professeur Picod, « l'ordonnance de 2006 n'a été qu'une étape vers l'unité, pourtant ardemment souhaitée par la commission de réforme et souhaitable dans un esprit de cohésion »¹⁹¹¹.

¹⁹⁰² V. not. P. Crocq, « L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité », in *Mélanges C. Mouly*, t. 2, Litec, 1998, p. 317 s., spéc. II, « La recherche de l'unité » ; et, du même auteur, *Existe-t-il un droit commun des sûretés ?*, cours pour le Master 2 Droit privé général de l'Université Panthéon-Assas, 2007-2009 ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés - La publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 36, « Un droit commun des sûretés ? » V. aussi A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, thèse Paris II, 2011, n° 453, qui se réfère à « ce droit commun des sûretés recherché par la doctrine contemporaine » ; M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachelier, *Droit des sûretés*, 3^e éd., 2012, n° 38 s., p. 20-21. *Adde*, pour les garanties, D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 8^e éd., LGDJ, 2011, n° 24 s.

¹⁹⁰³ P. Crocq, « L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité », in *Mélanges C. Mouly*, t. 2, Litec, 1998, p. 317 s., spéc. n° 16.

¹⁹⁰⁴ Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2^e éd., PUF, 2011, n° 12, p. 15.

¹⁹⁰⁵ V. A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, thèse Paris II, 2011, n° 453 : « la subsidiarité fait partie de ce droit commun des sûretés recherché par la doctrine contemporaine ». L'auteur relève néanmoins (*op. et loc. cit.*) qu'elle prend « des formes différentes selon le type de sûreté. Dans les sûretés personnelles, le créancier ne peut agir contre le garant qu'une fois que le débiteur principal a été défaillant : l'obligation du garant est subsidiaire. [...] Quant aux sûretés réelles, c'est leur réalisation qui est subsidiaire [...], le constat de la défaillance du débiteur est un préalable indispensable ».

¹⁹⁰⁶ M. Grimaldi, « Orientations générales de la réforme », *Dr. et patr.* n° 140, sept. 2005, p. 50 s., spéc. p. 52.

¹⁹⁰⁷ Article 2289 de l'avant-projet : « La sûreté est accessoire en ce qu'elle suit la créance garantie ». Cette règle, proposée au titre du droit commun des sûretés, n'exclurait pas des règles spéciales, notamment pour les sûretés personnelles non accessoires telle la garantie autonome.

¹⁹⁰⁸ Article 2287, alinéa 2, de l'avant-projet : « Elle ne peut procurer au créancier aucun enrichissement ».

¹⁹⁰⁹ Article 2287, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet : « La sûreté garantit l'exécution d'une obligation ».

¹⁹¹⁰ V. l'article 25 de la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie.

¹⁹¹¹ Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2^e éd., PUF, 2011, n° 18, p. 24.

591. **Persévérer.** C'est la raison pour laquelle persévérer dans ces propositions doctrinales n'apparaîtrait pas dénué de pertinence. Puisqu'une démarche inductive permet de révéler qu'il existe, virtuellement, un certain nombre de principes partagés par toutes les sûretés, pourquoi se limiter à des règles spéciales à chaque sûreté particulière ? Et ce, d'autant que le droit commun matériel serait source de lisibilité et d'accessibilité. Il pourrait figurer dans de nouveaux articles 2287-1 et suivants du code civil¹⁹¹², eux-mêmes contenus dans un titre préliminaire intitulé « Du droit commun des sûretés ». Quant au contenu, la méthode proposée par la commission Grimaldi, qui tenait à la formulation de principes directeurs, présentait des avantages manifestes. Se retrouve en effet ici l'idée de gestion d'une diversité nécessaire, liée à la profusion des règles spéciales – relatives à chaque sûreté particulière –, par le droit commun¹⁹¹³. La perspective d'un droit commun matériel qui énoncerait des directives générales, pour guider la matière et la rendre cohérente par des règles au domaine d'application général, paraît donc toujours souhaitable¹⁹¹⁴.

B. Les propositions a minima : édicter un droit commun matériel des sûretés pour autrui, un droit commun matériel des sûretés personnelles et un droit commun matériel des sûretés réelles

592. **Annonce.** *A minima*, la doctrine prône parfois la reconnaissance d'un droit commun des sûretés personnelles ainsi que d'un droit commun des sûretés réelles¹⁹¹⁵, ou, de manière transversale, d'un droit commun des sûretés pour autrui. Les pouvoirs publics sont jusqu'ici restés indifférents à ces propositions.

593. **Un droit commun des sûretés pour autrui.** Une partie de la doctrine milite pour la création, de manière transversale, d'un certain nombre de règles de droit commun matériel de la sûreté constituée en garantie de la dette d'autrui¹⁹¹⁶. La proposition repose sur l'idée

¹⁹¹² L'actuel article 2287-1 du code civil, qui dispose que « les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention », pourrait alors être renuméroté.

¹⁹¹³ V. *supra*, n° 508 s.

¹⁹¹⁴ De telles règles de droit commun n'empêcheraient pas les règles spéciales matérielles de prospérer et d'adapter ces principes aux particularités de chaque sûreté, voire de déroger à ces principes pour certaines sûretés. Tel serait notamment le cas s'il existait une règle de droit commun matériel posant le caractère accessoire de la sûreté : dans la mesure où il ne s'agit pas d'une caractéristique qui relève de « l'essence » de la sûreté (C. Witz, « Réflexions sur la fiducie-sûreté », *JCP E* 1993, I, 244, n° 5 ; comp. P. Crocq, « L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité », in *Mélanges C. Monly*, t. 2, Litec, 1998, p. 317 s., n° 11), certains textes spéciaux pourraient y déroger, notamment pour la garantie autonome. Il n'en demeure pas moins que le caractère accessoire, partagé par de nombreuses sûretés, mériterait certainement d'accéder au statut de règle de droit commun matériel.

¹⁹¹⁵ V. not. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 36 : « si, en raison de la différence profonde de nature entre les sûretés personnelles et réelles, un droit commun à toutes les sûretés ne peut sans doute avoir qu'une consistance limitée et se situer à un niveau élevé d'abstraction, on peut identifier plus aisément un corps de règles communes, respectivement, à chacune de ces catégories ».

¹⁹¹⁶ V. not. *Rép. civ.* Dalloz, V° « Cautionnement », par G. Piette, 2009, n° 238 : « un droit commun de l'engagement pour autrui ». Rapp. A. Aynès, « Quelques aspects du régime juridique des sûretés réelles pour autrui », in *Mélanges C. Larroumet*, Economica, 2009, p. 1 s. ; J. Lelieur, « L'application analogique du régime du cautionnement à la sûreté réelle pour autrui », *RRJ* 2007, p. 1235 s. Cette catégorie, qui n'a pas retenu l'attention des pouvoirs publics, présente une certaine homogénéité liée au fait que le garant s'engage pour autrui ; elle pourrait justifier un certain nombre de règles matériellement communes à toutes les garanties qui la composent (sûretés personnelles – pour autrui, pourrait-on ajouter depuis que, du fait de la réception explicite de l'axiome « une personne, deux patrimoines » par la loi du 17 mai 2011 portant création de l'EIRL, il semble concevable de constituer une sûreté personnelle en garantie de ses

selon laquelle tous les engagements pour autrui ont en commun d'impliquer une personne distincte de celle qui a contracté l'engagement principal. Un certain nombre de règles, notamment relatives aux recours, voire à l'information du garant, pourrait ainsi être édicté en considération de ce point commun¹⁹¹⁷. Peu de dispositions en vigueur en relèvent aujourd'hui¹⁹¹⁸. Ce droit commun des sûretés pour autrui permettrait pourtant de résoudre un certain nombre de difficultés auxquelles est confronté le droit positif, notamment sur la question du régime juridique du « cautionnement réel »¹⁹¹⁹. Une telle proposition mérite ainsi toute l'attention.

594. Un droit commun des sûretés personnelles. Nombreux sont en outre les auteurs qui estiment possible et souhaitable l'édition d'un droit commun matériel des sûretés personnelles¹⁹²⁰. Parce que ces dernières reposent sur la notion d'engagement personnel pour autrui¹⁹²¹ – la commission Grimaldi proposait, dans l'article 2288, alinéa 1^{er} de l'avant-projet remis au garde des Sceaux, de définir la sûreté personnelle comme « l'engagement pris envers le créancier par un tiers non tenu à la dette » –, un certain nombre de règles pourrait faire l'objet d'un droit commun matériel à cette catégorie. Il s'agirait de toutes les solutions justifiées par la nature personnelle de l'engagement souscrit par le garant pour autrui. Exemple parmi d'autres¹⁹²², c'est ainsi que le professeur Picod estime que ce droit commun des sûretés personnelles pourrait notamment être « esquissé » à partir de l'extension du domaine d'application des règles de recours après paiement¹⁹²³. Des règles matériellement communes à toutes les sûretés personnelles sont

propres dettes, à condition qu'elles émanent d'un autre patrimoine que celui directement débiteur – d'une part ; sûretés réelles pour autrui d'autre part).

¹⁹¹⁷ V. les réf. citées juste *supra* et, en particulier, pour des distinctions, A. Aynès, « Quelques aspects du régime juridique des sûretés réelles pour autrui », in *Mélanges C. Larroumet*, Economica, 2009, p. 1 s.

¹⁹¹⁸ 1) V. cep., et partic., l'article 1422, alinéa 2, du code civil, créé par l'ordonnance du 23 mars 2006, qui dispose que les époux communs en biens ne peuvent, l'un sans l'autre, affecter un bien commun en garantie de la dette d'un tiers. 2) Au-delà, n'y entrent pas les règles qui posent une solution spécifique à une sûreté personnelle particulière (très souvent, le cautionnement) et que la jurisprudence étend par analogie à d'autres engagements pour autrui. Cette technique est à distinguer de la technique du droit commun : notamment, là où l'application d'une règle de droit commun est obligatoire, le recours à l'analogie jurisprudentielle ne l'est pas (v. *infra*, n° 645 s.). Comp. L. Aynès, « Une Chambre mixte se prononce sur la nature du cautionnement réel », *D.* 2006, p. 733 s., spéc. n° 13, note 30 : l'auteur estime que devrait s'appliquer à la sûreté réelle pour autrui la règle consacrée, pour le cautionnement, par l'article 2314 du code civil, mais, « plutôt que l'article [...] lui-même, écrit pour le cautionnement, c'est le droit commun que ce texte consacre qu'il conviendrait d'appliquer ».

¹⁹¹⁹ Sur celui-ci, v. *supra*, n° 551 et *infra*, n° 654.

¹⁹²⁰ V. par ex. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 36 ; Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2^e éd., PUF, 2011, n° 12. Adde M. Mignot, « Caution et co-débiteur solidaire : de la nécessité d'un droit commun des garanties personnelles », *RLDC* n° 101, févr. 2013, p. 28 s.

¹⁹²¹ Comp. avec la remarque juste *supra* : ne peut-on aujourd'hui concevoir une sûreté personnelle pour garantir ses propres obligations, à condition de disposer de plusieurs patrimoines ? Elle agirait comme un pont entre les patrimoines séparés, permettant au créancier de restaurer fictivement un droit de gage général plein et entier.

¹⁹²² 1) Ainsi, certaines règles posées pour le cautionnement valent également pour la garantie à première demande (la jurisprudence les interprète par analogie – v. *infra*, n° 636) ; peut-être auraient-elles mérité de faire l'objet d'un chapitre commun aux sûretés personnelles.

2) De même et à leur échelle, de nombreuses questions pourraient être traitées à l'identique. Ainsi en est-il par exemple, pour le cautionnement, du problème des nombreuses obligations d'information matériellement spéciales, que la doctrine a proposé de fédérer en une règle unique s'accompagnant d'une abrogation des dispositions spéciales (il est question, alors, non point d'édicter un droit commun matériel des sûretés personnelles, mais d'améliorer le droit commun matériel du cautionnement) : v. not. Ph. Simler, « Codifier ou recodifier le droit des sûretés personnelles ? », in *Le Code civil 1804-2004 - Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 373 s., spéc. p. 386. V. aussi le rapport de la commission Grimaldi et la proposition d'article 2307 qui en est issue.

¹⁹²³ Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2^e éd., PUF, 2011, n° 12, p. 15 ; v. aussi les autres exemples cités par l'auteur.

concevables, et la mesure en serait ce qui caractérise la sûreté personnelle dans son mécanisme : un engagement personnel pris par le garant pour autrui.

595. **Un droit commun des sûretés réelles.** De manière comparable, la doctrine estime que l'édification d'un droit commun matériel des sûretés réelles serait possible¹⁹²⁴, en raison de l'unité de la notion de sûreté réelle – la commission Grimaldi proposait, dans l'article 2288, alinéa 2, de l'avant-projet, de la définir comme « l'affectation d'un bien au paiement préférentiel du créancier ». À partir de cette définition unique, la perspective de règles matériellement communes à toutes les sûretés réelles apparaît donc concevable¹⁹²⁵. Ainsi, pour un auteur, un droit commun matériel des sûretés réelles pourrait notamment reposer sur des règles d'interprétation stricte, de formalisme, ou sur des règles relatives aux difficultés des entreprises¹⁹²⁶ ; raisonner à partir de questions précises, comme celle de la réalisation de la sûreté, pourrait également se révéler profitable.

596. **Illustration : modes de réalisation de la sûreté réelle.** L'ordonnance du 23 mars 2006 a par exemple suffisamment insisté sur l'harmonisation des modes de réalisation des sûretés réelles¹⁹²⁷ pour que l'on ne se demande pas pourquoi, au lieu d'une multiplicité de règles spéciales – une pour chaque sûreté réelle particulière –, le législateur n'a pas songé à édicter sur ce point des règles de droit commun matériel des sûretés réelles¹⁹²⁸. Pourquoi ne pas être allé jusqu'au bout, et ne pas avoir édicté des règles communes à toutes les sûretés réelles concernant leur réalisation ? Ne serait-il ainsi pas concevable, par exemple, de réfléchir à un article qui disposerait que le titulaire d'une sûreté réelle peut se voir attribuer judiciairement la propriété du bien¹⁹²⁹ ? Plus encore : ne pourrait-on envisager l'édiction d'une règle de droit commun des sûretés réelles qui poserait une option entre l'attribution judiciaire, l'exécution d'un pacte comissoire et l'exercice classique du droit de préférence sur la valeur¹⁹³⁰ ? En droit positif, cette option existe en effet pour le gage de meubles corporels et le nantissement de meubles incorporels – articles 2346 et suivants du code civil¹⁹³¹ –, le nantissement de créance –

¹⁹²⁴ Not. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 36 ; Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2^e éd., PUF, 2011, n° 12. Rapp. C. Juillet, « Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir », in *Mélanges C. Larroumet*, Economica, 2009, p. 241 s., spéc. n° 41 s. *Add* O. Gout, « Quel droit commun pour les sûretés réelles ? », *RTD civ.* 2013, p. 255 s.

¹⁹²⁵ Certains droits étrangers pouvant d'ailleurs à cet égard servir sinon de modèle, du moins de point de comparaison. Par exemple, v. les articles 334 et suivants du code civil de la fédération de Russie, consacrés notamment à la notion de sûreté réelle, à ses sources, à la qualité de constituant, à l'objet de la sûreté, à l'étendue de la créance garantie, à la réalisation de la sûreté, etc.

¹⁹²⁶ Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2^e éd., PUF, 2011, n° 12, p. 15.

¹⁹²⁷ En effet, « outre l'exécution forcée classique, toutes les sûretés réelles conventionnelles peuvent [désormais] donner lieu à attribution judiciaire et peuvent être assorties d'un pacte comissoire » (Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 36).

¹⁹²⁸ Étant rappelé que l'existence de règles communes n'empêche pas celle de règles spéciales, qui pourraient donc continuer d'exister pour tel ou tel type spécial de sûreté (ainsi et par exemple, le pacte comissoire est prohibé, par l'article L. 527-2 du code de commerce, pour le gage de stocks, alors qu'il est autorisé pour le gage en général).

¹⁹²⁹ Rapp. C. Juillet, « Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir », in *Mélanges C. Larroumet*, Economica, 2009, p. 241 s., spéc. n° 41.

¹⁹³⁰ Rapp. M. Bourassin, in « Panorama de la législation et de la jurisprudence en droit civil des affaires », *D.* 2006, p. 1380 s. V. aussi spéc. la recherche en cours de C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté*, dir. M. Grimaldi.

¹⁹³¹ Pour le nantissement de meubles incorporels, par l'effet du renvoi instauré par l'article 2355, alinéa 5, du code civil, qui inclut notamment ces dispositions.

article 2365 –, l'hypothèque conventionnelle ou encore le gage immobilier – articles 2458 et 2459 du même code¹⁹³². C'est ce qui fait dire à la doctrine qu'« un droit commun » existe « en filigrane au sujet de la réalisation des sûretés réelles »¹⁹³³. L'édiction d'une seule règle commune serait apparue plus cohérente que la méthode finalement choisie par le législateur, qui a consisté à reproduire les mêmes dispositions spéciales pour diverses sûretés réelles.

597. **Persévérer.** Il ne s'agit que d'un exemple et l'on pourrait, généralisant la démarche, recenser toutes les règles reprises mot pour mot pour les sûretés sur les meubles et les sûretés sur les immeubles : sur de nombreuses questions, il n'existe « qu'une addition de dispositions spéciales », là où auraient pu exister « des dispositions censées être de droit commun »¹⁹³⁴ ; cela apparaît regrettable¹⁹³⁵, tant du point de vue de la lisibilité du droit des sûretés réelles que dans un souci d'économie de moyens. C'est pourquoi l'opportunité, au début de chaque titre du livre IV du code civil, de chapitres préliminaires intitulés « Du droit commun des sûretés personnelles » et « Du droit commun des sûretés réelles », composés d'un certain nombre de principes généraux ou de règles plus classiques, pourrait être méditée.

§ II – Autres illustrations

598. **Exemples.** D'autres illustrations de propositions doctrinales de droit commun matériel ignorées peuvent être évoquées. Ainsi, les règles de droit commun matériel des libéralités faisant défaut sur les questions de la cause et de l'objet¹⁹³⁶, l'*offre de loi* menée par le doyen Carbonnier avait proposé des dispositions pour remédier à ce silence¹⁹³⁷ ; elles sont restées lettre morte. De la même manière, aucune des propositions tendant à l'édiction d'un délai de droit commun matériel de la prescription extinctive n'a retenu l'attention des pouvoirs publics¹⁹³⁸. D'autres exemples, parmi lesquels les groupements¹⁹³⁹ ou les personnes morales¹⁹⁴⁰, pourraient

¹⁹³² Pour le gage immobilier, par l'effet du renvoi instauré par l'article 2388 du code civil, qui inclut notamment ces dispositions.

¹⁹³³ M. Bourassin, in « Panorama de la législation et de la jurisprudence en droit civil des affaires », *D.* 2006, p. 1380 s.

¹⁹³⁴ N. Molfessis, « Le code civil et le pullulement des codes », in *1804-2004, Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 309 s., spéc. n° 29, p. 334 (pour les deux dernières citations) ; les propos de l'auteur sont généraux et ne visent pas spécifiquement les sûretés.

¹⁹³⁵ Rappr., pour le droit des contrats, regrettant les règles identiques mais limitées chacune à un contrat particulier, et avouant sa préférence pour « un régime unique dont le champ d'application déborderait les limites » d'un seul contrat spécial : P. Puig, « Pour un droit commun spécial des contrats », in *Mélanges Jacques Foyer*, Economica, 2007, p. 825 s., spéc. p. 840.

¹⁹³⁶ V. *supra*, n° 559.

¹⁹³⁷ J. Carbonnier et *al.*, *Des libéralités - Une offre de loi*, Defrénois, 2003, articles 909 s. (« De l'objet ») et 911 (« De la cause »), p. 28 s.

¹⁹³⁸ V. l'article 2278 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (qui prend néanmoins parti de manière discutable sur la controverse droit/action). V. aussi Ph. Malaurie, « La réforme de la prescription civile », *Defrénois* 2007, art. 38688, p. 1659 s., spéc. n° 9, qui proposait de « contract[er] les articles 2223 et 2224 nouveaux », et proposait la rédaction suivante : « toutes les actions se prescrivent par cinq ans, sauf lorsque la loi prévoit un autre délai. La prescription a pour point de départ... » (même observation).

¹⁹³⁹ Sur les propositions doctrinales tendant à l'édiction d'un droit commun des groupements, v. not. D. Randoux, « Vers un droit commun des groupements », *JCP G* 1996, I, 3982 ; V. Grellière, « Propositions pour un droit commun des groupements personifiés », *Dalloz affaires* 1997, p. 1133 s., qui estime que quelques thèmes, notamment la capacité de la personne juridique, son gouvernement interne, la protection des tiers, pourraient appeler un régime commun, mais qui juge cependant qu'à l'heure actuelle, la démarche relève de « l'utopie » [p. 1135] ; B. Dondero, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, n° LXXIV s., p. 64 s.

être mentionnés. Ainsi, pour des institutions variées, un certain nombre de propositions doctrinales de droit commun matériel reste ignoré des pouvoirs publics. Ces propositions ignorées ne pourraient-elles toutefois pas être les propositions consacrées de demain¹⁹⁴¹ ?

599. **Conclusion de chapitre.** Lorsque le droit commun d'une institution est défaillant, la doctrine se fait l'écho de ces lacunes, à travers des propositions doctrinales tendant à la consécration d'un droit commun matériel, le plus souvent à partir d'un raisonnement par induction. Le sort de ces propositions doctrinales varie. Certaines sont consacrées par les pouvoirs publics et sont, de ce fait, *novées* en règles de droit commun matériel de l'institution qu'elles concernent ; tel fut notamment le cas des mesures de protection des majeurs en 2007. D'autres propositions demeurent ignorées des pouvoirs publics ; tel est le cas pour les sûretés, ou encore pour le délai de prescription extinctive.

600. **Conclusion de sous-titre.** Pour de nombreuses institutions, l'existence d'un droit commun matériel est possible et même souhaitable. Pour certaines institutions, ce droit commun existe déjà, qu'il prenne la forme de principes directeurs – c'est le cas des mesures de protection des majeurs, ou encore du procès civil –, ou celle de règles plus classiques – c'est le cas des successions, des libéralités, du cautionnement ou encore de la prescription extinctive. Le maintien d'une interprétation matériellement uniforme de ces règles, quelle que soit la situation à laquelle elles sont appliquées, incombe en dernier ressort aux juridictions de cassation. Pour d'autres institutions, le droit commun matériel est défaillant, qu'il soit inexistant – c'est notamment le cas des sûretés et de l'acte juridique – ou, comme cela est plus fréquent, simplement partiellement défaillant – l'absence de délais de droit commun matériel de la prescription extinctive et de droit commun matériel de la prescription acquisitive en constituent des exemples. Des difficultés pratiques apparaissent alors presque nécessairement : des situations, qu'il convient pourtant de régir, demeurent hors des prévisions des règles de droit. La doctrine prend acte de l'abstention des pouvoirs publics et propose souvent les règles de droit commun matériel manquantes, avec un succès inégal ; certaines de ces propositions sont consacrées, d'autres sont ignorées. Au-delà, quels sont les remèdes en l'absence de droit commun matériel ?

[« Contribution à l'émergence d'un droit commun des groupements »]. Pour le constat de l'effervescence doctrinale, M.-L. Coquelet, « La loi du 24 juillet 1966 comme modèle d'un droit commun des groupements », in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 195 s., spéc. n° 1 ; *adde* R. Dorat des Monts, « L'unification des sociétés civiles et commerciales : vers un droit commun ? », *RTD com.* 1982, p. 505 s. ; F. Dekeuwer-Défossez, « L'unification des sociétés civiles et commerciales : vers un droit commun ? Les sociétés en participation », *RTD com.* 1984, p. 569 s.

¹⁹⁴⁰ V. not. Y. Guyon, obs. sous Civ. 1^{re}, 29 nov. 1994, *Rev. sociétés* 1995, p. 318, qui estime qu'« il serait souhaitable que le législateur édicte lui-même les règles communes à toutes les personnes morales », et F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 s., spéc. p. 933, pour lequel « l'on concevrait assez bien qu'un titre nouveau leur soit consacré dans le Code civil ».

¹⁹⁴¹ L'histoire rappelle qu'il fallut par exemple plus d'un siècle pour que soient consacrées, dans le code civil, les propositions de droit commun matériel de la responsabilité civile inspirées par Domat, et près d'un demi-siècle pour que soient consacrées celles de Pothier pour les contrats...

SOUS-TITRE II – LES REMEDES A DEFAUT DE DROIT COMMUN MATERIEL

601. **Inexistence du droit commun matériel et nécessité d'une solution de secours.** L'hypothèse est celle dans laquelle une situation de fait se trouve hors du champ de toute règle spéciale sur un point donné, et qu'il n'existe pas de règle de droit commun matériel à même de l'appréhender subsidiairement. Il convient, pour la régir, de trouver une solution de secours.

602. **Référence aux règles applicables à une autre situation.** Les solutions proposées par le système juridique fonctionnent souvent sur le mode de la référence aux règles applicables à une autre situation : l'absence de règle directement applicable à la situation concernée implique en effet de mettre en œuvre, selon les termes de Perelman, « un raisonnement grâce auquel on passera d'un cas particulier à un autre cas particulier »¹⁹⁴². Ce procédé de la référence peut être « positif » – application d'une solution identique à la situation bénéficiaire –, et repose alors sur un raisonnement par analogie ; il peut aussi être « négatif » – application d'une solution contraire à la situation bénéficiaire –, et repose alors sur un raisonnement *a contrario*¹⁹⁴³. C'est, dans les deux cas, un simple pis-aller¹⁹⁴⁴.

603. **Plan.** Ainsi que cela ressort des travaux des doyens Carbonnier¹⁹⁴⁵ et Cornu¹⁹⁴⁶, le recours à la réglementation par référence peut provenir de deux sources : la référence par les textes et la référence par le juge. Ces méthodes de la référence de source textuelle (Chapitre I) et de la référence de source jurisprudentielle (Chapitre II) se présentent successivement, comme des solutions en « béquilles », lorsqu'aucune règle ne permet d'appréhender directement une situation concrète¹⁹⁴⁷.

¹⁹⁴² C. Perelman, *Logique juridique - Nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Dalloz, réimpr. 1999, n° 67.

¹⁹⁴³ La situation dont le régime est incomplet – la situation « emprunteuse » – se verra, par référence à une autre situation – la situation « prêteuse » –, transposer la solution posée pour cette seconde situation sur le fondement des ressemblances entre ces situations, ou refuser cette solution sur le fondement des différences entre celles-ci (pour l'utilisation du vocabulaire, G. Cornu, « L'esprit d'économie législative », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 323 s., spéc. p. 324). Le procédé contribue à combler les lacunes du système juridique : v., pour ce constat à propos de la face positive de ce procédé de référence, qui est l'analogie, G. Cornu, « Le règne discret de l'analogie », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 331 s., spéc. p. 334.

¹⁹⁴⁴ Puisque, précisément, le procédé de la référence *comble* les lacunes du droit (v. la note juste *supra*), alors que le droit commun les *prévient*.

¹⁹⁴⁵ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, PUF, « Quadrige », 2004, n° 159.

¹⁹⁴⁶ G. Cornu, « Le règne discret de l'analogie », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 331 s., spéc. p. 331.

¹⁹⁴⁷ En d'autres termes, à défaut de toute règle applicable à une situation à titre subsidiaire, les pouvoirs publics peuvent se référer aux règles applicables à une autre situation dont le régime est plus complet ; et, à défaut également de renvoi textuel, le juge peut recourir au procédé de la référence jurisprudentielle aux règles applicables à une autre situation dont le régime est plus complet.

Chapitre I – La référence de source textuelle

604. **Modalités et définition de la référence de source textuelle.** La référence négative – exclusion de règles applicables –, est ici peu fréquente¹⁹⁴⁸. La référence positive – renvoi de règles applicables –¹⁹⁴⁹ apparaît au contraire souvent utilisée lorsqu'une institution manque de règles de droit commun matériel. Elle fera l'objet des développements : dans cette hypothèse, un texte renvoie à un certain nombre d'articles applicables à une autre situation¹⁹⁵⁰.

605. **Plan.** Les pouvoirs publics recourent parfois à la technique (Section I). Si elle aboutit à une situation meilleure que celle qui résulterait de son absence, elle reste toutefois source d'inconvénients majeurs (Section II).

Section I – L'utilisation de la technique

606. **Plan.** Le renvoi de textes applicables, « invitation formelle, énoncée par la règle, à se reporter à une ou plusieurs autres dispositions »¹⁹⁵¹, est parfois utilisé par les pouvoirs publics pour combler les lacunes du droit commun matériel d'une institution. Parmi les illustrations de cette technique – notamment, pour les libéralités, la référence à certaines règles applicables aux successions, impliquée par l'article 724-1 du code civil –¹⁹⁵², deux exemples seront

¹⁹⁴⁸ Elle s'entend de l'exclusion des solutions consacrées à une autre situation. Les références textuelles négatives existent néanmoins. Par ex., pour la forclusion, l'article 2220 du code civil dispose que « les délais de forclusion ne sont pas, sauf dispositions contraires », régis par les solutions applicables à la prescription extinctive. Ce procédé de la référence textuelle *négative*, qui reste peu fréquent, se heurte à une critique : il n'indique pas véritablement à l'interprète ce qu'il *doit* faire ; il le laisse largement livré à lui-même en lui donnant une simple indication sur ce qu'il *ne doit pas faire*. Le procédé est à la source d'incertitudes quant aux solutions applicables à l'institution « rejetée ».

¹⁹⁴⁹ Elle s'entend d'un renvoi aux règles applicables à une autre situation. V. G. Cornu, « L'esprit d'économie législative », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 323 s., spéc. p. 324, qui le qualifie de « procédé de la référence ».

¹⁹⁵⁰ Au-delà même de l'hypothèse ici étudiée, le procédé du renvoi de textes applicables, parfois encore appelé d'« analogie légale » (J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, *Introduction - Les personnes - La famille*, PUF Quadrige, 2004, n° 159, p. 306), apparaît comme une figure légistique fréquente (v. par ex. D. Rémy, *Légistique - L'art de faire les lois*, Romillat, 1994, n° 281 s. ; G. Cornu, « L'esprit d'économie législative », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 323 s., spéc. p. 325) qui met en présence une situation prêteuse et une situation emprunteuse et consiste, résumait Cornu, à « soumettre une institution à certaines des règles qui en gouvernent une autre » (art. préc., spéc. p. 324). V. aussi J.-L. Bergel, « La méthode législative du code civil et sa longévité », *RRJ* 2004, numéro spécial, cah. method. jur. n° 19, p. 2765 s., spéc. p. 2772-2773 : l'on parle de renvoi « lorsqu'une norme se réfère à une autre norme, généralement préexistante, de force obligatoire égale ou supérieure, voire même inférieure, afin de la rendre applicable à une situation quelque peu similaire que l'on souhaite donc régir de manière analogue ». Adde N. Molfessis, « Le renvoi d'un texte à un autre », *RRJ* 1997, n° 4, cah. method. jur. n° 12, p. 1193 s. Rapp. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, *Introduction - Les personnes - La famille*, PUF Quadrige, 2004, n° 159, p. 306, qui écrit que l'hypothèse se rencontre « quand, au lieu de régler distinctement deux institutions entre lesquelles il existe une certaine parenté de nature, la loi fait une économie de textes en renvoyant d'une institution à l'autre ».

¹⁹⁵¹ N. Molfessis, « Le renvoi d'un texte à un autre », *RRJ* 1997, n° 4, cah. method. jur. n° 12, p. 1193 s., spéc. n° 1, note 2.

¹⁹⁵² Autres exemples : l'adoption simple, puisque l'article 361 du code civil renvoie, pour une large part, aux règles applicables à l'adoption plénière ; la séparation de corps, pour laquelle il est renvoyé à la réglementation du divorce (cf. articles 296 et 298 du code civil) ; la société en commandite par actions ou la société par actions simplifiée, pour lesquelles il est abondamment renvoyé au droit de la société anonyme (v. par ex. l'article L. 226-1, alinéa 2, l'article L. 226-12 pour la société en commandite par actions, ou l'article L. 227-1, alinéa 3, du code de commerce, pour la société par actions simplifiée) ; ou encore l'échange, pour lequel il est renvoyé à la vente (article 1707 du code

développés : celui du nantissement de meubles incorporels d'une part (§ I) ; celui de la prescription acquisitive d'autre part (§ II).

§ I – Droit commun matériel du nantissement et renvoi au gage

607. **Indigence du droit commun matériel du nantissement de meubles incorporels.** Si le code civil consacre un chapitre entier au nantissement de meubles incorporels, les règles de son droit commun matériel n'en sont pas moins très incomplètes¹⁹⁵³, puisque seuls les deux premiers alinéas de l'article 2355, qui définissent l'institution et prévoient qu'elle peut être conventionnelle ou judiciaire, semblent en relever ; toutes les autres dispositions sont consacrées à des nantissements matériellement spéciaux¹⁹⁵⁴, en particulier au nantissement de créance. Certains auteurs ont fortement regretté ce qu'ils considéraient comme une « absence d'un droit commun du nantissement »¹⁹⁵⁵, déploré qu'il n'existe aucun corps de règles dédiées « auquel on puisse se reporter pour constituer une sûreté sur d'autres meubles incorporels »¹⁹⁵⁶ que ceux énumérés par les dispositions spécifiques de la loi, et y ont vu un échec de la réforme de 2006¹⁹⁵⁷.

608. **Renvoi de l'article 2355, alinéa 5, du code civil.** Le législateur du 23 mars 2006 a cependant prévu un remède à cette absence de droit commun matériel propre au nantissement : un renvoi a été institué vers les textes applicables au gage. L'article 2355, alinéa 5, du code civil, dispose en effet que le nantissement qui porte sur des meubles incorporels ne faisant pas l'objet de dispositions spéciales est soumis « aux règles prévues pour le gage de meubles corporels ». Il s'agit donc d'une hypothèse de renvoi en bloc au droit du gage pour régler le droit commun matériel du nantissement. En quelque sorte, il existe donc bien un droit commun matériel du nantissement ; mais il trouve sa substance dans un renvoi aux règles relatives à une autre sûreté, le gage. C'est ce qui a pu faire dire à certains auteurs que le droit commun matériel du nantissement « se réduit à une disposition »¹⁹⁵⁸ ; si cela est littéralement exact, cette disposition, par l'effet du renvoi qu'elle institue, permet néanmoins une réglementation du nantissement plus fournie – elle agit comme un *cheval de Troie*.

civil). V. aussi G. Cornu, « L'esprit d'économie législative », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 323 s. ; adde J. Hauser, « Vers une théorie générale du droit familial ? », *D.* 1991, chron. XII, p. 56.

¹⁹⁵³ Rapp. C. Juillet, « Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir », in *Mélanges C. Larroumet*, Economica, 2009, p. 241 s., spéc. n° 25.

¹⁹⁵⁴ Rapp. C. Juillet, « Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir », in *Mélanges C. Larroumet*, Economica, 2009, p. 241 s., spéc. n° 25, et les références citées.

¹⁹⁵⁵ H. Synvet, « Le nantissement des meubles incorporels », *Dr. et patr.* n° 140, sept. 2005, p. 64 s., spéc. p. 70. Dans le même sens, G. Piette, « Le nantissement de meubles incorporels », *RLDA* mars 2007, n° 14, étude 584, p. 90 s.

¹⁹⁵⁶ H. Synvet, « Le nantissement des meubles incorporels », *Dr. et patr.* n° 140, sept. 2005, p. 64 s., spéc. p. 70.

¹⁹⁵⁷ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 640.

¹⁹⁵⁸ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 640. Rapp. H. Synvet, « Le nantissement des meubles incorporels », *Dr. et patr.* n° 140, sept. 2005, p. 64 s., spéc. p. 70 ; F. Jacob, « Le nantissement de parts sociales », *Dr. et patr.* n° 161, juill.-août 2007, p. 68 s. ; C. Juillet, « Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir », in *Mélanges C. Larroumet*, Economica, 2009, p. 241 s., spéc. n° 25 ; C. Lisanti, « Quelques remarques à propos des sûretés sur meubles incorporels », *D.* 2006, p. 2671 s., spéc. n° 9.

609. **Contenu du renvoi.** Cet article 2355, alinéa 5, conduit à considérer applicables au nantissement de meuble incorporel, « à défaut de dispositions spéciales », notamment la règle selon laquelle les créances garanties peuvent être présentes ou futures, à condition d'être déterminables – article 2333, alinéa 2, du code civil –, celle selon laquelle la sûreté peut être consentie par un tiers – article 2334 –, celle selon laquelle la sûreté est parfaite par l'établissement d'un écrit comportant certaines mentions – article 2336 –, les règles de publicité et d'opposabilité aux tiers – articles 2337 et suivants –, les règles de réalisation de la sûreté – articles 2346 et suivants. Devraient également s'y appliquer, semble-t-il, les règles relatives au gage mais non contenues dans le chapitre consacré au gage en tant que tel : seraient ainsi concernées, non seulement, les règles contenues aux articles 2333 et suivants du code civil, mais encore toutes celles applicables au gage et situées ailleurs – tel serait par exemple le cas de l'article 2286, 4^o, du code civil, aux termes duquel « peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose [...] celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession »¹⁹⁵⁹, même si un arrêt rendu en novembre 2013 pourrait avoir semé le trouble sur ce point¹⁹⁶⁰. Un renvoi comparable existe pour la prescription acquisitive.

§ II – Droit commun matériel de la prescription acquisitive et renvoi à la prescription extinctive

610. **Insuffisance du droit commun de la prescription acquisitive et renvoi de l'article 2259 du code civil.** Le droit commun matériel de la prescription acquisitive, incomplet, puise dans le droit applicable à la prescription extinctive par un renvoi de textes. C'est ainsi au même procédé de législation par référence qu'a fait appel le législateur du 17 juin 2008 pour remédier à certaines de ces insuffisances : l'article 2259 du code civil dispose que « sont applicables à la prescription acquisitive les articles 2221 et 2222, et les chapitres III et IV du titre XX du présent livre sous réserve des dispositions du présent chapitre ». Nombre des règles applicables à la prescription acquisitive sont ainsi issues d'un renvoi à la réglementation de la prescription extinctive¹⁹⁶¹.

611. **Principales solutions applicables par renvoi.** Par exemple, en vertu de ce renvoi, est rendue applicable à la prescription acquisitive la règle de conflit qui soumet la prescription à la loi qui régit le droit au fond – article 2221 du code civil –, ou encore la règle qui régit les conflits de lois dans le temps en matière de délai – article 2222 –, toutes les règles relatives au cours du délai de prescription – chapitre III du titre XX –, ainsi que celles relatives à son régime procédural et à la renonciation à prescription – chapitre IV du titre XX¹⁹⁶². La technique présente l'avantage d'éviter de délaissier certaines questions qui seraient, autrement, demeurées sans solution textuelle : un certain nombre de solutions est « emprunté » à la

¹⁹⁵⁹ V. *Rép. civ.* Dalloz, V^o « Nantissement », par P. Crocq, 2008, n^o 60. Adde M. Cabrillac et al., *Droit des sûretés*, 9^e éd., Litec, 2010, n^o 784, et les références citées.

¹⁹⁶⁰ V. juste *infra*, n^o 612 s. sur les défauts de la technique du renvoi textuel, et Com. 26 nov. 2013, n^o 12-27.390, NPB ; RTD *civ.* 2014, n^o 1, à paraître, obs. P. Crocq.

¹⁹⁶¹ « Vingt-huit des trente articles » consacrés à la prescription extinctive (L. Leveneur, « Réforme de la prescription : trois petits tours au parlement et quelques questions », CCC août 2008, comm. n^o 195).

¹⁹⁶² Intitulé, de manière probablement approximative, « conditions de la prescription extinctive ».

prescription extinctive. Cette technique n'en présente pas moins un certain nombre d'inconvénients.

Section II – L'imperfection de la technique

612. **Plan.** Si la technique de la référence textuelle réduit les incertitudes liées aux insuffisances du droit commun matériel de l'institution bénéficiaire¹⁹⁶³, elle ne les réduit que partiellement. L'exposé de ce défaut, qui tient dans le risque de solutions inadaptées que peut impliquer la technique (§ I), précédera l'étude des conséquences sur la prévisibilité juridique (§ II).

§ I – Exposé du défaut : risque de solutions inadaptées

613. **Le risque de solutions inadaptées.** Les solutions tirées d'une référence textuelle sont parfois inadaptées, dans la mesure où elles n'ont pas été conçues en contemplation de la situation à régir – elles n'ont été pensées ni pour s'appliquer à celle-ci, ni pour ne pas s'y appliquer. Lorsque la référence est positive et repose sur l'analogie – c'est le cas des articles 2259 et 2355, alinéa 5, du code civil –, puisque les règles objet de la référence n'ont pas été pensées pour la situation bénéficiaire du renvoi mais pour une autre situation, certaines d'entre elles peuvent se révéler mal ajustées, mal adaptées à la situation bénéficiaire¹⁹⁶⁴. Inversement, lorsque la référence est négative et repose sur *la contrario* – c'est le cas de l'article 2220 du code civil –, elle peut aboutir à rejeter une règle qui, quoique n'ayant pas été édictée pour la situation considérée, pourrait lui être opportunément appliquée.

¹⁹⁶³ 1) En ce sens, l'existence d'une référence textuelle se révèle, à tout prendre, préférable à son absence. La référence positive permet au droit commun matériel de l'institution « emprunteuse », qui serait apparu défaillant, de ne pas l'être ; la référence négative donne une indication sur l'inapplicabilité de certaines solutions.

2) En outre, la technique du renvoi de règles applicables (référence positive) évite les répétitions inutiles (dans le même sens, J.-L. Bergel, « La méthode législative du code civil et sa longévité », *RRJ* 2004, numéro spécial, cah. méthod. jur. n° 19, p. 2765 s., spéc. p. 2772-2773 ; *adde* J.-L. Bergel, « Vices et vertus de la législation par référence », *RRJ* 1997, n° 4, cah. méthod. jur. n° 12, p. 1209 s. ; rapp. N. Molfessis, « Le renvoi d'un texte à un autre », *RRJ* 1997, n° 4, cah. méthod. jur. n° 12, p. 1193 s., spéc. n° 6 s. ; comp., critiquant en bloc la technique, P. Bellet, « Grandeur et servitudes de la Cour de cassation », *RIDC* 1980, p. 293 s., spéc. p. 298, estimant que, du fait de ces renvois, « l'interprète ne sait plus où il en est » – l'auteur vise cependant les renvois successifs) et apparaît à ce titre comme un instrument d'une certaine économie de moyens (J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, *Introduction - Les personnes - La famille*, PUF Quadrige, 2004, n° 159, p. 306 ; économie moins grande toutefois que celle permise par la technique du droit commun puisque, là où le renvoi requiert deux textes au moins, le « renvoyant » et le « renvoyé », le droit commun n'en exige qu'un seul).

¹⁹⁶⁴ 1) Rapp. D. Rémy, *Légistique - L'art de faire les lois*, Romillat, 1994, n° 282.

2) Dans ce cas, qui est le plus fréquent, la situation est en effet la suivante : il existe deux institutions voulues distinctes par le législateur, mais dont l'une est néanmoins réglementée par référence au régime de l'autre ; or, si les deux institutions sont distinctes, les règles applicables à chacune d'elles devraient varier, au moins légèrement – en d'autres termes, il est plus que probable qu'un certain nombre de règles applicables à l'institution bénéficiaire ne soit pas compatible avec l'institution bénéficiaire. Il s'agirait là d'un dilemme inhérent à la technique. D'un côté, puisque deux institutions sont distinctes, pourquoi les soumettre à un régime identique, même partiellement ? D'un autre côté, si les deux institutions nécessitent partiellement les mêmes règles, pourquoi n'avoir pas réfléchi, en amont et à la place du renvoi, à l'édition de véritables règles communes à celles-ci, par hypothèse pensées en considération des deux institutions, et non d'une seule, comme tel est le cas pour le renvoi ? Le renvoi de textes est ainsi, par essence, une solution inaboutie, médiane entre le choix de la différence et celui de l'identité.

614. **Comparaison avec le droit commun.** Ainsi, contrairement à la technique d'édiction de règles de droit commun¹⁹⁶⁵, celle de la référence textuelle impose de raisonner à partir de règles non pensées pour la situation à régir¹⁹⁶⁶, donc parfois inadéquates. Le renvoi textuel serait ainsi, par nature, source d'incertitudes quant à sa portée exacte.

§ II – Conséquences du défaut : doutes sur la portée de la référence

615. **Plan.** Conséquence du caractère partiellement adapté des solutions tirées d'une référence textuelle, des doutes subsisteraient toujours sur la portée exacte de l'exclusion ou du renvoi édicté¹⁹⁶⁷. Dès lors, c'est souvent une appréciation casuistique qui s'impose¹⁹⁶⁸. Les exemples du renvoi de l'article 2355, alinéa 5 (A), et du renvoi de l'article 2259 du code civil (B) l'attestent.

A. Incertitude sur la portée du renvoi de l'article 2355, alinéa 5, du code civil

616. **L'inadéquation partielle des solutions instituées par le renvoi.** Le renvoi institué par l'article 2355, alinéa 5, du code civil, constitue un exemple de ce que la technique n'est pas à l'abri de la critique. Ce renvoi en bloc présente l'inconvénient de renvoyer à certaines dispositions, conçues pour le gage, et qui font difficulté transposées au nantissement, particulièrement en raison de l'objet distinct des deux sûretés : certaines règles auxquelles il est

¹⁹⁶⁵ Le droit commun repose en effet sur des règles au domaine indéfini, qui s'appliquent automatiquement à la situation considérée et qui ont au moins été partiellement conçues pour elle.

¹⁹⁶⁶ 1) C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il n'apparaît pas possible de considérer que les règles auxquelles il est renvoyé sont constitutives d'un droit matériellement commun aux deux situations concernées, celle de référence et celle bénéficiaire (par exemple, c'est bien parce qu'il n'existe pas de droit commun matériel de la prescription, et *a minima*, que le droit commun matériel de la prescription acquisitive est incomplet, que le renvoi de l'article 2259 du code civil a été institué ; les règles objets du renvoi de l'article 2259 du code civil restent des règles spécifiques à la prescription extinctive, et ne sauraient être considérées comme des règles de droit commun de la prescription en général, puisque telles qu'elles sont rédigées, leur domaine d'application reste matériellement spécial, limité à la prescription extinctive). Le renvoi, qui rend un texte artificiellement applicable à une autre institution (rapp. G. Cornu, « Le règne discret de l'analogie », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 331 s., spéc. p. 334 : « L'extension analogique d'une règle n'en est pas l'application directe. L'application de la règle à un cas qu'elle ne prévoit pas ne découle pas immédiatement de la règle », n'a aucunement pour effet de modifier son libellé et son champ d'application initial. Ce texte demeure une règle matériellement spéciale à l'institution qu'il concernait initialement, en dépit du renvoi (rapp. D. Rémy, *Légistique - L'art de faire les lois*, Romillat, 1994, n° 282). Si la technique du renvoi est l'instrument d'une « unité partielle de régime » (G. Cornu, « L'esprit d'économie législative », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 323 s., spéc. p. 324) entre deux institutions, cette unité passe par une autre voie que celle de l'édiction d'un droit commun à ces deux institutions. Comp. J.-P. Gridel, *Le droit - Présentation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012, n° 40, p. 65, qui estime que par le fait d'un renvoi de textes applicables pour l'adoption simple, les règles de l'adoption plénière sont constitutives d'un droit commun (matériel) de l'adoption ; l'auteur qualifie cette technique de « droit commun par économie de moyens ».

2) Tout au plus est-il possible de considérer que, par l'effet du renvoi, la règle de référence pénètre artificiellement dans le droit commun matériel de l'institution bénéficiaire du renvoi (v. *supra*, n° 608) ; cela n'est toutefois pas dû aux propriétés de la règle de référence – laquelle reste édictée en seule considération de la situation qu'elle concerne –, mais à la seule invitation formelle du renvoi.

¹⁹⁶⁷ En d'autres termes, le contenu effectif d'un renvoi se révèle souvent incertain, en raison du fait que certains textes, bien que visés par le renvoi, apparaissent inadaptés à l'institution censée en bénéficier. Nous raisonnerons encore sur l'hypothèse la plus fréquente, qui est celle de la référence positive.

¹⁹⁶⁸ Dans le même sens, D. Rémy, *Légistique - L'art de faire les lois*, Romillat, 1994, n° 282.

renvoyé semblent conçues avant tout pour les meubles corporels, et se révèlent d'application difficile aux meubles incorporels¹⁹⁶⁹.

617. **Application de l'opposabilité par la dépossession ?** Par exemple, si l'alinéa 1^{er} de l'article 2337 du code civil établit que l'opposabilité du gage aux tiers peut avoir lieu par la publicité qui en est faite, son alinéa 2 prévoit qu'elle peut également avoir lieu « par la dépossession entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu du bien qui en fait l'objet ». En vertu du renvoi, cette dernière disposition s'appliquerait en bloc au nantissement. Cela n'est pas sans poser quelques difficultés. En effet, si l'opposabilité par la publicité ne pose pas de difficulté majeure transposée au nantissement, il n'est pas de même du second mode prévu, lié à la dépossession. Tout d'abord, ce renvoi n'a de sens que si le droit positif admet les nantissements de meubles incorporels avec dépossession ; or, la question est âprement débattue¹⁹⁷⁰ – notamment, le droit positif n'apparaît ni totalement défavorable à l'idée de possession et, partant, de dépossession, des meubles incorporels¹⁹⁷¹, ni totalement favorable à cette idée¹⁹⁷². Ensuite, à supposer la dépossession possible, l'application de l'alinéa 2 précité au nantissement ne prêterait pas véritablement à discussion en termes de technique juridique, mais c'est, en revanche, en termes de politique juridique, quant à son opportunité, que cette application pourrait faire débat : elle pourrait ruiner l'objectif des dispositions sur l'opposabilité, largement tournées vers la protection des tiers et, plus particulièrement, des créanciers chirographaires du constituant. En effet, du point de vue du gage avec dépossession, l'article 2237, alinéa 2, s'explique par le fait que le législateur a estimé que les tiers étaient aussi bien informés de l'existence du gage par le fait que la chose gagée n'était plus en la possession de son propriétaire que par la publicité qui en est faite, ce qui est acceptable. Un tel raisonnement est-il transposable au nantissement, qui porte sur des meubles *incorporels*, par définition insusceptibles de dépossession physique, visible ? Rien n'est moins sûr : les tiers ne peuvent pas être informés par quelque chose qu'ils ne voient pas ; or, dans le cas du nantissement, la dépossession ne peut être physiquement visible, puisque le meuble qui

¹⁹⁶⁹ Dans le même sens, v. not. *Rép. civ.* Dalloz, V^o « Nantissement », par P. Crocq, 2008, n^{os} 59-60. *Adde*, du même auteur, obs. sur Com. 26 nov. 2013, *RTD civ.* 2014, n^o 1, à paraître.

¹⁹⁷⁰ V. par ex. R. Dammann, « La réforme des sûretés mobilières : une occasion manquée », *D.* 2006, p. 1298 s., qui estime que la dépossession de parts de SARL ou de SNC (biens soumis au renvoi en raison de l'absence de dispositions spéciales) est « difficilement concevable ». Comp. avec la prudence de, et les distinctions faites par, C. Lisanti, « Quelques remarques à propos des sûretés sur meubles incorporels », *D.* 2006, p. 2671 s., spéc. n^o 14 (envisageable pour les créances ou les titres financiers ; plus difficile pour « le fonds de commerce, les propriétés intellectuelles et, plus généralement, tous les biens d'exploitation », car la dépossession « réduirait leur valeur à néant ») ; rappr., du même auteur, « Le nantissement des meubles incorporels : une sûreté d'un genre pluriel ? », in *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, dir. S. Cabrillac, C. Albigès et C. Lisanti, Litec, 2007, p. 53 s., spéc. p. 58. *Adde* M. Julienne, *Le nantissement de créance*, Economica, 2012, n^o 13, et les références citées.

¹⁹⁷¹ V. par ex. la combinaison de l'article 1604 du code civil, qui définit la délivrance de la chose vendue comme le transport en la puissance et possession de l'acheteur, et de l'article 1607 du même code, qui constitue une application du premier texte pour les droits incorporels. En doctrine, v. not. A. Péliissier, *Possession et meubles incorporels*, Dalloz, 2001 ; B. Parance, *La possession des biens incorporels*, Institut Tunc, 2008 ; T. Revet, obs. sur Com. 7 mars 2006, *RTD civ.* 2006, p. 348 s. V. déjà F. Mourlon, *Répétitions écrites*, t. 3, 9^e éd., par Ch. Demangeat, Marescq, 1874, n^o 1805, p. 815-816 : la distinction entre les meubles corporels et les meubles incorporels relativement à la possession est jugée « peu logique. La jurisprudence n'a à s'occuper que des droits qu'on peut avoir sur les choses : on ne possède donc toujours que des droits ». Rappr. J. Granotier, *Le transfert de propriété des valeurs mobilières*, Economica, 2010, n^o 174.

¹⁹⁷² V. par ex. le refus persistant de la jurisprudence dominante d'appliquer l'article 2276, alinéa 1^{er}, du code civil, qui dispose qu'« en fait de meubles, la possession vaut titre », aux meubles incorporels : not. Com. 7 mars 2006, n^o 04-13.569, *Bull. civ.* IV, n^o 62 ; *RTD civ.* 2006, p. 348 s., obs. T. Revet.

en est l'objet ne l'est pas¹⁹⁷³. Dès lors, admettre qu'un nantissement avec « dépossession » puisse être opposé aux tiers par le simple fait de la remise de la chose au créancier ou à un autre que le propriétaire, revient en quelque sorte à affaiblir la protection offerte aux tiers par les règles sur l'opposabilité¹⁹⁷⁴. La portée du renvoi est donc ici discutable.

618. **Application du droit de rétention fictif de l'article 2286, alinéa 1^{er}, 4^o, du code civil ?** Dans le même esprit, le droit de rétention fictif accordé à tous les gagistes sans dépossession par l'article 2286, alinéa 1^{er}, 4^o, du code civil, est-il applicable au nantissement de meubles incorporels par l'effet du renvoi de textes¹⁹⁷⁵ ? Puisque l'article 2355, alinéa 5, précité, qui institue le renvoi, fait indistinctement référence aux « règles prévues pour le gage », il est permis de penser qu'il inclut cette disposition : sauf texte spécial le prohibant, tous les créanciers nantis pourraient ainsi bénéficier d'un droit de rétention fictif¹⁹⁷⁶. Le doute pourrait néanmoins avoir été jeté sur cette solution. C'est ce qui résulte notamment d'un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 26 novembre 2013¹⁹⁷⁷. Dans cette affaire, cette dernière a approuvé la cour d'appel d'avoir considéré que le droit de rétention fictif prévu par l'article 2286 précité n'est pas applicable aux nantissements de fonds de commerce, parce que des « textes spéciaux » à celui-ci existent ; si l'argument apparaît contestable¹⁹⁷⁸, à s'en tenir à ces motifs néanmoins, la portée de la solution serait limitée aux nantissements spéciaux et ne préjugerait pas du régime de droit commun matériel. Les hésitations sont cependant de mise puisque, ainsi que l'a relevé le professeur Crocq, l'arrêt précité repose sur une « double motivation »¹⁹⁷⁹ : à l'argument tiré de l'existence de règles spéciales au nantissement de fonds de commerce, la Cour ajoute qu'elle approuve les juges du fond d'avoir retenu que ce droit de rétention fictif « n'est applicable qu'aux biens corporels, ce qui exclut les nantissements ». Cet arrêt ouvre par conséquent une alternative quant à son interprétation : si les deux arguments avancés sont cumulatifs, le droit de rétention fictif conserve une chance d'être appliqué aux nantissements de meubles incorporels soumis au droit commun matériel¹⁹⁸⁰ ; si, en revanche, ils sont alternatifs – et si la solution de 2013 venait à être réaffirmée –, c'en serait fini de l'applicabilité du droit de rétention fictif à ces nantissements. La question, quoi qu'il en soit, constitue une illustration supplémentaire des incertitudes impliquées par la technique du renvoi de textes.

¹⁹⁷³ Le créancier qui remarque que son débiteur est dépossédé d'une comode peut facilement soupçonner l'existence d'une sûreté ; peut-il en être de même du créancier dont le débiteur est « dépossédé » d'une créance ?

¹⁹⁷⁴ Rapp. M. Cabrillac et al., *Droit des sûretés*, 9^e éd., Litec, 2010, n° 784.

¹⁹⁷⁵ Pour la question, v. M. Cabrillac et al., *Droit des sûretés*, 9^e éd., Litec, 2010, n° 784, et les références citées ; M. Julienne, *Le nantissement de créance*, Economica, 2012, n° 141.

¹⁹⁷⁶ L'intérêt de la question est amoindri pour le nantissement de créance, dans la mesure où l'article 2365 du code civil est déjà interprété comme conférant un droit de rétention fictif au créancier nanti : v. not. L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés – La publicité foncière*, 7^e éd., LGDJ, 2013, n° 444.

¹⁹⁷⁷ Com. 26 nov. 2013, n° 12-27.390, *NPB* ; *RTD civ.* 2014, n° 1, obs. (critiques) P. Crocq (v. aussi les arrêts d'appel cités par l'auteur).

¹⁹⁷⁸ Dans la mesure où il n'existe, pour le nantissement de fonds de commerce, aucun « texte spécial » concernant le droit de rétention du créancier nanti : v. les articles L. 142-1 et suivants du code de commerce et P. Crocq, note préc. En ce sens, cet arrêt consacrerait également un blocage de la subsidiarité du droit commun matériel et, par conséquent, en consacrerait la violation par refus d'application : v. *infra*, n° 827.

¹⁹⁷⁹ P. Crocq, obs. préc.

¹⁹⁸⁰ Parce que la portée de la solution, qui n'en demeurerait pas moins techniquement discutable, apparaîtrait alors limitée au nantissement de fonds de commerce.

619. **Application des règles du gage sur véhicule automobile ?** Faut-il, en outre, appliquer au nantissement de meubles incorporels les dispositions relatives au gage sur les véhicules automobiles ? Littéralement, le renvoi en bloc semble encore y conduire, puisqu'il impose d'appliquer sans distinction « les règles prévues pour le gage de meubles corporels », et que les règles relatives au gage de véhicule automobile sont, jusqu'à preuve du contraire, des règles relatives au gage. Une telle solution se révèle pourtant absurde et le renvoi révèle manifestement une défaillance. Il reviendra à l'interprète de le cantonner.

620. **Un renvoi en bloc mal ajusté.** Le renvoi édicté par l'article 2355, alinéa 5, du code civil, engendre donc un certain nombre d'incertitudes¹⁹⁸¹. Et, si le texte lui-même invite à appliquer les règles du gage « à défaut de dispositions spéciales », cette référence apparaît insuffisante pour déterminer la portée exacte du renvoi¹⁹⁸² ; elle pourrait laisser les interprètes dans l'embarras, puisque toute la question est alors de savoir si des dispositions spécifiques au nantissement s'opposent à l'application par renvoi de règles relatives au gage, et dans quelle mesure¹⁹⁸³. La démarche implique, par nature, un certain arbitraire¹⁹⁸⁴, et génère l'imprévisibilité des solutions. L'édition d'un droit commun matériel du nantissement, spécifiquement adapté, en remplacement de ce renvoi parfois mal ajusté, n'aurait probablement pas généré tant d'incertitudes¹⁹⁸⁵.

B. Incertitude sur la portée du renvoi de l'article 2259 du code civil

621. **L'inadéquation partielle des solutions instituées par le renvoi.** L'article 2259 du code civil constitue une autre illustration de ce que la technique du renvoi textuel, en dépit de ses avantages, n'exclut pas certaines maladroites. Il est permis de s'interroger sur un certain nombre de règles spécifiques à la prescription extinctive qui, quoique virtuellement applicables à la prescription acquisitive par l'effet du renvoi, paraissent peu adaptées à cette dernière.

622. **Application du délai butoir ?** Par exemple, peut-on considérer que le délai butoir prévu par l'article 2232 du code civil est applicable à la prescription acquisitive ? C'est ce à quoi semble conduire une application littérale du renvoi : l'article 2232 est en effet contenu dans le « chapitre III » explicitement visé par le texte. Cette application semble pourtant dépourvue de

¹⁹⁸¹ Dans le même sens, G. Piette, « Le nantissement de meubles incorporels », *RLDA* mars 2007, n° 14, étude 584, p. 90 s., spéc. p. 91.

¹⁹⁸² L'arrêt précité du 26 novembre 2013 l'atteste, en outre d'une façon inattendue (puisque à cette occasion, les magistrats ont vu des « textes spéciaux » faisant obstacle au renvoi là où il ne semble pas en exister).

¹⁹⁸³ V. encore l'arrêt précité Com. 26 nov. 2013, qui constitue une illustration de cette question, et les obs. de P. Crocq, préc.. Rapp. M. Cabrillac et al., *Droit des sûretés*, 9^e éd., Litec, 2010, n° 784, qui finissent par se demander s'il est bien « raisonnable de chercher à déceler la volonté d'un législateur aussi inconstant ».

¹⁹⁸⁴ Ainsi, peut-être pourra-t-il déduire de la définition donnée du nantissement par l'article 2355, alinéa 1^{er}, du code civil, qui fait référence à son objet incorporel, que telle disposition applicable au gage n'est pas applicable au nantissement, en raison de la différence d'objet entre les deux types de sûreté, mais le renvoi ne le commande pas explicitement, et c'est à l'interprète qu'il reviendra, au cas par cas, de le déduire ou non.

¹⁹⁸⁵ Rapp. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 640 ; G. Piette, « Le nantissement de meubles incorporels », *RLDA* mars 2007, n° 14, étude 584, p. 90 s., spéc. p. 91.

sens : le délai le plus général en matière de prescription acquisitive, applicable à la propriété immobilière et fixé par l'article 2272, alinéa 1^{er}, du code civil, est de trente ans. Considérer, dès lors, par transposition de l'article 2232, que l'usucapion est acquise, quoi qu'il advienne, vingt ans après la naissance du droit, semble dans tous ces cas confiner à l'absurde¹⁹⁸⁶, puisque le délai applicable à la prescription acquisitive de la propriété immobilière serait alors, non pas de trente ans à compter de l'entrée en possession, mais de vingt ans à compter de cette même date ; en d'autres termes, l'article 2272 précité ne serait techniquement d'aucune utilité et aurait un rôle purement ornemental, alors qu'il constitue une disposition édictée spécifiquement en considération de la prescription acquisitive, ce qui n'est pas le cas de l'article 2232, qui n'y serait applicable que par renvoi, mais qui conduirait pourtant à sa neutralisation. Où l'on comprend que le renvoi est un art délicat...

623. Possibilité d'aménagement conventionnel ? Une question comparable peut se poser à propos de l'aménagement conventionnel de la prescription : le renvoi opéré par l'article 2259 du code civil rend littéralement applicables à la prescription acquisitive les règles contenues à l'article 2254 du même code. Pour autant, peut-on considérer que cette règle est applicable à la prescription acquisitive ? La réponse est loin d'être certaine. À suivre une opinion devenue classique en effet, le recours à l'aménagement conventionnel équivaldrait à une négation de la faculté, pour le possesseur, d'acquérir par prescription puisque, « par ce seul fait qu'un possesseur conviendrait avec le propriétaire d'un délai de prescription autre que celui de la loi, il s'interdirait d'une façon absolue et perpétuelle le droit de prescrire »¹⁹⁸⁷. En dépit des termes du renvoi, l'application de cette règle d'aménagement conventionnel à la prescription acquisitive apparaît donc douteuse : elle serait purement théorique¹⁹⁸⁸ ou réservée, dans le meilleur des cas, à de rares hypothèses¹⁹⁸⁹.

624. Un renvoi en bloc mal ajusté. Le renvoi en bloc opéré par l'article 2259 du code civil n'apparaît donc pas toujours ajusté : il englobe un certain nombre de règles dont l'application à la prescription acquisitive est douteuse en pratique. C'est certainement pourquoi cet article rend applicables les règles auxquelles il renvoie « sous réserve des dispositions » relatives à la prescription acquisitive. Le renvoi doit tenir compte des règles spécifiquement édictées pour la prescription acquisitive. Cette position, plus satisfaisante, entraîne toutefois le même type de question que pour le nantissement : quelles sont les dispositions *compatibles* avec les règles spécifiques à la prescription acquisitive¹⁹⁹⁰ ? Le contenu effectif du renvoi pourrait encore

¹⁹⁸⁶ V. not. le silence des études quant à l'applicabilité du délai butoir à la prescription acquisitive : M. Mignot, « Le délai butoir », *Gaz. Pal.* 26 févr. 2009, p. 2 s.

¹⁹⁸⁷ R. Péquignot, *De la prescription conventionnelle*, thèse Dijon, 1905, p. 5 s., spéc. p. 6-7.

¹⁹⁸⁸ Rapp. L. Leveueur, « Le nouvel article 2254 du code civil », in *Mélanges C. Larroumet*, Economica, 2009, p. 283 s., spéc. n° 10.

¹⁹⁸⁹ Certains auteurs font valoir que l'aménagement conventionnel de la prescription acquisitive trouverait une application possible dans le cas résultant d'un contrat de prêt, et dans lequel la restitution de la chose n'est pas réclamée à l'emprunteur au terme prévu (*JCl. civil*, art. 2258 à 2271, « Prescription acquisitive - Définitions et conditions », par W. Dross, 2009, n° 80 ; *Rép. civ.* Dalloz, V° « Prescription acquisitive », par B. Grimonprez, 2010, n° 54 s.), c'est-à-dire, plus généralement, dans les situations dans lesquelles le possesseur et le propriétaire se trouveraient dans un rapport contractuel antérieur à la période de la possession, et qui se terminerait avant le début de celle-ci.

¹⁹⁹⁰ Ne pourrait-il tout aussi bien être démontré que *la majorité d'entre elles* le sont, ou qu'aucune d'entre elles ne l'est ?

dépendre en grande partie de l'interprétation qui sera faite¹⁹⁹¹ ; la technique du renvoi, mise en œuvre dans l'article 2259 précité, n'est donc pas exclusive d'un certain arbitraire, de l'incertitude qui l'accompagne nécessairement et, partant, d'une relative insécurité juridique.

625. **Conclusion de chapitre.** En cas d'insuffisance du droit commun matériel d'une institution, les pouvoirs publics peuvent recourir à la technique de la référence à des textes applicables à une autre situation. Le droit positif offre des illustrations de ces références, notamment positives – entre autres pour le nantissement, la prescription acquisitive, l'adoption simple, la séparation de corps, l'échange, la société par actions simplifiées. Cette technique ne constitue qu'un remède partiel : les règles de référence sont édictées en considération d'une autre situation, et ne sont rattachées à la situation bénéficiaire qu'artificiellement. Il en résulte une incertitude fréquente sur la portée exacte du renvoi. Faute de renvoi textuel, il reste la possibilité de recourir à un renvoi de source jurisprudentielle.

¹⁹⁹¹ Par exemple, l'article 2254 du code civil peut tout aussi bien, selon l'interprétation qui en est reçue, être reconnu applicable à la prescription acquisitive dans certaines hypothèses, ou rejeté en bloc.

Chapitre II – La référence de source jurisprudentielle

626. **Modalités et définition de la référence de source jurisprudentielle.** Face à la carence complète du législateur¹⁹⁹² qui n'édicterait ni de droit commun matériel d'une institution, ni de règles spéciales permettant de recouvrir tout le champ des possibles, ni de renvoi textuel, un ultime remède peut se présenter : celui de la référence faite, par le juge, aux textes applicables à une autre situation que celle à régir. L'interprète aura tendance à régler les questions posées par référence, positive – par l'analogie¹⁹⁹³ – ou négative – par l'*a contrario* –, aux règles applicables à une autre situation.

627. **Plan.** Quelques illustrations de la technique peuvent être développées (Section I) ; celle-ci apparaît toutefois à la source de grandes incertitudes (Section II).

Section I – L'utilisation de la technique

628. **Plan.** L'on raisonnera encore à partir de la référence positive, qui est la plus fréquente¹⁹⁹⁴. Pour une institution donnée, en cas d'aporie normative – en l'absence de toute règle textuellement applicable à une situation et notamment de droit commun matériel –, le juge peut

¹⁹⁹² V. P. Lescot, « Les tribunaux en face de la carence du législateur », *JCP G* 1966, I, 2007.

¹⁹⁹³ Une remarque peut être faite sur la possibilité de recourir à l'analogie jurisprudentielle.

1) D'une part, l'analogie ne peut jouer pour les textes exceptionnels (v. not. R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron. p. 91 s., spéc. n° 10, p. 94 ; J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 4^e éd., 2003, n° 232 ; F. Génay, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, 2^e éd., LGDJ, 1919, n° 16, p. 35 ; F. Moulon, *Répétitions écrites*, t. 1, 9^e éd. par C. Demangeat, Marescq, 1873, n° 88, p. 63 ; G. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 1, *Des personnes*, 2^e éd., par M. Houques-Fourcade, Larose, 1902, n° 263, p. 206 – v. déjà CE 6 déc. 1855, *Rotschild et Gloxin*, *S.* 1855, 2, 508 : « si, en certaines matières, il a été, par des dispositions expresses des lois, dérogé à [des] principes, ces exceptions ne sauraient être étendues [...] à l'aide de l'analogie ». D'autre part, l'analogie ne peut davantage jouer pour les textes de droit commun, puisque ceux-ci englobent déjà toutes les situations possibles dans leur domaine d'application : recourir à l'analogie pour appliquer une règle à une situation qu'elle prévoit est inutile ; il suffit d'appliquer cette règle purement et simplement. Le raisonnement par analogie est, en outre, impossible à mettre en œuvre pour les lois pénales, l'article 111-4 du code pénal disposant expressément que « la loi pénale est d'interprétation stricte ».

2) Que reste-t-il ? L'analogie pourrait jouer pour les textes spéciaux non exceptionnels et non répressifs. Le domaine réservé de l'analogie semble donc être la situation dans laquelle il n'existe pas de règle qui appréhende la situation à régir (ni spéciale, ni de droit commun) mais seulement, des règles proches mais qui ne la visent pas – c'est-à-dire que ces règles sont *spéciales* du point de vue de la situation considérée. L'affirmation selon laquelle la règle spéciale interdit tout raisonnement par analogie (v. not. H. Roland et L. Boyer, *Les adages du droit français*, 4^e éd., Litec, n° 418, p. 843 ; J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, p. 193) paraît donc excessive.

¹⁹⁹⁴ Pour un exemple de raisonnement *a contrario*, concernant la réglementation de l'aval par rapport à celle du cautionnement, v. Com. 30 oct. 2012, n° 11-23.519, *Bull. civ.* IV, n° 195 ; *D.* 2012, p. 2588, obs. X. Delpech et 2013, p. 1172 s., spéc. n° 4, obs. H. Guillou : « l'aval, en ce qu'il garantit le paiement d'un titre dont la régularité n'est pas discutée, constitue un engagement cambiaire **gouverné par les règles propres du droit du change, de sorte que** l'avaliste n'est pas fondé à rechercher la responsabilité de la banque pour manquement au devoir de mise en garde ni pour violation de l'article L. 341-4 du code de la consommation » (v. aussi Civ. 1^{re}, 19 déc. 2013, n° 12-25.888, à paraître au *Bulletin* ; *D.* 2014, p. 518 s., note G. Piette et J. Lasserre Capdeville – v. déjà Com. 16 juin 2009, n° 08-14.532, *Bull. civ.* IV, n° 79 ; *D.* 2009, p. 1755 s., obs. X. Delpech ; *RTD civ.* 2009, p. 759, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2009, p. 605, obs. D. Legeais ; *Banque et droit* n° 126, juill.-août 2009, p. 43 s., obs. N. Rontchevsky). V. encore, pour le concubinage, le raisonnement par *a contrario* avec le mariage sur le fondement de l'article 220 du code civil (jurisprudence constante).

avoir recours à l'interprétation par analogie de règles applicables à une autre institution (§ II), ou à la même institution mais à des situations différentes de celle à régir (§ I).

§ I – La référence aux règles applicables à une autre situation

629. **Plan.** Dans l'hypothèse étudiée, le juge peut faire référence aux règles applicables à une autre situation que celle qu'il convient de régir : une solution de ce type se prêterait à la détermination du délai et du point de départ de la prescription extinctive des droits oubliés des textes (A), ainsi que du délai de prescription acquisitive des droits réels susceptibles de possession utile également oubliés des textes (B)¹⁹⁹⁵.

A. Délai et point de départ de la prescription extinctive des droits potestatifs et des droits mixtes et renvoi aux droits personnels et mobiliers

630. **Problème posé et éventail des solutions possibles.** Que décider pour la prescription extinctive des droits qu'aucun texte ne vise, par exemple les droits potestatifs et les « actions mixtes »¹⁹⁹⁶ ? La doctrine ne cache pas ses hésitations devant la variété des solutions possibles¹⁹⁹⁷. Trois solutions principales semblent envisageables : d'abord, l'imprescriptibilité, tirée de l'idée que l'absence de texte y équivaldrait ; ensuite, la prescription par cinq ans à compter de la connaissance réelle ou supposée des faits permettant d'agir, par l'application par analogie de l'article 2224 du code civil ; enfin, la prescription par trente ans à compter du même moment, par l'application par analogie de la solution posée par l'article 2227 du même code¹⁹⁹⁸.

631. **Solution proposée.** Il convient avant tout de préciser qu'aucune de ces solutions envisagées ne s'impose techniquement, dans la mesure où aucune ne vise spécifiquement les situations à régir. L'une pourrait pourtant se détacher. En effet, les deux premières solutions proposées peuvent ne pas emporter l'entière conviction, dans la mesure où

¹⁹⁹⁵ 1) *Addé*, pour la question des clauses d'inaliénabilité dans les actes juridiques à titre onéreux, l'utilisation par analogie de la solution posée par l'article 900-1 du code civil, qui ne concerne que les actes juridiques à titre gratuit : la solution qu'il pose pour un cas spécifique est étendue par analogie à un autre cas non prévu. V. par ex. Civ. 1^{re}, 31 oct. 2007, n° 05-14.238, *Bull. civ.* I, n° 337. Rappr. et comp. W. Dross, *Droit des biens*, 1^{re} éd., Montchrestien, 2012, n° 35, note 60).

2) V. encore les illustrations citées par J.-P. Gridel, *Le droit - Présentation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012, n° 42, p. 66 (notamment, « jusqu'à une loi du 4 mars 2002, qui a introduit, aux articles 372-2 et suivants [du code civil], des règles générales et complètes sur l'exercice de l'autorité parentale par les père et mère séparés, le Code civil ne traitait-il que de la séparation des parents *divorcés*. Aussi, en cas de rupture de concubinage, ou de séparation de fait entre parents demeurés mariés en droit, les tribunaux transposaient et aménageaient, "en tant que de raison", les règles de l'autorité parentale après divorce »).

¹⁹⁹⁶ V. *supra*, n° 570 s.

¹⁹⁹⁷ Pour la présentation des différentes tendances, v. *Rép. civ.* Dalloz, V° « Prescription extinctive », 2011, par A. Hontebeyrie, n° 94.

¹⁹⁹⁸ Pour les « actions mixtes », un auteur synthétise résume quatre possibilités qui s'offrent à l'interprète : « l'imprescriptibilité, lorsque le versant réel de la demande concerne un droit de propriété (par ex. : action en délivrance) ; [...] la prescription trentenaire de l'article 2227 du code civil, pour autant qu'un immeuble soit en cause ; [...] la prescription quinquennale de l'article 2224 du code civil, quelle que soit l'assiette du droit ; [...] enfin, [...] une application distributive des prescriptions quinquennales et trentenaires » (*Rép. civ.* Dalloz, V° « Prescription extinctive », 2011, par A. Hontebeyrie, n° 94).

elles apparaissent encore plus spécifiques que la première : elles relèvent de l'exception. C'est ainsi que l'imprescriptibilité extinctive d'un droit apparaît comme une exception au principe du caractère prescriptible de tout droit subjectif¹⁹⁹⁹, et que l'article 2227 du code civil pose une règle spéciale circonscrite aux seules « actions réelles immobilières » – catégorie somme toute assez restreinte. Or, quoique les dispositions de l'article 2224 du code civil soient spéciales elles aussi, elles visent des catégories plus vastes et nombreuses ; sans être de droit commun matériel, cet article constitue la règle la plus générale qui existe, laquelle ne semble pas pouvoir, de ce fait, être présentée comme exceptionnelle. Son extension par analogie apparaît donc concevable. Par ce raisonnement, il semble donc possible d'appliquer aux droits non visés par les textes, par analogie, la solution consacrée par l'article 2224 du code civil à propos des « actions personnelles et mobilières²⁰⁰⁰ » ; le titre de la section qui contient l'article serait un argument supplémentaire en ce sens²⁰⁰¹. Pour les droits qui n'entrent dans le domaine d'aucun texte prévoyant un délai de prescription extinctive, la jurisprudence pourrait ainsi retenir cette solution²⁰⁰².

B. Délai de prescription acquisitive des droits réels autres que la propriété immobilière et renvoi à la propriété immobilière

632. **Problème posé et éventail des solutions possibles.** On l'a vu, aucun texte ne vise la prescription acquisitive de la propriété des meubles – qui, hors du champ de l'article 2276 du code civil, peut en faire l'objet –, ou la prescription acquisitive, par exemple, de l'usufruit, de la mitoyenneté, ou du droit de superficie : les règles spécifiques font défaut et aucune règle de droit commun matériel ne comble cette défaillance²⁰⁰³. Quelle solution appliquer à la prescription acquisitive de ces droits oubliés par les textes ? Trois au moins peuvent être

¹⁹⁹⁹ V. déjà G. Baudry-Lacantinerie et A. Tissier, *De la prescription*, 3^e éd., Larose, 1905, n° 585, p. 431 (« tous les droits sont en principe prescriptibles ») ; C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 12, 6^e éd., par P. Esmein, Librairies techniques, 1958, § 772, p. 437 (« toutes les actions sont, en général, susceptibles de s'éteindre par la prescription »). V. aussi F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 1474 : « tous les droits et toutes les actions sont en principe prescriptibles ». La lettre de l'ancien article 2262 du code civil était en ce sens, lorsqu'il disposait que « toutes les actions [...] se prescrivent [...] ». Et il est traditionnellement considéré qu'un droit est susceptible de prescription extinctive, sauf si un texte ou la jurisprudence le déclarent imprescriptible. V. par ex. la formule restrictive de l'article 2227 du code civil : « le droit de propriété est imprescriptible » (v. déjà l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789) ; la règle est présentée par la suite de l'article comme une « réserve ». Et pour, la jurisprudence, l'imprescriptibilité de l'action en revendication : Req. 12 juill. 1905, *DP* 1907, 1, p. 141 s., rapp. Potier ; *S.* 1907, 1, p. 273, note A. Wahl – Civ. 1^{re}, 2 juin 1993, n° 91-12.013, *Bull. civ.* I, n° 197. V. aussi la formule générale de l'article 2219 du code civil.

²⁰⁰⁰ Il apparaîtrait également possible, pour les « actions mixtes », s'il est considéré qu'il existe non pas une seule action irréductible aux qualifications d'action personnelle ou d'action réelle, mais deux actions distinctes, l'une personnelle et l'autre réelle, de tirer les conséquences de cette qualification distributive en appliquant deux règles différentes (mais seulement si l'action est réelle immobilière ; si elle est mobilière, le délai de prescription sera le même pour les deux actions, et sera celui contenu à l'article 2224 du code civil). Tout dépend, en somme, de la conception retenue de l'« action mixte », sur laquelle la doctrine hésite (v. *supra*, n° 572).

²⁰⁰¹ « Du délai de droit commun et de son point de départ ». Ainsi, si cet intitulé interdit la réécriture extensive du domaine du texte (v. *supra*, n° 568) et ne commande pas davantage l'extension de la solution par analogie, il pourra néanmoins fortement inciter à cette extension (rapp. *Rép. civ.* Dalloz, V° « Prescription extinctive », par A. Hontebeyrie, 2011, n° 99) ; il revêt une « fonction interprétative » (J.-L. Bergel, « La méthode législative du code civil et sa longévité », *RRJ* 2004, cah. méthod. jur. n° 19, numéro spécial, p. 2765 s., spéc. p. 2774).

²⁰⁰² Rapp. *Rép. civ.* Dalloz, V° « Prescription extinctive », 2011, par A. Hontebeyrie, n° 98 s.

²⁰⁰³ V. *supra*, n° 574 s.

envisagées²⁰⁰⁴. L'imprescriptibilité d'abord : l'argument serait alors que, puisqu'aucun texte ne pose de délai pour ces droits, ils seraient insusceptibles de prescription acquisitive. La soumission au délai de prescription (extinctive) quinquennal de l'article 2224 du code civil ensuite : la solution tirerait parti du renvoi opéré par l'article 2259 du code civil à certaines règles applicables à la prescription extinctive pour régir la prescription acquisitive, et inclurait l'article 2224 dans le champ de ce renvoi. La soumission au délai trentenaire de l'article 2272, alinéa 1^{er}, du code civil enfin : il s'agirait ici d'étendre par analogie la solution prévue par cet article pour la seule propriété immobilière, aux autres droits susceptibles de prescription acquisitive.

633. **Solution proposée.** Si aucune solution ne s'impose juridiquement, l'une des trois propositions pourrait avoir la préférence des interprètes. La première, l'imprescriptibilité, semble pouvoir être exclue, puisque l'imprescriptibilité acquisitive d'un droit réel susceptible de possession apparaît, sinon comme un cas d'école, du moins comme une exception²⁰⁰⁵ et que, d'ailleurs, la jurisprudence reconnaissait, avant la réforme de 2008, que les droits dont il est question sont susceptibles de prescription acquisitive²⁰⁰⁶ ; l'imprescriptibilité ne devrait donc pouvoir résulter du seul silence des textes. La deuxième proposition semble également devoir être écartée, puisque l'article 2224 du code civil n'est pas inclus dans le renvoi opéré par l'article 2259, qu'il est préférable d'entendre strictement²⁰⁰⁷ : il ne concerne donc que la prescription extinctive et, n'étant pas applicable à la prescription acquisitive, il ne saurait dès lors lui être appliqué. Seule demeure la troisième proposition : étendre par analogie la solution de l'article 2272, alinéa 1^{er}, du code civil, qui ne concerne que la propriété immobilière, aux droits oubliés par les textes²⁰⁰⁸. Ainsi, les droits réels susceptibles de possession mais dont le délai de prescription n'est prévu par aucun texte, devraient pouvoir être acquis par une possession utile de trente ans²⁰⁰⁹. Dans d'autres

²⁰⁰⁴ Pour une présentation de solutions identiques pour la prescription acquisitive des meubles possédés de mauvaise foi, v. L. Leveueur, « Réforme de la prescription : trois petits tours au parlement et quelques questions », *CCC* août 2008, comm. n° 195.

²⁰⁰⁵ Le droit positif ne contient en effet que des dispositions ponctuelles sur l'imprescriptibilité acquisitive, et les seuls textes qui déclarent des droits insusceptibles de prescription acquisitive semblent d'ailleurs justifiés par le fait que ces droits sont insusceptibles de possession utile (v. par ex. l'article 691 du code civil, ou l'article L. 3111-1 du code général de la propriété des personnes publiques) ; *a contrario*, il peut s'en déduire que n'est pas insusceptible de prescription acquisitive (c'est-à-dire, est susceptible d'en faire l'objet) tout droit pouvant être possédé et non reconnu imprescriptible par un texte ou la jurisprudence.

²⁰⁰⁶ V. *supra*, n° 575, et not. W. Dross, *Droit des biens*, 1^{re} éd., Montchrestien, 2012, n° 271 ; F. Hage-Chahine, *La contribution à la théorie générale de la prescription en droit civil*, Les cours de droit, 1988, n° 77 s.

²⁰⁰⁷ Sur ce renvoi, v. *supra*, n° 610 s. et n° 621 s.

²⁰⁰⁸ 1) Dans le même sens, mais n'envisageant que la question de la possession d'un meuble de mauvaise foi, L. Leveueur, « Réforme de la prescription : trois petits tours au parlement et quelques questions », *CCC* août 2008, comm. n° 195. Rapp. *Rép. civ.* Dalloz, V° « Prescription acquisitive », par B. Grimonprez, 2011, n° 12.

2) Bien entendu, le recours au raisonnement par analogie n'est pas nécessaire pour les droits dont le délai de prescription acquisitive est prévu par un texte spécifique, notamment la servitude continue et apparente (article 690 du code civil), ou encore le mode de la servitude (article 708 du même code) : il suffit alors d'appliquer ces textes – plus exactement d'ailleurs, il est *obligatoire* de les appliquer.

²⁰⁰⁹ 1) Il n'en demeure pas moins que ce délai peut apparaître très long pour des meubles (signe supplémentaire que la technique du renvoi n'est jamais parfaite). Comp. avec la solution édictée par l'article 2919 du code civil du Québec, qui pose un délai de trois ans.

2) Une question nouvelle pourrait se poser : faut-il appliquer par analogie uniquement le délai de l'article 2272, alinéa 1^{er}, ou également celui de l'alinéa 2 ? Il est permis de penser que l'interprétation par analogie devrait se limiter au délai de l'alinéa 1^{er} : le délai décennal de l'alinéa 2, relatif à la seule prescription abrégée (qui exige juste titre et bonne foi), apparaît comme une exception à la règle posée dans l'alinéa 1^{er}, ainsi que l'atteste son domaine d'application plus restreint, et que le confirme l'utilisation de l'adverbe « toutefois » ; en vertu de la directive

hypothèses, le juge peut aussi retenir comme référence les solutions applicables à une autre institution juridique.

§ II – La référence aux règles applicables à une autre institution

634. **Plan.** La jurisprudence est parfois incitée à utiliser, comme modèle de référence, des solutions applicables à une autre institution. Les exemples du régime de la garantie autonome et du renvoi aux solutions du cautionnement (A), de l'objet et de la cause d'un legs et du renvoi aux solutions du contrat (B), ou des incidents de séances dans une association et du renvoi aux solutions de la société anonyme (C), seront développés²⁰¹⁰.

A. Régime de la garantie autonome et renvoi au cautionnement

635. **Position du problème.** Le régime textuel de la garantie autonome est incomplet : seul l'article 2321 du code civil y fait référence et, quoiqu'il en fixe quelques règles de droit commun matériel, il est insuffisant. Où trouver le régime manquant de la garantie autonome ? Dans la mesure où ces entités n'existent pas, la solution ne peut être trouvée dans des règles relatives à des garanties autonomes spéciales, dans le droit commun matériel des sûretés personnelles ou dans le droit commun matériel des sûretés²⁰¹¹. La garantie autonome étant un contrat, il conviendrait par conséquent de remonter au droit commun matériel des contrats, applicable subsidiairement²⁰¹² ; néanmoins, la question se pose à nouveau lorsque ce dernier est silencieux sur une question spécifique : aucun texte, alors, ne permet directement d'apporter une solution. Par exemple, la question suivante s'est posée en jurisprudence : lorsque le garant autonome est marié sous le régime de la communauté légale et s'est engagé sans le consentement de son conjoint, le créancier doit-il se contenter, comme assiette de sa sûreté, des seuls biens propres du garant, ou peut-il également prétendre à un droit de poursuite sur les biens communs ?

636. **Éléments de solution : extension par analogie de solutions spécifiques au cautionnement.** La jurisprudence a trouvé la réponse à cette question dans la référence à une solution prévue pour une autre institution proche, le cautionnement : elle en a consacré l'extension à la garantie autonome, décidant de lui appliquer, par analogie, les solutions de

d'interprétation stricte des exceptions, il semblerait donc opportun de cantonner ce délai abrégé au domaine qui lui est explicitement assigné par le texte.

²⁰¹⁰ Pour des exemples relatifs aux contrats, rapp. P. Puig, « Pour un droit commun spécial des contrats », in *Mélanges Jacques Foyer*, Economica, 2007, p. 825 s., spéc. p. 841 s. (l'auteur développe notamment l'exemple de l'extension par analogie de l'obligation de garde, prévue pour le contrat de dépôt par l'article 1927 du code civil, au contrat de dépôt accessoire, et conclut que « derrière le droit spécial du contrat de dépôt se dessinerait ainsi un droit commun de l'obligation de garde dont le rayonnement serait assuré au moyen d'un raisonnement par analogie »).

²⁰¹¹ V. *supra*, n° 541 s.

²⁰¹² En ce sens, v. F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Cours de droit civil - Sûretés personnelles*, PUF, 2013, n° 73 s.

l'article 1415 du code civil²⁰¹³, qui ne vise que le cautionnement. La Cour de cassation a en effet décidé que la solution posée par cet article « est applicable à la garantie à première demande qui, comme le cautionnement, est une sûreté personnelle, laquelle consiste en un engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme déterminée, et est donc de nature à appauvrir le patrimoine de la communauté »²⁰¹⁴. C'est ainsi en utilisant les ressemblances entre les deux institutions, celle de référence – le cautionnement –, et celle bénéficiaire du renvoi – la garantie autonome –, que la Cour de cassation a pu trouver une solution au problème qui lui était soumis²⁰¹⁵. Sur ce modèle, la jurisprudence pourrait étendre à toute sûreté personnelle, par analogie, un certain nombre de solutions posées pour le seul droit commun matériel du cautionnement²⁰¹⁶.

B. Objet et cause d'un legs et renvoi au contrat

637. **Position du problème.** Ainsi qu'étudié plus haut, le titre II du livre III du code civil ne contient pas de règle relative à l'objet et à la cause comme conditions de validité d'une libéralité. Pour les libéralités contractuelles, il convient de remonter aux dispositions qui relèvent du droit commun matériel des contrats et de les appliquer subsidiairement ; mais que décider pour les legs, qui ne sont pas des contrats, mais des actes juridiques unilatéraux ? Aucun texte ne dispose d'un domaine d'application matériel suffisamment vaste pour appréhender leur objet et leur cause²⁰¹⁷. Où trouver les règles applicables à l'objet et à la cause d'un legs ?

638. **Solution proposée.** Une solution bien admise réside dans la référence à une autre institution, le contrat, et dans l'extension par analogie des solutions qui y sont

²⁰¹³ Cet article, applicable à la communauté légale, dispose que « chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres ».

²⁰¹⁴ Civ. 1^{re}, 20 juin 2006, n° 04-11.037, *Bull. civ.* I, n° 313 ; *D.* 2006, p. 2539 s., note A.-S. Courdier-Cuisinier ; *JCP G* 2006, II, 10141, note S. Piedelièvre ; *RTD civ.* 2006, p. 593, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2006, p. 902, obs. D. Legeais. V., déjà en ce sens, CA Paris, 3 nov. 1994, *D.* 1995, jur. p. 532 s., note M. Lecène-Marénaud et somm. p. 326, obs. M. Grimaldi ; *RTD civ.* 1997, p. 728, obs. B. Vareille. *Adde* les références citées par F. Jacob et N. Rontchevsky, « L'application de l'article 1415 du code civil aux garanties », in *Mélanges AEDBF-France III*, Banque, 2001, p. 197 s., spéc. note 16. *Contra* : CA Douai, 30 juin 1994, *JCP G* 1996, I, 3908, n° 14, obs. Ph. Simler.

²⁰¹⁵ La motivation de l'arrêt est en effet claire en ce sens : « la garantie autonome s'apparentant à un cautionnement », c'est donc à bon droit que la cour d'appel a décidé d'appliquer l'article 1415 du code civil à celle-ci (Civ. 1^{re}, 20 juin 2006, préc.). Comp. F. Jacob et N. Rontchevsky, « L'application de l'article 1415 du code civil aux garanties », in *Mélanges AEDBF-France III*, Banque, 2001, p. 197 s., spéc. p. 200 et Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 91, qui estiment même que c'est « par un argument *a fortiori* » que la jurisprudence étend à la garantie à première demande la solution prévue pour le cautionnement, car la protection qui vaut pour le cautionnement vaudrait à plus forte raison pour la garantie autonome, plus dangereuse pour le garant.

²⁰¹⁶ La mise en œuvre de l'analogie semble possible toutes les fois que le texte à étendre est le plus général qui existe, et toutes les fois que la solution qu'il établit est justifiée par le fait que le cautionnement est une sûreté personnelle. V. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 36 : « s'il faut assurément se garder de transposer intempestivement aux autres sûretés personnelles les solutions admises en matière de cautionnement, il convient cependant de faire le départ entre celles qui sont tributaires du caractère accessoire du cautionnement et celles tenant à sa nature de sûreté personnelle » (ces dernières pouvant, prolongeant la pensée des auteurs, faire l'objet d'extensions par analogie).

²⁰¹⁷ V. *supra*, n° 559.

applicables²⁰¹⁸. Il s'agit donc ici de soumettre l'objet et la cause des legs aux solutions prévues pour le droit commun matériel du contrat – soit celles posées par les articles 1108, 1126 et suivants et 1131 et suivants du code civil. C'est en ce sens que semble devoir être comprise la jurisprudence qui transpose parfois les exigences des articles 1126 et suivants du code civil aux legs – ainsi que l'attestent notamment les célèbres arrêts sur la licéité de la cause dans les legs consentis à l'occasion d'une relation adultère, dans lesquels le recours à l'analogie est à peine masqué²⁰¹⁹. De même, lorsque la Cour de cassation décide qu'« une disposition testamentaire peut, comme tout autre acte juridique, avoir un objet simplement déterminable »²⁰²⁰, c'est par extension analogique de la solution consacrée pour les contrats par l'article 1129 du code civil qu'elle procède²⁰²¹.

C. Révocation du dirigeant d'une association par l'assemblée générale sans inscription à l'ordre du jour et renvoi à la société anonyme

639. **Position du problème.** Un certain nombre de questions relatives au régime des associations demeure, à s'en tenir à la loi du 1^{er} juillet 1901, sans réponse, sans qu'aucun texte spécial ne vienne prendre le relais, ni qu'aucune règle de droit commun matériel des personnes morales ne permette d'y répondre. Le problème s'est posé de savoir comment résoudre ces questions laissées sans réponse par les textes²⁰²². L'une des questions²⁰²³ qui s'est posée en jurisprudence, et à laquelle aucune règle préétablie ne permettait directement de répondre, était la suivante : l'assemblée d'une association peut-elle révoquer en séance un dirigeant, alors même que cette question ne figurait pas à l'ordre du jour ?

640. **Éléments de solution.** Le procédé de la référence jurisprudentielle au droit applicable à une autre institution a, une fois encore, permis d'apporter une réponse. Dans un arrêt rendu par sa première chambre civile en 1994, la Cour de cassation a approuvé les juges du

²⁰¹⁸ V. J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations - L'acte juridique*, 14^e éd., Sirey, 2010, n° 491 : « s'agissant des questions – nombreuses – qui ne sont pas tranchées par la loi, la doctrine dominante s'accorde à poser en règle qu'il convient de transposer à l'acte unilatéral le régime juridique du contrat ». V. aussi M. Grimaldi, *Successions*, 6^e éd., Litec, 2001, n° 4, note 3 : le droit commun matériel de l'acte juridique, qui n'existe pas formellement, est « déduit » du droit commun matériel des contrats. Rapp. J. Hamel, *La notion de cause dans les libéralités*, thèse Paris, 1920, p. 12.

²⁰¹⁹ Quoique les commentaires n'aient pas véritablement insisté sur ce point. V. not. Ass. plén. 29 oct. 2004, n° 03-11.238, *Bull. AP*, n° 12 ; R. p. 170 et 174 s. ; *BICC* 1^{er} févr. 2005, rapp. J.-C. Bizot, avis D. Allix ; *GAJC*, t. 1, 12^e éd., 2007, n° 28-29 ; *D.* 2004, p. 3175, obs. D. Vigneau ; *JCP G* 2005, II, 10011, note F. Chabas et I, 187, n° 7, obs. R. Le Guidec ; *RTD civ.* 2005, p. 104 s., obs. J. Hauser ; *Defrénois* 2004, p. 1732 s., obs. R. Libchaber, 2005, p. 234 s., note S. Piedelièvre et p. 1045 s., note V. Mikalef-Toudic ; *AJ fam.* 2005, p. 23, obs. F. Bicheron ; *Dr. fam.* 2004, comm. 230, note B. Beignier ; *CCC* 2005, comm. 40, obs. L. Leveneur ; *RLDC* 2004, n° 11, art. 466, note M. Lamarche ; *LPA* 7 juin 2005, p. 17 s., note S. Pimont (jugé à propos d'un legs, au visa des articles 900, 1131 et 1133 du code civil [dont les deux derniers ne concernent pourtant que le contrat], que « n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère ») – Civ. 1^{re}, 25 janv. 2000, n° 97-19.458, *NPB* (même solution, mais au visa des seuls articles 1131 et 1133 du même code).

²⁰²⁰ Civ. 1^{re}, 28 nov. 1972, n° 71-13.060, *Bull. civ.* I, n° 263 ; *Defrénois* 1973, art. 30416, p. 1019 s., note A. Breton.

²⁰²¹ Il s'agit d'exemples parmi d'autres. *Adde*, pour des illustrations plus anciennes, J. Hamel, *La notion de cause dans les libéralités*, thèse Paris, 1920, p. 127 s.

²⁰²² V. *supra*, n° 563.

²⁰²³ Parmi d'autres : *adde par ex.*, pour la question de la détermination des pouvoirs du président, Civ. 1^{re}, 3 mai 2006, n° 03-18.229, *Bull. civ.* I, n° 206 ; *D.* 2006, p. 2037 s., note K. Rodriguez ; *Rev. sociétés* 2007, p. 855 s., note D. Randoux.

fond d'avoir, pour régler cette question, « fait référence à la loi sur les sociétés » et, plus précisément, à l'article 160, alinéa 3, de la loi du 24 juillet 1966 – devenu l'article L. 225-105, alinéa 3, du code de commerce –, et d'avoir décidé, aux termes d'un raisonnement par analogie, que le pouvoir de révoquer un dirigeant en toutes circonstances, même lorsque la question n'est pas inscrite à l'ordre du jour, doit être reconnu à l'assemblée générale²⁰²⁴. La jurisprudence, raisonnant par référence, s'est inspirée par analogie de ce qui semble être la seule règle textuelle qui, quoique consacrée à une autre institution – la société anonyme –, esquissait une réponse à la question posée²⁰²⁵. Cette méthode a été reprise par d'autres arrêts postérieurs²⁰²⁶.

Section II – L'imperfection de la technique

641. **Plan.** La référence par le juge à des solutions prévues pour une autre hypothèse que celle à régir n'est pas une méthode idéale ; ce n'est qu'un remède imparfait, qui ne peut d'ailleurs être mis en œuvre qu'à défaut de toute autre solution préétablie. Les défauts de cette technique (§ I) entraînent des conséquences néfastes qui peuvent être détaillées (§ II).

§ I – Exposé des défauts : risque de solutions inadaptées et caractère facultatif

642. **Plan.** La technique de la référence jurisprudentielle est source de solutions qui risquent de n'être pas parfaitement adaptées à l'institution bénéficiaire (A) et d'incertitudes majeures, dans la mesure où il n'est pas juridiquement obligatoire d'y recourir (B).

²⁰²⁴ Civ. 1^{re}, 29 nov. 1994, n° 92-18.018, *Bull. civ.* I, n° 344 ; *Rev. sociétés* 1995, p. 318, obs. Y. Guyon ; *RTD com.* 1996, p. 86, obs. É. Alfandari.

²⁰²⁵ 1) En effet, ni la loi du 1^{er} juillet 1901 applicable aux associations, ni les articles 1832 et suivants du code civil applicables à toutes les sociétés, ni les articles 1846 et suivants du code civil relatifs aux sociétés civiles, ni les articles L. 210-1 et suivants du code de commerce applicables à toutes les sociétés commerciales (ou les articles L. 231-1 et suivants, également applicables à toutes les sociétés commerciales, ainsi que le précise le titre qui les contient), ne contiennent de règle relative à la possibilité pour le conseil d'administration de révoquer un dirigeant lorsque la question ne figure pas à l'ordre du jour. Et l'article 1851 du code civil, s'il est relatif à la révocation des dirigeants d'une société civile, reste silencieux sur la question précise qui faisait l'objet des débats.

2) Peut-être aurait-on pu songer à l'application des règles de droit commun matériel du mandat, relatives à la révocation *ad nutum* des mandataires (v., en ce sens, v. É. Alfandari, *RTD com.* 1996, p. 86, et la référence citée). Cependant, la question de savoir dans quelle mesure les « mandats sociaux » sont des mandats à part entière ou une hypothèse *sui generis* de représentation légale est discutée (comp. not. S. Asencio, « Le dirigeant de société, un mandataire “spécial” d'intérêt commun », *Rev. sociétés* 2001, p. 683 s., G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., LGDJ, 1951, n° 21, p. 54, et F. Deboissy, « Le contrat de société », in *Travaux de l'Association H. Capitant* t. 55, *Le contrat*, SLC, 2008, p. 119 s, spéc. n° 42 s.), d'où le doute persistant quant à la solution proposée – il en est d'ailleurs de même pour les autres questions relatives au lien entre société et contrat, notamment la question des nullités (v. not. *Rép. sociétés* Dalloz, V^o « Nullité », par J. Honorat, 1997).

²⁰²⁶ V., not. très méthodique, Civ. 1^{re}, 3 mai 2006, n° 03-18.229, *Bull. civ.* I, n° 206 : « dans le silence des textes et des statuts relatifs au fonctionnement d'une association, [...] les dispositions du Code civil, et à défaut du Code de commerce, régissant les sociétés présentent une vocation subsidiaire d'application » (pour la critique, à laquelle nous adhérons, de l'utilisation du terme « subsidiaire », v. K. Rodriguez, « Association : la méthode du renvoi au droit des sociétés », *D.* 2006, p. 2037 s., spéc. I : « si l'on en croit l'arrêt, le renvoi au droit des sociétés anonymes [...] s'analyserait comme le renvoi à un droit subsidiaire. Mais il semblerait plus opportun de considérer le renvoi autrement : s'il est opéré au profit du droit commun des contrats, il s'agit bien d'une disposition subsidiaire ; mais si, faute de disposition dans le droit des contrats, il est opéré au profit d'autres dispositions relatives aux sociétés, en général les sociétés anonymes, il paraît préférable de parler de raisonnement analogique »).

A. Le risque de solution inadaptée

643. **Risque d'inadéquation des solutions obtenues par le procédé de la référence.** Ce défaut est partagé avec le renvoi de source textuelle. Comme la technique de la référence textuelle – et contrairement au droit commun –, la référence jurisprudentielle présente l'inconvénient de se fonder sur des solutions issues de règles applicables à une autre situation que celle à régir. Le défaut partagé par ces deux techniques est de proposer une solution à partir d'une règle qui n'a pas été pensée en fonction de la situation considérée – qu'il s'agisse de référence positive, reposant sur l'analogie, ou de référence négative, reposant sur l'*a contrario*. Pour cette raison, le procédé de la référence jurisprudentielle apparaît artificiel ; surtout, il fait courir le risque de solutions mal adaptées à la situation à régir²⁰²⁷. La référence aux règles applicables à une autre situation serait toujours un « facteur de dénaturation »²⁰²⁸, tant de la solution étendue que de l'institution à laquelle elle est étendue.

644. **Comparaison avec le droit commun.** Ici encore, le recours à l'analogie par le juge ne peut faire de la règle de référence le système de droit commun de l'institution bénéficiaire²⁰²⁹ puisque, là où le droit commun prévoit des solutions en contemplation de la situation à régir, l'analogie jurisprudentielle emprunte des règles *spécialement applicables à une autre situation*, édictées hors de toute prise en compte de la situation à régir²⁰³⁰. La méthode est en outre facultative.

²⁰²⁷ Par exemple (E. Silva Romero, *Wittgenstein et la philosophie du droit*, PUF, 2002, n° 47), « Imaginez [...] l'étrangeté de la situation suivante : un homme amateur de basket-ball regarde à la télévision, pour la première fois, un match de football. Les analogies fortuites entre le basket-ball et le football vont le conduire à expliquer les actions du football au moyen des règles du basket-ball et à créer donc une confusion en trois temps. L'homme remarque tout d'abord certaines analogies entre les deux jeux : les joueurs mettent des shorts, ils se disputent la possession d'une balle et ils courent. Il est ensuite étonné par leurs différences : différents buts, différent nombre de joueurs dans chaque équipe et différents mouvements. Enfin, l'homme pense : « Je n'avais jamais vu un jeu de basket-ball aussi bizarre ! : plus du double des joueurs, possibilité de faire des fautes et donc de se servir de coups de pieds, balle en noir et blanc, terrain en herbe et un panier immense ». Ici, l'application analogique ou l'exclusion *a contrario* des règles gouvernant un sport par rapport à l'autre se feront sur le constat des *ressemblances* ou des *différences* entre les deux sports, mais le caractère parfaitement adapté du résultat, quel qu'il soit, pourra toujours être mis en doute.

²⁰²⁸ M.-L. Coquelet, « La loi du 24 juillet 1966 comme modèle d'un droit commun des groupements », in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 195 s., spéc. n° 3, p. 197 (pour l'analogie).

²⁰²⁹ 1) Dans le même sens, pour l'exemple des règles relatives à la société anonyme par rapport aux associations, v. K. Rodriguez, « Association : la méthode du renvoi au droit des sociétés », *D.* 2006, p. 2037 s., spéc. I. Le renvoi jurisprudentiel est, au mieux, la source d'une « théorie générale » de l'ensemble qui se voit appliquer une solution similaire (v. J. Hauser, « Vers une théorie générale du droit familial ? », *D.* 1991, chron. XII, p. 56) ; il n'est jamais source de règles de droit commun. Sur la distinction entre théorie générale et droit commun, v. *supra*, n° 50 s.

2) Comp. Y. Guyon, obs. sous Civ. 1^{re}, 29 nov. 1994, *Rev. sociétés* 1995, p. 318 ; J.-P. Gridel, *Le droit - Présentation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012, n° 42, p. 66.

²⁰³⁰ La règle qui sert de fondement à l'analogie reste *spéciale* à la situation qu'elle concerne initialement : son domaine d'application *ratione materiae* et *personae* ne varie pas ; le juge s'en inspire simplement pour faire application d'une solution identique à un cas qu'elle ne concerne pas. Mais il ne peut modifier le domaine d'application de la règle dont il s'inspire : l'interprétation d'un texte spécial par analogie n'a pas pour effet d'ôter à ce texte sa nature spéciale ; le domaine d'application du texte initial ne varie pas, et reste matériellement spécial – le contraire équivaudrait en effet à une réécriture de la loi par le juge, précédée d'un coup de « gomme à effacer » (selon l'image d'A. Bénabent, « Un nouvel instrument jurisprudentiel : la gomme à effacer », in *Mélanges Ph. le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 81 s.).

B. L'absence de caractère obligatoire

645. **Absence de caractère obligatoire.** C'est le deuxième « défaut » majeur de la référence jurisprudentielle : contrairement à l'application d'une règle de droit commun ou d'un renvoi textuel, la référence jurisprudentielle n'est pas techniquement obligatoire pour le juge²⁰³¹. Elle ne consiste qu'en un raisonnement fondé sur une solution qui ne concerne pas la situation à régir. L'interprète n'est donc jamais contraint d'y recourir : il reste libre de le faire ou non pour combler le vide constaté²⁰³².

646. **Comparaison avec le droit commun et la référence textuelle.** C'est ce qui ferait le principal défaut de la technique : elle n'est pas un outil idéal permettant d'assurer la prévisibilité des solutions et, partant, la sécurité juridique. En cela, elle doit être distinguée du droit commun²⁰³³ et de la référence textuelle : l'interprète n'est pas libre de recourir ou non à ces dernières ; ne pas appliquer une règle de droit commun ou une règle posant une référence revient à la violer par refus d'application²⁰³⁴. Ces défauts de la référence jurisprudentielle entraînent des conséquences néfastes.

§ II – Conséquences des défauts : absence de prévisibilité et doutes sur l'opportunité

647. **Plan.** Deux conséquences des défauts de la technique seraient perceptibles. D'une part, les solutions retenues apparaissent peu prévisibles (A). D'autre part, ces solutions font rarement l'unanimité, en raison peut-être de leur autorité morale limitée (B).

²⁰³¹ 1) Rapp., pour le constat limité à l'analogie, G. Cornu, « Le règne discret de l'analogie », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 331 s., spéc. p. 339 : « dans ses applications légales, l'analogie est un processus accompli, le produit fini d'une "auto-imitation" légale », alors que, « dans l'interprétation, le raisonnement reste à faire. La démarche incombe à l'interprète. À lui d'apprécier l'identité de raison ». *Adde* F. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, 2^e éd., LGDJ, 1919, n° 166, p. 125 : les règles déduites de l'analogie « ne sauraient prétendre à la même force impérative, qui s'attache aux résultats de l'interprétation pure du texte légal ». Dans le même sens, Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale au droit*, 4^e éd., Defrénois, 2012, n° 410 ; J. Flour, « Pot-pourri autour d'un arrêt », *Defrénois* 1975, 30854, p. 145 s., spéc. p. 190 ; rapp. M.-L. Coquelet, « La loi du 24 juillet 1966 comme modèle d'un droit commun des groupements », in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 195 s., spéc. n°s 12-13.

2) L'avis contraire semble parfois défendu. Rapp. par ex. Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 11^e éd., Litec, 2010, n° 32, qui estiment que « le droit des obligations » contient « les règles auxquelles on doit se référer lorsque la loi n'en a pas édicté de spécifiques à telle ou telle situation ».

²⁰³² 1) Sauf dans les systèmes où le recours à la référence jurisprudentielle est expressément prévu comme remède à l'absence de règle préexistante (pour l'analogie, v. not. l'article 12, al. 2, des *disposizioni sulla legge in generale* du *codice civile* italien, l'article 4.1 du *código civil* espagnol, ou encore l'article 12 du *código civil* costaricien).

2) Hors de ces hypothèses, par exemple, dans le cas précité de la prescription acquisitive des droits de propriété mobilière, d'usufruit, ou encore de mitoyenneté (*supra*, n° 632 s.), le juge n'apparaît juridiquement lié par aucune des solutions envisagées ; la préférence pour l'une des solutions obéit à des considérations d'opportunité.

²⁰³³ Autre illustration de ce que le recours à l'analogie, simple extension libre et ponctuelle de la solution prévue pour une hypothèse à une autre hypothèse, n'a pas pour résultat la création, par la jurisprudence, d'une règle de droit commun. V. K. Rodriguez, « Association : la méthode du renvoi au droit des sociétés », *D.* 2006, p. 2037 s., spéc. I. Par exemple, si, dans l'hypothèse développée (révocation d'un dirigeant), les juges semblaient libres d'appliquer ou non aux associations les règles relatives à la société anonyme, ils ne l'auraient pas été d'appliquer les règles du droit commun des contrats, dont les associations relèvent (v. not. l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901), à la nullité des délibérations des assemblées d'associations (v. not. Civ. 1^{re}, 10 juill. 1979, n° 78-11.286, *Bull. civ.* I, n° 202 ; *Rev. sociétés* 1980, p. 568, obs. R. Plaisant ; *RTD com.* 1980, p. 112, obs. É. Alfandari et M. Jeantin).

²⁰³⁴ V. *supra*, n° 89 s. (et not. J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, 4^e éd., Dalloz, 2009-2010, n° 72.11). Sous réserve des incertitudes liées à l'utilisation de la technique de la référence textuelle, étudiées *supra*, n° 612 s.

A. L'absence de prévisibilité des solutions

648. **Plan.** Trois inconvénients se détachent : parce que l'interprète peut préférer la libre création plutôt que la technique même de la référence, le recours à cette dernière est toujours incertain (1) ; parce que, une fois choisi de recourir à la référence plutôt qu'à la libre création, l'interprète reste libre de choisir une référence négative ou une référence positive, la nature de la référence est incertaine (2) ; enfin, parce que l'interprète, même après avoir choisi la nature de la référence, peut être confronté à plusieurs modèles dont aucun ne s'impose plus que l'autre, l'objet de la référence est incertain (3)²⁰³⁵.

1. L'incertitude du principe de la référence

649. **Référence contre création *ex nihilo*.** Tout d'abord, et cela est lié au caractère facultatif du recours à la *technique même* de la référence à des règles applicables à une autre situation, rien ne contraint l'interprète à avoir effectivement recours à cette technique plutôt qu'à une autre. Celui-ci peut tout aussi bien, par exemple, développer un raisonnement « autonome », dans lequel la solution dégagée n'est pas établie en contemplation de règles prévues pour une autre situation ; il peut, en quelque sorte, préférer la « libre création ». Gény ne visait pas autre chose en préconisant la « libre recherche scientifique »²⁰³⁶. Un premier président honoraire de la Cour de cassation signalait l'existence de ce procédé en pratique²⁰³⁷ et, si ces créations *ex nihilo* sont peu aisément décelables, notamment en raison de ce que le juge tend à y donner l'apparence de simple application d'une règle préexistante²⁰³⁸, pourraient néanmoins être citées de nombreuses « créations » jurisprudentielles parmi celles traditionnellement répertoriées²⁰³⁹.

2. L'incertitude de la nature de la référence

650. **Référence positive contre référence négative.** Ensuite, lorsque l'interprète choisit tout de même d'avoir recours au procédé de la référence – alors qu'une fois encore, rien ne l'y contraint –, aucun argument proprement juridique ne semble pouvoir le contraindre à choisir une référence *positive* (extension d'une solution par analogie) plutôt qu'une référence *négative* (exclusion d'une solution par *a contrario*). Faut-il, privilégiant le fait que le texte considéré concerne une situation différente de celle à régir, avoir recours à l'*a contrario* ? Faut-il, au contraire,

²⁰³⁵ La « responsabilité » de ces incertitudes reviendrait davantage au législateur (qui a omis la situation du domaine des textes) qu'au juge (qui doit trouver une solution pour trancher la question qui lui est soumise) ?

²⁰³⁶ F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, 2^e éd., Sirey, 1919, n° 155 s., p. 74 s. – v. aussi t. 1, n° 106 s., p. 300 s.

²⁰³⁷ P. Lescot, « Les tribunaux en face de la carence du législateur », *JCP G* 1966, I, 2007, spéc. n° 5 (critique).

²⁰³⁸ Sur ce point, v. not. P. Bourdieu, « La force du droit - Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales* n° 64, sept. 1986, p. 3 s., spéc. p. 6, qui développe l'idée de la propension du juge, « lorsqu'il fait œuvre de création juridique, [...] à le dissimuler », en se réfugiant « derrière l'apparence [...] d'une simple application de la loi ». Ces « créations » sont probablement mieux admises en droit suisse : l'article 1^{er}, al. 2, du code civil suisse, dispose qu'« à défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur ».

²⁰³⁹ V. par ex., pour un début d'inventaire, *Rép. civ.* Dalloz, V^o « Jurisprudence », par L. Bach, 2009, n° 108 s. et 135 s.

tirant argument de ce que le texte considéré concerne une situation proche de celle à régir, avoir recours au raisonnement par analogie ? Deux auteurs le résumant en relevant que « l'alternative se révèle insoluble *a priori* »²⁰⁴⁰. L'observation est classique : les deux voies sont en concurrence²⁰⁴¹ et des critères non juridiques – moraux, économiques, etc.²⁰⁴² – pénètrent le raisonnement et pèsent parfois sur la solution. Si le choix d'une référence positive semble donc, statistiquement, le procédé le plus utilisé (les exemples étudiés plus haut l'attestent), il ne peut néanmoins s'agir que d'une statistique, inapte à fournir un argument d'« obligatorité juridique » ; l'interprète peut tout aussi bien faire référence négativement que positivement à des solutions concernant une autre situation et, à l'analogie, préférer l'*a contrario*.

651. Illustration : prescription extinctive des droits mixtes ou potestatifs. Par exemple, sur le fondement de l'article 2224 du code civil et pour les droits mixtes ou potestatifs, qu'aucun texte ne vise, deux raisonnements sont *a priori* envisageables : d'une part, le raisonnement *a contrario*, qui conduit à poser que, puisque ces droits ne sont ni personnels, ni réels mobiliers, ils *ne se prescrivent pas* par cinq ans à compter du point de départ fixé ; d'autre part, le raisonnement par analogie, qui conduit à poser que, parce que ces droits sont proches de droits personnels ou réels mobiliers, ils *se prescrivent* par cinq ans à compter du point de départ fixé. En pure technique, rien ne permettrait d'emporter le raisonnement dans un sens ou dans l'autre ; ce sont d'autres critères, extérieurs, qui permettent de préférer la seconde solution à la première²⁰⁴³.

652. Illustration : devoirs des concubins. Autre exemple, l'article 212 du code civil prévoit que les époux se doivent mutuellement respect, secours, fidélité et assistance. Faut-il

²⁰⁴⁰ Le passage peut être restitué dans son intégralité : « les arguments par analogie et *a contrario* forment un couple indissociable qui se neutralise dans l'esprit de l'interprète. Le silence d'un texte posant une règle particulière ouvre toujours à l'interprète une alternative : ou bien étendre ce texte par analogie à une situation juridique voisine qu'il n'a pas visée, en considérant que le législateur n'a pas entendu exclure le principe à son égard (il l'aurait dit expressément si telle avait été son intention) ; ou bien interpréter le silence du texte *a contrario* et considérer que le législateur a implicitement banni le principe dans cette situation (et l'aurait expressément maintenu si telle avait été son intention). Par nature, aucune de ces deux branches ne prévaut sur l'autre ; l'alternative se révèle insoluble *a priori* » (Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, 4^e éd., Defrénois, 2012, n° 410).

²⁰⁴¹ 1) V. not. F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, 2^e éd., LGDJ, 1919, n° 81 bis, p. 199 ; C. Perelman, *Logique juridique - Nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Dalloz, réimpr. 1999, n° 48, p. 95-96 ; Ph. Malaurie et P. Morvan, *op. et loc. cit.* ; R. Chaaban, « L'argument *a contrario* », in *Mélanges M. Topakian*, Bruxelles, Bruylant et Beyrouth, PU Saint-Joseph, 2005, p. 23 s., spéc. p. 37. V. aussi les références citées par H. Abdel-Rahman, *La logique des raisonnements juridiques*, thèse Paris IV, 1975, p. 319 s.

2) Un exemple peut l'illustrer. Soit un écriteau « Interdit aux chiens » : l'interprétation par analogie de cet écriteau conduit à poser « Interdit aux chats », tandis que son interprétation *a contrario* conduit à déduire « Permis aux chats » ; la logique juridique pure n'est ici d'aucun secours pour départager les deux interprétations (P.-H. Steinauer, « L'interprétation des silences du législateur à l'aide des arguments *a contrario*, *a simili* et *a fortiori* », in *Les règles d'interprétation*, dir. J.-F. Perrin, éd. univ. Fribourg, 1989, p. 41 s., spéc. p. 43). Le cas met en lumière une limite du « raisonnement juridique pur » – si tant est qu'une telle chose existe. Des auteurs ajoutent que, dans le cas où il serait question non plus de chats, mais de loups, « seul le bon sens de l'interprète » le conduirait à interpréter l'écriteau précité par analogie, et non *a contrario* (Ph. Malaurie et P. Morvan, *op. et loc. cit.*, note 267).

²⁰⁴² F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, 2^e éd., LGDJ, 1919, n° 81 bis, p. 199. Pour une étude détaillée, v. É. Rubi-Cavagna, « Les arguments d'opportunité », in *Le raisonnement juridique*, dir. P. Deumier, Dalloz, 2013, p. 217 s.

²⁰⁴³ Notamment, le caractère ici peu constructif du raisonnement *a contrario* (qui, s'il permet de déterminer ce qu'il ne faut pas faire, ne permet en rien de préjuger de ce qu'il faut faire : le délai n'est pas de cinq ans, mais il peut bien être de deux ans, de trois ans, de dix ans, etc.) combiné au fait que l'article 2224 précité, bien que ne concernant pas la situation à régir, est le texte le plus général que connaisse le droit positif et, partant, un objet adéquat pour l'analogie. V. *supra*, n° 631.

appliquer cet article par analogie au concubinage ? Faut-il, à l'inverse, raisonner *a contrario* pour en exclure l'application au concubinage ? La réponse de technique juridique pure semble inexistante. C'est à l'interprète de trancher en considération d'éléments extérieurs comme, notamment, la question, morale, des formes de vie en couple ou la question, téléologique, de l'intention du législateur²⁰⁴⁴.

3. L'incertitude de l'objet de la référence

653. **Pluralité des références possibles.** Enfin, là où toutes les hypothèses de référence jurisprudentielle apparaissent relativement incertaines quant à la technique retenue, certaines apparaissent, en outre, également incertaines sur le plan de l'objet de la référence choisie. En effet, même à supposer choisie la méthode retenue – analogie ou *a contrario* –, un nouveau problème se pose lorsque plusieurs règles peuvent servir de référence à la situation oubliée des textes ; tel est souvent le cas lorsque plusieurs règles d'un égal degré de généralité existent et prévoient des solutions différentes. Aucune méthode ne permet alors, de manière juridiquement contraignante, de résoudre cette concurrence entre les divers modèles en présence²⁰⁴⁵. Dès lors, le choix retenu peut parfois apparaître empreint d'un certain arbitraire²⁰⁴⁶, par-delà certaines justifications « de façade » avancées dans les motifs. Les sûretés semblent un terrain d'élection pour ces questions, en raison de l'absence de droit commun matériel (qu'il s'agisse de celui des sûretés en général ou même, *a minima*, de celui des sûretés pour autrui) et de la coexistence, dans le même temps, de deux modèles concurrents alternatifs, sûreté personnelle et sûreté réelle²⁰⁴⁷ : les « hybrides » posent difficulté lorsqu'aucun texte ne les appréhende²⁰⁴⁸. Deux illustrations peuvent être développées.

²⁰⁴⁴ Sur cette question, la jurisprudence semble plus encline à mettre en œuvre le raisonnement *a contrario* que le raisonnement *a pari*, pour refuser aux concubins le bénéfice des dispositions relatives aux devoirs entre époux. Pour une synthèse, v. not. J. Garrigue, *Les devoirs entre époux*, thèse Paris II, 2007, n° 168 s. et, pour un exemple jurisprudentiel à propos de l'article 220 du code civil, v. not. Civ. 1^{re}, 11 janv. 1984, n° 82-16.198, *Bull. civ. I*, n° 12 ; *Deffrénois* 1984, art. 33354, p. 933 s., n° 69, obs. G. Champenois ; *RTD civ.* 1985, p. 171 s., obs. J. Mestre (plusieurs arrêts ont repris la solution, not. Civ. 1^{re}, 2 mai 2001, n° 98-22.836, *Bull. civ. I*, n° 111 ; *Deffrénois* 2001, p. 1003, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 2001, p. 565, obs. J. Hauser et 2002, p. 556, obs. B. Vareille).

²⁰⁴⁵ Illustration parmi d'autres de ce que les conflits entre deux règles concomitantes d'un égal degré de généralité sont résolus par « une casuistique » (A. Jeammaud, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, thèse Lyon III, 1975, n° 381, p. 687 – v. aussi n° 382 s.), le système juridique ne disposant pas d'un moyen bien fixé pour les résoudre.

²⁰⁴⁶ L'interprète se trouve en effet dans une impasse technique, dans laquelle il n'existe aucune raison *a priori* de préférer un modèle à un autre ; il doit donc choisir plus ou moins arbitrairement auquel des deux modèles il convient de se référer (rapp. W. Malgaud, « Les antinomies en droit, à propos de l'étude de G. Gavazzi », in *Les antinomies*, dir. C. Perelman, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 7 s., spéc. p. 18-19 : « Il faudra donc trancher sans disposer d'un critère logique. C'est le moment, pour le juge, de comprendre l'appel qui s'adresse à son intelligence »). Dans sa configuration, la situation pourra faire penser à celle du juge Bridoye décrit par Rabelais, qui, confronté à des cas difficiles, en jouait aux dés la solution (F. Rabelais, *Le Tiers livre des faits et dits héroïques du noble Pantagruel*, 1546, chap. 39, « Comment Pantagruel assiste au jugement du juge Bridoye, lequel sententioyt les procez au sort des dez »).

²⁰⁴⁷ La même difficulté pourrait se poser sur la question de l'état civil des hermaphrodites ; v. B. Moron-Puech, *Les intersexuels et le droit*, mémoire de master 2, Paris II, 2010.

²⁰⁴⁸ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 8 et n° 73. V. aussi Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 13, note 65, qui insiste sur les « imperfections » de la division entre sûreté personnelle et sûreté réelle, « notamment au regard de la mixité de certains mécanismes ».

654. **Illustration : le « cautionnement réel ».** C'est peut-être ce type de raisonnement qu'a pu tenir la Cour de cassation dans le cas de ce qu'il était convenu d'appeler, jusqu'au bannissement jurisprudentiel de l'expression, le « cautionnement réel »²⁰⁴⁹. L'hypothèse est celle d'un tiers qui se porte garant, auprès du créancier, de la dette du débiteur principal, en affectant l'un de ses biens en garantie. La question s'est posée de savoir quel régime juridique appliquer à cette sûreté non régie par les textes. Faute de droit commun matériel des sûretés, de droit commun matériel de la sûreté pour autrui²⁰⁵⁰ et de tout renvoi textuel, la référence jurisprudentielle aux solutions consacrées pour une autre sûreté semblait une solution idoine. Les certitudes s'arrêtaient cependant ici : il est apparu difficile de déterminer à quelle sûreté nommée il convenait de faire référence pour fixer le régime du « cautionnement réel », sûreté fondamentalement hybride²⁰⁵¹ ; fallait-il se référer au droit d'une sûreté réelle (celle qui correspond à la nature du bien affecté), ou à celui d'une sûreté personnelle (le cautionnement) ? Par un arrêt rendu en chambre mixte le 2 décembre 2005, la Cour de cassation a décidé de manière tranchée qu'« une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliqu[e] aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui et n'[est] pas dès lors un cautionnement »²⁰⁵², et doit par conséquent se voir appliquer les règles de la sûreté réelle correspondante²⁰⁵³. La Cour de cassation a donc choisi et appliqué l'un des régimes spéciaux proposés par le droit positif qui, pourtant, ne correspondait pas exactement à la nature du « cautionnement réel ». Ce n'est pas à dire qu'il s'agissait de la seule solution possible. Si l'affirmation péremptoire contenue dans l'arrêt de 2005 a pu être considérée comme « imprudente »²⁰⁵⁴, il est néanmoins permis de se demander si la jurisprudence avait véritablement le choix d'une solution idéale²⁰⁵⁵.

²⁰⁴⁹ Un auteur, tirant les conséquences de la jurisprudence inaugurée en 2005, invite à « bannir » désormais cette expression (L. Aynès, « Une Chambre mixte se prononce sur la nature du cautionnement réel », *D.* 2006, p. 733 s., spéc. n° 13) ; cependant, nous voudrions montrer, à travers l'utilisation de cette expression, que les choses ne sont peut-être pas aussi simples que ne le donne à penser la lecture de la jurisprudence de la Cour de cassation. Dans le même sens, v. P. Crocq, préf. à J.-J. Ansault, *Le cautionnement réel*, Defrénois, 2009, p. IX, qui estime que « l'emploi de l'expression “cautionnement réel”, en dépit de son ambiguïté, demeure toujours justifié aujourd'hui », dans la mesure où « le régime juridique de cette sûreté ne peut être déterminé qu'au moyen aussi bien d'emprunts au droit du cautionnement personnel que d'applications du droit des sûretés réelles ».

²⁰⁵⁰ V. *supra*, n° 541 s.

²⁰⁵¹ J.-J. Ansault, *Le cautionnement réel*, Defrénois, 2009, première partie (« un contrat par essence hybride ») ; Ph. Simler, « *Eppur, si muove !* (Galilée) Et pourtant une sûreté réelle constituée en garantie de la dette d'un tiers est un cautionnement... réel », *JCP G* 2006, I, 172 ; M. Grimaldi, obs. sur Ch. mixte, 2 déc. 2005, *RDC* 2006, p. 454 s. ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 74 ; A. Aynès, « Quelques aspects du régime juridique des sûretés réelles pour autrui », in *Mélanges C. Larroumet*, Economica, 2009, p. 1 s., spéc. n° 5 s.

²⁰⁵² Ch. mixte, 2 déc. 2005, n° 03-18.210, *Bull. mixte*, n° 7 ; *D.* 2006, p. 729 s., concl. J. Sainte-Rose et p. 733 s., note L. Aynès ; *RDC* 2006, p. 454 s., note M. Grimaldi ; *JCP G* 2005, II, 10183, note Ph. Simler ; *JCP E* 2006, 1056, note S. Piedelièvre ; *Dr. et patr.* févr. 2006, p. 128 s., obs. Ph. Dupichot ; *LPA* 23 janv. 2006, p. 7 s., obs. D. Houtcieff ; *RLDC* 2006 n° 24, art. 992, note M. Mignot ; *RTD civ.* 2006, p. 357, obs. B. Vareille et p. 594 s., obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2006, p. 465, obs. D. Legeais.

²⁰⁵³ Qui dépend de la nature du bien affecté en garantie : hypothèque ou gage immobilier dans le cas d'un immeuble, gage mobilier ou nantissement dans le cas d'un meuble. V. A. Aynès, « Quelques aspects du régime juridique des sûretés réelles pour autrui », in *Mélanges C. Larroumet*, Economica, 2009, p. 1 s., spéc. n° 2, p. 2.

²⁰⁵⁴ P. Crocq, préf. à J.-J. Ansault, *Le cautionnement réel*, Defrénois, 2009, p. IX.

²⁰⁵⁵ La problématique reste d'ailleurs d'actualité, au-delà de la seule question tranchée par l'arrêt de 2005, relative à l'applicabilité ou non de l'article 1415 du code civil, privée d'intérêt pratique par l'ordonnance du 23 mars 2006 (qui soumet à la cogestion, par l'article 1422 alinéa 2 du code civil, l'acte d'affectation d'un bien commun en garantie de la dette d'un tiers). Il reste d'autres enjeux : ainsi, du postulat que le « cautionnement réel » n'est pas un cautionnement, la Cour de cassation semble déduire qu'il n'y a lieu de lui appliquer aucun texte relatif au cautionnement, ce qui demeure discutable. Elle a notamment décidé que la « caution réelle » ne peut ni bénéficier de l'obligation

655. **Illustration : la prestation foncière.** La même série de questions pourrait se poser pour d'autres sûretés hybrides, à commencer par la prestation foncière d'Alsace-Moselle, laquelle n'est entièrement réductible ni à une sûreté personnelle, ni à une sûreté réelle : cette sûreté²⁰⁵⁶ consiste en l'affectation en garantie d'un immeuble assortie d'une obligation personnelle contractée par le propriétaire débiteur ; elle est le type même de la sûreté hybride²⁰⁵⁷. Or, la réglementation proposée par le droit local est incomplète et de nombreuses solutions relatives à la constitution, aux effets et à l'extinction de la prestation foncière méritent d'être précisées²⁰⁵⁸ ; il convient donc de la compléter par la réglementation proposée à titre subsidiaire par le droit commun territorial des sûretés, et c'est en ce sens que peut être lu l'article 36-1 de la loi « civile » du 1^{er} juin 1924²⁰⁵⁹. Cependant, le renvoi au droit commun territorial des sûretés ne règle que partiellement la question en la déplaçant : quelles règles appliquer exactement, puisqu'il n'existe pas de droit commun matériel des sûretés ? Doit-on appliquer des règles relatives aux sûretés personnelles, alors que la prestation foncière n'est pas entièrement une sûreté personnelle ? Doit-on, au contraire, lui appliquer des règles relatives aux sûretés réelles, alors qu'elle n'est pas non plus entièrement une sûreté réelle ? La question doit encore être précisée : puisqu'il n'existe pas de droit commun matériel des sûretés personnelles, pas davantage que de droit commun matériel des sûretés réelles, les solutions ne résulteront pas de règles portant sur les sûretés réelles ou les sûretés personnelles en général, mais de règles relatives à une sûreté particulière. Le droit positif n'offre que des remèdes imparfaits.

B. L'absence d'unanimité des résultats

656. **Conséquence des défauts de la technique.** Parce que la solution issue d'une référence jurisprudentielle est revêtue d'une autorité juridique limitée, son autorité morale apparaît également souvent discutée. De fait, la contestation doctrinale de l'opportunité des solutions fondées sur le procédé est souvent forte et divise particulièrement les auteurs. Cela pourra ne pas entièrement surprendre, dans la mesure où c'est l'opportunité qui semble guider le juge vers la solution la plus adéquate ; c'est dès lors également en opportunité – c'est un pendant logique – que sont appréciées les solutions dégagées.

d'information annuelle prévue par l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984, devenu l'article L. 313-22 du code monétaire et financier (v. Civ. 1^{re}, 7 févr. 2006, n° 02-16.010, *Bull. civ.* I, n° 53 – Com. 7 mars 2006, n° 04-13.762, *Bull. civ.* IV, n° 59), ni invoquer un devoir de mise en garde du créancier (Com. 24 mars 2009, n° 08-13.034, *Bull. civ.* IV, n° 43 ; *RTD com.* 2009, p. 425, obs. D. Legeais).

²⁰⁵⁶ Sur celle-ci, v. *supra*, n° 377.

²⁰⁵⁷ Pour cette difficulté relativement à la qualification, v. not. *Lamy droit des sûretés*, étude 503, « Typologie des sûretés réelles immobilières en Alsace-Moselle », 2009, par É. Sander, n° 503-81 : la prestation foncière est « une sûreté réelle, assortie d'un droit de suite et d'un droit de préférence, renforcée par une obligation personnelle à la charge du propriétaire débiteur, grevant un immeuble lui appartenant en garantie d'obligations ayant pour objet des prestations périodiques dont le disposant ou un tiers est créancier. Elle est insusceptible de purge en cas d'aliénation de l'immeuble grevé dans la mesure où la sûreté y reste irrévocablement attachée jusqu'à son extinction ».

²⁰⁵⁸ Pour l'inventaire des seules questions traitées par les textes, v. *Lamy droit des sûretés*, étude 503, « Typologie des sûretés réelles immobilières en Alsace-Moselle », 2009, par É. Sander, n° 503-78 s.

²⁰⁵⁹ Cet article renvoie en effet à la « législation civile française » (rapp. *Rép. civ.* Dalloz, V° « Alsace et Moselle », par P. Haegel, R. Schwob et J.-L. Vallens, 2004, n° 172). Si l'expression peut appeler des réserves, c'est néanmoins une illustration de la subsidiarité du droit commun territorial par rapport au droit local (qui serait, même sans ce texte, applicable de plein droit) : v. *supra*, n° 477.

657. **Illustrations.** Par exemple, la solution proposée relativement à la prescription extinctive des droits qui ne sont visés par aucun texte – l’application par analogie de l’article 2224 du code civil –, non obligatoire, se heurte à des contestations quant à son opportunité²⁰⁶⁰. De la même manière, si la transposition par analogie aux legs des solutions prévues pour le contrat a généralement les faveurs de la doctrine²⁰⁶¹, il n’en demeure pas moins que la technique, non obligatoire²⁰⁶², reste fortement discutée par certains auteurs²⁰⁶³ ; elle n’est d’ailleurs pas toujours retenue par la jurisprudence²⁰⁶⁴. Il en est encore ainsi pour l’application aux associations, par analogie, de solutions relatives à la société anonyme : l’opportunité en est largement débattue, ne serait-ce qu’en raison de l’éloignement de la société anonyme et de l’association dans leurs finalités respectives²⁰⁶⁵. Ces illustrations sont révélatrices des limites des solutions de secours en l’absence de règle spécifique ou de droit commun matériel applicable subsidiairement.

658. **Conclusion de chapitre.** Pour une situation non visée par une règle spécifique, l’absence de droit commun matériel et de tout renvoi de textes nécessite le recours à une autre méthode. Celle-ci peut être trouvée dans la référence faite par la jurisprudence aux règles applicables à une autre situation, qui permet de dégager une solution par analogie ou par *a contrario*. Cependant, en plus de proposer des solutions à partir de textes qui n’ont été pensés ni positivement, ni négativement, en considération de la solution à régir, cette méthode présente le défaut majeur de n’être jamais juridiquement obligatoire pour l’interprète. Il n’est, dès lors, pas

²⁰⁶⁰ V. not., pour la pétition d’hérédité, C. Pérès, « La prescription de la pétition d’hérédité : pour une intervention législative », *D.* 2011, p. 2416 s., spéc. n° 8, qui estime que la solution présenterait deux inconvénients en termes de politique juridique, tenant tous deux au caractère jugé trop bref du délai quinquennal, et présenterait des incohérences dans la coordination avec le délai d’option successorale ; l’auteur considère néanmoins qu’un délai trentenaire ne saurait non plus convenir car, jugé trop long, il présenterait des vices inversement comparables à ceux de la solution précédente (n° 9).

²⁰⁶¹ Outre les références citées *supra*, n° 638, v. par ex. J. Mestre, obs. sur Civ. 1^{re}, 17 mars 1987, *RTD civ.* 1987, p. 755 s. : l’auteur estime que « les juges doivent [...] étendre aux engagements unilatéraux les règles qui soumettent certains contrats à un régime restrictif à raison des conditions de leur conclusion, de leur objet particulier ou encore de la personne de leurs auteurs, dès lors que les raisons qui justifient ce régime sont transposables aux actes unilatéraux ». V. déjà J. Hamel, *La notion de cause dans les libéralités*, thèse Paris, 1920, p. 12-13.

²⁰⁶² V. not. J. Hamel, *La notion de cause dans les libéralités*, thèse Paris, 1920, p. 12, qui relève que « rien n’impose l’extension ». V. aussi A. Wahl, note sous Civ. 2 janv. 1907, *S.* 1911, 1, p. 585 s., qui montre l’impossibilité de trouver un quelconque argument de technique juridique en faveur de l’extension analogique.

²⁰⁶³ V. not. Ph. Malaurie, *Les successions - Les libéralités*, 5^e éd., Defrénois, 2012, n° 468, p. 249 : le testament « est un acte juridique particulier et les analogies avec le contrat doivent être souvent écartées ». V. aussi, spécifiquement pour le problème de la cause dans le legs, les auteurs d’autrefois farouchement opposés à l’application par analogie des règles relatives à la cause des contrats (cités par J. Hamel, *La notion de cause dans les libéralités*, thèse Paris, 1920, p. 11) : J. Brissaud, *De la notion de cause dans les obligations conventionnelles en droit romain et en droit français*, thèse Bordeaux, 1879 et J. Timbal, *La cause dans les contrats et les obligations en droit romain et en droit français*, thèse Toulouse, 1882.

²⁰⁶⁴ En effet, la jurisprudence n’applique pas toujours les règles relatives à l’objet et à la cause des contrats par analogie aux legs et testaments. V. par ex. Civ. 1^{re}, 15 déc. 2010, n° 09-70.834, *Bull. civ.* I, n° 270, qui refuse, au visa de l’article 1131 du code civil, de prononcer la caducité du testament pour disparition de la cause, alors qu’une application par analogie de cet article y aurait conduit, et casse l’arrêt attaqué pour fausse application de la loi. V. aussi Civ. 1^{re}, 15 févr. 2012, n° 10-23.026, *Bull. civ.* I, n° 34 (même hypothèse). V. encore Civ. 1^{re}, 18 mai 2011, n° 10-18.137, *NPB*, où la troisième branche du moyen de cassation alléguait « qu’en faisant produire effet au legs litigieux, sans rechercher si [celui-ci] n’était pas devenu caduc, la cour d’appel a privé sa décision de base légale au regard de l’article 1131 du code civil », mais où la Cour de cassation rejette le pourvoi.

²⁰⁶⁵ V. not., exprimant des doutes quant à l’opportunité de l’utilisation des règles issues de la loi de 1966 sur les sociétés commerciales comme modèle de référence à appliquer par analogie aux associations, M.-L. Coquelet, « La loi du 24 juillet 1966 comme modèle d’un droit commun des groupements », in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 195 s., spéc. n° 4, car ces groupements n’ont pas la même finalité (l’auteur nuance ensuite ces critiques).

contraint d'y recourir. La prévisibilité du droit en est affectée ; de même, l'opportunité des solutions dégagées n'est pas unanimement reçue.

659. **Conclusion de sous-titre.** Face à l'absence de règle de droit commun matériel et lorsqu'une question se pose hors du domaine des règles existantes, une solution doit être trouvée. Cette solution peut être obtenue par le recours à la référence à d'autres règles, qu'elle repose sur un texte renvoyant à d'autres – c'est le cas, par exemple, pour le nantissement de meubles incorporels ou pour la prescription acquisitive –, ou sur une décision du juge ayant le même objet – c'est le cas, notamment, de l'objet et de la cause des legs, ou du délai de prescription extinctive et de son point de départ. Toutefois, ces techniques ne sont pas exemptes de défauts. Là où la référence textuelle débouche sur des solutions parfois inadéquates – car non pensées pour la situation bénéficiaire de la référence –, la référence jurisprudentielle, en plus de partager le même défaut, est à la source de solutions incertaines – car le procédé n'est pas juridiquement obligatoire pour le juge. La prévisibilité des solutions en pâtit²⁰⁶⁶.

660. **Conclusion de titre.** Le degré d'existence du droit commun matériel varie sensiblement en fonction des institutions. Pour certaines, le droit commun matériel apparaît relativement développé et satisfaisant, qu'il soit organisé sous la forme de règles classiques – c'est par exemple le cas des successions ou du contrat –, ou sous la forme de principes directeurs – c'est partiellement le cas des mesures de protection des majeurs ou du procès civil. Pour d'autres institutions, le droit commun matériel, quoique relativement satisfaisant, présente quelques défaillances – c'est le cas de l'absence de délai et de point de départ de droit commun matériel pour la prescription acquisitive, et de l'absence de délai de droit commun matériel de prescription acquisitive. Pour d'autres encore, le droit commun matériel est inexistant ou insignifiant – c'est notamment le cas des sûretés, qu'il s'agisse des sûretés en général, des seules sûretés personnelles ou sûretés réelles, ou même des sûretés pour autrui. Dans ces dernières hypothèses, la doctrine propose la création des règles de droit commun manquantes ; certaines ont pu être consacrées par les pouvoirs publics – notamment les principes directeurs des mesures de protection des majeurs –, tandis que d'autres ont été ignorées – par exemple, quant au droit commun des sûretés. Face aux situations dans lesquelles le droit commun matériel est défaillant, des remèdes doivent être trouvés. Ils peuvent tenir dans un renvoi de textes applicables – c'est par exemple le cas de la prescription acquisitive ou du nantissement de meubles incorporels – ou, à défaut, dans la référence faite, par la jurisprudence, aux solutions applicables à une autre situation – ce pourrait notamment être le cas pour combler les défaillances relatives aux délais de prescription extinctive et acquisitive. Ces remèdes ne sont cependant pas idéaux : ils présentent un certain nombre de défauts, liés au risque d'inadaptation des solutions qu'ils commandent et à l'insécurité juridique qu'ils impliquent. Une question tout aussi importante que celle de l'existence du droit commun matériel réside dans son effectivité : ne serait-elle pas, quelle que soit l'institution, largement mise à mal par la prolifération des règles spéciales matérielles ?

²⁰⁶⁶ Peut-être observera-t-on que si, malgré l'absence d'une règle préexistante sur un point donné, une solution peut être trouvée, la situation n'est pas si grave ; en somme, trop s'alarmer des défaillances du droit commun matériel serait inutile. Un tel raisonnement ne peut être suivi : ces solutions de secours sont trouvées au prix de multiples incertitudes, qu'auraient permis d'éviter des règles de droit commun matériel. Au prix d'« un immense gaspillage d'intelligence et de temps » (formule empruntée à J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 2, PUF Quadrige, 2004).

TITRE II – LES TENDANCES CONTRAIRES DANS L’EFFECTIVITE

661. « **Fort à faire** ». Ainsi écrit l’Usbek des *Lettres persanes*, venu visiter l’Europe : « La plupart des législateurs [...] ont donné dans les cas particuliers ; ce qui marque un génie étroit qui ne voit les choses que par parties et n’embrasse rien d’une vue générale »²⁰⁶⁷. Si plusieurs siècles ont passé, le constat, à l’observation du droit français contemporain, varie peu. Dans une large mesure, le droit spécial matériel prolifère, et le droit commun matériel en pâtit²⁰⁶⁸. Grua le remarquait dans des propos de synthèse, « Le formidable besoin de lois des sociétés modernes dans tous les domaines a réveillé toutes les divisions que les codifications de l’Empire avaient recouvertes [...]. Les générations suivantes auront fort à faire avec le droit éclaté qu’on leur prépare. »²⁰⁶⁹ Qui songerait à le démentir ? Il y a en effet fort à faire. C’est cette question que développe la majorité des études contemporaines²⁰⁷⁰.

662. **Plan**. L’étude de la coexistence du droit commun matériel avec les règles spéciales matérielles (Sous-titre I) précédera celle des rapports, des relations, entre ces deux corps de règles (Sous-titre II). Ici encore, se révèlent des tendances contraires : les constats varient en fonction des institutions étudiées.

²⁰⁶⁷ Montesquieu, *Lettres persanes*, CXXIX, in *Œuvres complètes*, t. 1, Gallimard, « La Pléiade », 1979, lettre d’Usbek à Rhédi, à Venise. Rapp. G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1955, n° 16, p. 33 : « la règle n’est jamais énoncée dans une formule, car le législateur ne songe qu’à des cas particuliers ».

²⁰⁶⁸ V. N. Molfessis, « Le code civil et le pullulement des codes », in *1804-2004, Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 309 s., spéc. n° 26 : « on en vient à abolir l’idée même de droit commun, pour structurer la vie juridique par activités, chaque individu, chaque justiciable ayant vocation à prendre connaissance de sa situation en fonction du moment de la journée [...], de la semaine [...] ou de l’année [...]. Dans une telle configuration, le droit commun perd sa raison d’être, chaque individu étant toujours sous l’emprise d’une situation juridique particulière ». Rapp. L. Leveneur, « Le Code civil, cadre normatif concurrencé », in *Le Code civil, une leçon de légistique ?*, dir. B. Saintourens, Economica, 2006, p. 123 s., *passim*.

²⁰⁶⁹ F. Grua, « Les divisions du droit », *RTD civ.* 1993, p. 59 s., spéc. n° 31.

²⁰⁷⁰ V. par ex. N. Delegove, *Le droit commun et le droit spécial*, thèse Paris II, 2011 ; C. Goldie-Genicon, *Contribution à l’étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009 et « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s. ; S. Mauclair, *Recherche sur l’articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse Orléans, 2011 ; B. Saintourens, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse Bordeaux, 1986. La question de l’existence du droit commun matériel étant quant à elle tranchée rapidement et, partant, souvent délaissée.

SOUS-TITRE I – LA COEXISTENCE INEGALE AVEC LES REGLES SPECIALES MATERIELLES

663. **Les règles spéciales matérielles.** Le temps n'est plus à l'exclusivité du droit commun matériel, d'un droit commun matériel sans droit spécial matériel, s'il l'a jamais été. Pour nombre d'institutions en effet, le droit commun matériel doit coexister avec une multiplicité de règles spéciales matérielles, au domaine d'application *ratione materiae* et/ou *personae* limité²⁰⁷¹. De nombreux travaux dénoncent ce mal qui ronge le droit français, la doctrine contemporaine fustigeant « la spécialisation croissante qui, loin de favoriser l'apparition ou le maintien d'un droit commun, découpe les systèmes de droit »²⁰⁷² : les règles spéciales matérielles prolifèrent.

664. **Un développement exponentiel.** En 1937, le doyen Josserand relevait que, si le droit français post-révolutionnaire n'opérait pas de distinction en fonction des personnes et des activités²⁰⁷³, depuis le début du XX^e siècle et par contraste, « le droit commun, découpé en tranches, fait place à une série de droits spécialisés »²⁰⁷⁴ : « ce n'est plus en tant qu'homme [...] que notre droit nous est octroyé ou mesuré, mais bien en qualité de commerçant, d'industriel ou de fonctionnaire, d'employeur ou d'employé, d'artisan ou de cultivateur, d'ancien combattant ou de père de famille, de propriétaire ou de locataire, de contribuable ou de non-assujetti, de syndiqué ou d'isolé »²⁰⁷⁵. Quelques années plus tard, ce fut au tour de Ripert de le constater : les codes et lois nouveaux ne sont plus généraux, mais traitent « du travail dans l'usine ou dans la mine, des professions sédentaires ou ambulantes », énumèrent « les ouvriers du tissage, du bobinage, de la coupe », « visent les marins, les dockers, les cheminots, les bateliers, les aviateurs »²⁰⁷⁶. C'est « l'essor de la législation spéciale »²⁰⁷⁷. Affirmer que le phénomène n'a pas décré depuis lors relèverait de la litote ; pour nombre d'institutions juridiques, le droit spécial matériel foisonne. À tel point que l'on pourrait songer, à la suite des célèbres systèmes de personnalité des lois, puis de territorialité des lois, à évoquer l'ère de la *matérialité des lois*.

²⁰⁷¹ En effet, « une règle de droit peut être spéciale par rapport à une autre du point de vue personnel mais également sur le plan matériel » (É. Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, LGDJ, 2011, n° 822).

²⁰⁷² M. Delmas-Marty, « Réinventer le droit commun », *D.* 1995, chron. p. 1 s., spéc. p. 2. Le constat peut être étendu bien au-delà des seules institutions ici étudiées à titre de référence. Pour les contrats, v. not. F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., 2011, n° 6, qui estiment que la « prolifération » des règles spéciales « sape les bases du droit contractuel » ; v. aussi C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 13 s. ; *adde* A. Supiot, *Homo juridicus - Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, p. 163-164. Pour la responsabilité du fait des choses, dénonçant sa « parcellisation » et son « morcellement » inopportuns, J. Mouly, « Le nouvel article L. 321-3 du code du sport : une rupture inutile avec le droit commun », *D.* 2012, p. 1070 s., spéc. p. 1071. Pour les groupes de sociétés, v. C. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, LGDJ, 1991, n° 9 (« le droit des groupes connaît le même phénomène de diversification que le droit en général. La multiplication des règles spéciales en est un trait très remarquable »). Pour des propos généraux, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Introduction au droit*, 13^e éd., Dalloz, 2010, n° 39.

²⁰⁷³ Ce qui aboutissait notamment, poussé à son paroxysme, au terrible rigorisme de la loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791, qui prévoyait, en son article 1^{er}, « l'anéantissement de toutes espèces de corporations des citoyens du même état ou profession » et rappelait qu'il s'agissait « de l'une des bases fondamentales » de la nouvelle société instituée.

²⁰⁷⁴ L. Josserand, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *DH* 1937, chron., p. 1 s., spéc. p. 1.

²⁰⁷⁵ *Ibid.*

²⁰⁷⁶ G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, n° 126, p. 316 (pour les trois dernières citations). L'inventaire ne prétendait bien entendu pas à l'exhaustivité.

²⁰⁷⁷ J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 1^{re} éd., PUF, 1996, n° 166 s., p. 243 s.

665. **Une passion sociale.** Le phénomène ne semble pas en voie de se résorber : les pouvoirs publics sont passés maîtres dans l’art d’édicter toujours davantage de règles spéciales matérielles ; il n’est pas rare que les juges en réclament²⁰⁷⁸ ; et la doctrine suit souvent la même tendance²⁰⁷⁹ – Bobbio allant même jusqu’à évoquer « la limite idéale [*sic*] d’un traitement différent pour chaque individu »²⁰⁸⁰. Se révèle ainsi une véritable passion sociale pour ces règles spéciales, une insatiable faim des juristes pour celles-ci, progressant, de manière régulière, vers une République des intérêts particuliers.

666. **De nouveaux privilèges ?** L’on ne compte plus les nouvelles « lois catégorielles »²⁰⁸¹. Déjà, au XIX^e siècle, certains auteurs s’inquiétaient de ce phénomène, qui connaissait alors ses balbutiements : « il est incontestable qu’avec la méthode actuelle, dans un quart de siècle ou un demi-siècle, le droit commun sera devenu un vain mot ; il n’existera plus que des droits divers, reposant sur des lois spéciales, en un mot des privilèges »²⁰⁸². Peut-on se garder, en effet, d’y voir une forme moderne de privilèges ? L’on pourra méditer les paroles de Domat, qui écrivait dans son *Traité des loix* que « les volontés des Princes, qui sont bornées à des personnes particulières, et à des faits singuliers, [...] sont des grâces, des concessions, des privilèges »²⁰⁸³. Quant à Sieyès, dans son essai consacré à la question, il voyait dans les privilèges les règles dont l’essence « est d’être hors du droit commun »²⁰⁸⁴. N’en est-on pas particulièrement proche ? « Nous en sommes là », répondait déjà Ripert, sans ciller, dans *Le déclin du droit*²⁰⁸⁵.

²⁰⁷⁸ Ce serait ainsi et par exemple, pour la responsabilité civile, une demande de droit spécial pour les accidents de la circulation qui a motivé le revirement temporaire initié par le célèbre arrêt *Desmares* (Civ. 2^e, 21 juill. 1982, n° 81-12.850, *Bull. civ.* II, n° 111), et qui a incité le législateur à édicter la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985. V. aussi les *Rapports annuels* de la Cour de cassation.

²⁰⁷⁹ Trois illustrations : pour les successions, l’on a pu s’interroger sur l’opportunité de la création d’une règle spéciale de dévolution pour les animaux de compagnie (M. Nicod, note sous CA Paris, 15 sept. 2005, *D.* 2005, p. 2918 s., spéc. n° 3) ; pour la responsabilité du fait des choses, certains estiment que « l’adoption d’un régime spécial [...] serait souhaitable » pour les « accidents de transport ferroviaire » (J.-S. Borghetti, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD civ.* 2010, p. 1 s., spéc. n° 21) ; v. déjà, pour le nantissement de police d’assurance vie, J. Flour, « La mise en gage des polices d’assurance sur la vie », *RGAT* 1935 p. 702 s., spéc. n° 2, p. 704. La proposition d’ériger un « droit commun de la responsabilité civile en droit des affaires » (A. Ballot-Léna, *La responsabilité civile en droit des affaires - Des régimes spéciaux vers un droit commun*, LGDJ, 2008) participe du même mouvement : elle milite pour la création d’un nouveau palier intermédiaire de règles de responsabilité civile. *Adde*, pour le même constat de cette « passion » relativement au droit des contrats, É. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, 1997, n° 127, qui évoque « l’attrait des auteurs modernes pour les solutions et les règles spéciales » (entendues dans un sens matériel). Oppetit y voyait la manifestation d’une « régression certaine » (« L’apparition de tendances régressives », in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 113 s., spéc. p. 116).

²⁰⁸⁰ N. Bobbio, « Des critères pour résoudre les antinomies », in *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, Bruylant-LGDJ, 1998, p. 89 s., spéc. p. 97. L’auteur tempère néanmoins son propos, lorsqu’il écrit plus loin : « ceci n’empêche pas qu’on puisse considérer comme progrès de la justice le passage inverse, de l’exception à la loi générale, au cas où l’on y voie le passage du privilège à l’abolition du privilège » (p. 99).

²⁰⁸¹ M. Mekki, « L’influence normative des groupes d’intérêt : force vive ou force subversive ? Identification », *JCP G* 2009, 370, spéc. n° 9 ; C. Pérès, « L’intérêt général et les lois restrictives des responsabilités », in *Mélanges G. Viney*, 2008, p. 805 s., spéc. n° 2, p. 807.

²⁰⁸² P. Leroy-Beaulieu, « Le privilège et la législation spéciale à propos des habitations populaires », *l’Économiste français* du 9 juillet 1892, cité par A. Colin, « Le droit de succession dans le Code civil », *Livre du centenaire*, rééd. Dalloz, 2004, p. 318.

²⁰⁸³ J. Domat, *Traité des loix*, chap. 12, n° 16, in *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Bailly, 1777, p. XXV.

²⁰⁸⁴ E.-J. Sieyès, *Essai sur les privilèges* (1788), in *Essai sur les privilèges et autres textes*, Dalloz, 2007, p. 22. Dans le même sens : G. Dupuis, *Les privilèges de l’administration*, thèse Paris, 1962, n° 3, p. 10 et n° 413, p. 581. V. déjà J. Domat, *Le droit public*, Bailly, rééd. 1777, livre I, titre II, sect. II, n° 7 : les privilèges « ne sont autre chose que des exceptions de règles communes en faveur de quelques personnes ». Rapp. R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui*, 2^e éd., Dalloz, 1952, n° 309 s. ; J. Léauté, *Les éclipses et les renaissances d’institutions en droit civil français*,

667. **Plan.** L'ampleur du phénomène peut être mesurée et appréciée. Il pourra être constaté qu'en fonction des institutions, le degré de prolifération des règles spéciales matérielles varie : certaines sont étouffées par la prolifération presque sans limite des règles spéciales matérielles, d'autres en sont plus épargnées (Chapitre I). Ces nouvelles *tendances contraires* mettent en évidence que l'état actuel du droit n'est pas pleinement satisfaisant ; dès lors, ne peut-on envisager son amélioration, à travers la question des justifications des règles spéciales matérielles (Chapitre II) ?

thèse Paris, 1946, p. 101 s. ; J. Chevallier, « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs* n° 46, 1988, p. 57 s. V., en effet, la définition des privilèges donnée pour l'Ancien Régime : « dans la société d'Ancien Régime, à cause de sa structure juridiquement inégalitaire, chacun est privilégié car chacun appartient à une communauté particulière à laquelle sont attachés des droits singuliers » (*Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, V° « Privilège », par F. Saint-Bonnet, Lamy-PUF, 2003, p. 1209 s., spéc. p. 1209) ; à partir du XVI^e siècle, le privilège est considéré comme « une *exception* au droit commun, une dérogation préférentielle à une loi censée s'adresser également à tous » (*ibid.*, p. 1212) ; en droit contemporain, le privilège reste perçu comme « un droit exceptionnel par rapport au droit commun » (*ibid.*, p. 1209 ; l'auteur nuance cependant ce rapprochement, en affirmant que les règles particulières « ne sont plus regardées comme des privilèges car la *lex* contemporaine ne saurait être *privata* même si le *ius* de certains est parfois *singulare* » [p. 1212]). Dans le même sens, pour la responsabilité civile, v. C. Pérès, « Intérêt général et lois restrictives de responsabilité civile », in *Mélanges G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 805 s., spéc. n° 3, p. 809. Pour ce rapprochement en droit anglais, *adde* J. Bentham, *Of laws in general*, par H. L. A. Hart, Londres, Athlone, 1970, chap. 9, n° 2, p. 77.

²⁰⁸⁵ « C'était bien la peine de signaler avec ironie dans les manuels d'histoire qu'à la veille de la grande Révolution les métiers jurés défendaient jalousement leurs privilèges, tailleurs d'habits contre fripiers, serruriers contre maréchaux, couturiers contre doubletters, pâtisseries contre gâtelières. Nous en sommes là » (G. Ripert, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, réimpr. 1998, n° 23, p. 76 – se référant à F. Olivier-Martin, *L'organisation corporative de la France d'Ancien Régime*, 1938, p. 162 s.).

Chapitre I – Recension des règles spéciales matérielles

668. **Plan.** Alors que certaines institutions sont noyées sous le flot des règles spéciales matérielles (Section I), d’autres en sont relativement préservées (Section II).

Section I – Le pullulement des règles spéciales matérielles

669. **Prolifération des règles spéciales matérielles.** Certaines institutions sont envahies par les règles spéciales matérielles. La question pourrait probablement faire l’objet d’une étude à elle seule et les institutions étudiées ici en exemple sont loin d’être les seules concernées²⁰⁸⁶ ; le phénomène participe de l’inflation normative souvent dénoncée²⁰⁸⁷. Le phénomène cache d’ailleurs la prolifération de règles de degrés de spécialité différents : les règles spéciales sont susceptibles de degrés, de paliers²⁰⁸⁸ ; elles sont plus ou moins générales, plus ou moins spéciales, dans leur domaine d’application *ratione materiae* et *personae*²⁰⁸⁹ – il existe des règles spéciales et des règles très spéciales²⁰⁹⁰. Leur inventaire est nécessairement incomplet.

²⁰⁸⁶ 1) Par exemple, le contrat est, lui aussi, rongé par de multiples règles spéciales. V. not. C. Goldie-Genicon, *Contribution à l’étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, spéc. p. 107 s. ; F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., 2011 : les contrats « se spécialisent » (n° 1), et ce mouvement « du droit du contrat au droit des contrats très spéciaux » (n° 5) est une tendance majeure. V. aussi P.-H. Antonmattei et J. Raynard, *Droit civil - Contrat spéciaux*, 7^e éd., LexisNexis, 2013, n° 8. *Adde* S. Gerry-Vernières, *Les « petites » sources du droit*, *Economica*, 2012, n° 379.

2) Pour le constat de la prolifération des règles spéciales matérielles de responsabilité civile, v. L. Clerc-Renaud, *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, thèse Chambéry, 2006, not. n°s 1 et 10 ; M. Poumarède, « Les régimes particuliers de responsabilité civile, ces oubliés de l’avant-projet Catala », *D.* 2006, p. 2420 s., spéc. p. 2421 (qui évoque « l’amoncellement » des régimes spéciaux) ; S. Mauclair, *Recherche sur l’articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse Orléans, 2011, spéc. n° 1 ; J. Traullé, *L’éviction de l’article 1382 du code civil en matière extracontractuelle*, LGDJ, 2007, spéc. n°s 1-2 ; F. Leduc, « L’œuvre du législateur moderne : vices et vertus des régimes spéciaux », *RCA* juin 2001, n° 6 *bis*, p. 50 s. ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 673.

3) V. encore le débat de société provoqué par la question des régimes spéciaux de retraite. V. déjà T. Tauran, *Contribution à l’étude des régimes spéciaux de sécurité sociale*, thèse Bordeaux IV, 1996, et *Les régimes spéciaux de sécurité sociale*, PUF, « Que sais-je ? », 2000. Sur l’organisation du système et la place des régimes spéciaux, v. J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto et R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, 17^e éd., Dalloz, 2011, n° 411 s. et n° 1252 s.

4) Pour les entreprises en difficulté, v. not. C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Montchrestien, 2010, n° 62 s. ; M. Jeantin et P. Le Cannu, *Entreprises en difficulté*, 7^e éd., Dalloz, 2006, n° 185.

²⁰⁸⁷ V. par ex. N. Rouland, *Aux confins du droit*, Odile Jacob, 1991, p. 227 : c’« est une raison de la multiplication contemporaine des normes ». Rapp. L. Leveneur, « Le Code civil, cadre normatif concurrenté », in *Le Code civil, une leçon de légistique ?*, dir. B. Saintourens, *Economica*, 2006, p. 123 s., *passim*. *Adde* C. Thibierge et al., *La densification normative*, Mare et Martin, 2013.

²⁰⁸⁸ Un auteur a pu qualifier le phénomène de « droit en escalier » (N. Delegove, *Le droit commun et le droit spécial*, thèse Paris II, 2011, n° 183 s.). Pour le même constat à propos des règles spéciales territoriales, v. *supra*, n° 368.

²⁰⁸⁹ Par exemple, si les règles relatives au nantissement de créance (articles 2356 s. du code civil) et celles relatives au nantissement de créances professionnelles (dit « Dailly », articles L. 313-23 s. du code monétaire et financier) sont toutes deux matériellement spéciales par rapport au nantissement de droits incorporels, les secondes le sont plus que les premières. Il en est de même, pour la prescription extinctive, notamment avec les articles 321 (droit spécial) et 333 (droit très spécial) du code civil.

²⁰⁹⁰ La distinction est devenue classique pour les contrats : la doctrine y distingue entre « contrats spéciaux » et « contrats très spéciaux » (not. Ph. Rémy, « La jurisprudence des contrats spéciaux - Quarante ans de chronique à la *Revue trimestrielle de droit civil* », in *L’évolution contemporaine du droit des contrats*, Poitiers, PUF, 1986, p. 103 s., spéc. p. 110 ; *adde* F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., 2011, n° 5 [et n° 9, où les auteurs évoquent des « règles générales applicables aux contrats spéciaux eux-mêmes »]). Le phénomène est considéré

670. **Plan.** Certaines peuvent être présentées, à travers l'étude de règles spéciales matérielles exceptionnelles, c'est-à-dire dérogoires à la solution posée par la règle de droit commun (§ I), et de règles spéciales matérielles non exceptionnelles, c'est-à-dire non dérogoires à la solution posée par une règle de droit commun (§ II)²⁰⁹¹.

§ I – Les règles spéciales matérielles exceptionnelles

671. **Plan.** Parmi les règles spéciales matérielles, les règles qui posent une solution dérogoire à celle du droit commun paraissent les plus nombreuses²⁰⁹². Il est en effet logique, pour l'auteur d'une règle spéciale, d'établir cette règle en réaction à la solution de droit commun et d'y poser une solution différente. Pour de nombreuses institutions, « notre droit positif multiplie les statuts dérogoires au droit commun » et « découpe le corps social en diverses catégories recevant des traitements juridiques différents »²⁰⁹³. Les exemples des sûretés personnelles et réelles mobilières (A) et de la prescription extinctive (B)²⁰⁹⁴ seront développés.

comme en expansion : J. Huet et *al.*, *Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd., LGDJ, 2012, n° 6, p. 15 ; C. Goldie-Genicon, *op. et loc. cit.*

²⁰⁹¹ Sur la typologie des règles spéciales, v. *supra*, n° 163. Cette présentation implique qu'il existe, sinon une règle de droit commun matériel (par exemple, l'article 2348 du code civil qui admet le pacte comissoire en droit commun du gage), du moins une règle très générale s'en rapprochant pour servir de point de comparaison (par exemple, celle de l'article 2224 du code civil pour la prescription extinctive) ; faute de cela, on ne peut pas prendre parti sur le caractère exceptionnel ou non d'une règle spéciale. À ce titre, l'opportunité de traiter ici de l'hypothèque peut être discutée : on l'a vu, l'existence même d'un droit commun matériel de l'hypothèque peut faire débat, car les articles qui y sont consacrés par le code civil ne concernent que l'hypothèque immobilière ; or, il ne s'agit que d'un type d'hypothèque, celle-ci pouvant également concerner les meubles. Si bien que toutes les règles relatives aux hypothèques seraient matériellement spéciales (v. *supra*, n° 548 et la note). Il n'en est pas moins certain que le droit positif régleme un certain nombre d'hypothèques à objet spécifique, mobilières (hypothèque fluviale, réglemeée par les articles L. 4122-1 et suivants du code des transports, hypothèque des aéronefs, réglemeée par les articles L. 6122-1 et suivants du même code, hypothèque maritime, régie par les articles 241 et suivants du code des douanes, auquel renvoie l'article L. 5114-6 du code des transports et reconnue par l'article 2399 du code civil, etc. [v. par ex. *Rép. civ.* Dalloz, V° « Sûretés », par D. Legeais, 2006, n° 67]) ou immobilières (notamment le « prêt viager hypothécaire », c'est-à-dire le prêt immobilier garanti par une hypothèque immobilière, réglemeé aux articles L. 314-1 et suivants du code de la consommation).

²⁰⁹² Rappr. A. Holleaux, « La fin des règles générales », *Bull. LAP* 1976, p. 419 s., spéc. n° 5, p. 425 : « La forme la plus courante d'écart est la dérogoire ».

²⁰⁹³ N. Rouland, *Aux confins du droit*, Odile Jacob, 1991, p. 227 (pour les deux dernières citations).

²⁰⁹⁴ Pour les mesures de protection des majeurs, les règles spéciales matérielles sont nombreuses également (V. Mikalef-Toudic et A. Cermolacce, « Catégorie de personnes et capacité », in *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil*, Economica, 2006, p. 41 s., spéc. p. 45 pour le constat et p. 53 pour une critique). Peut-être même ces règles participeraient-elles de la *nature* de l'institution (mais non de son essence ; à l'inverse du modèle français, d'autres systèmes juridiques fonctionnent sur la base d'une mesure de protection unique, qu'il revient au juge d'adapter au gré des situations individuelles concrètes : v. par ex. le système allemand, dans lequel il n'existe qu'une seule mesure de protection, l'assistance [*Betreuung*] « à la carte » [v. T. Verheyde, « La nouvelle loi allemande en matière de tutelle des majeurs : un modèle pour une éventuelle réforme du droit français ? », *JCP N* 1993, 1, p. 396 s.]), organisée en trois régimes de protection différents, allant du moins protecteur au plus protecteur : depuis la loi du 3 janvier 1968, sauvegarde de justice, curatelle, tutelle. Pour autant, ces règles apparaissent largement comme des règles spéciales d'*application* du droit commun, organisé sous forme de principes directeurs : elles n'y sont donc pas *dérogoires*, mais en constituent un prolongement (v. *infra*, n° 697 s.).

A. Les sûretés personnelles, réelles mobilières et réelles immobilières non conventionnelles

672. **Une spécialité rampante.** Le phénomène atteint incontestablement le droit des sûretés, personnelles – le cautionnement tout particulièrement –, comme réelles²⁰⁹⁵. C'est ce qu'exprime la doctrine lorsqu'elle indique que le régime de la plupart des sûretés est « éclaté »²⁰⁹⁶, constate la « multiplication des régimes spéciaux »²⁰⁹⁷ et dépeint une « mosaïque de sûretés »²⁰⁹⁸ : sûretés spéciales à objet spécifique qui n'existent pas dans la typologie du code civil – tel est le cas des warrants – ou simples règles spéciales applicables à des hypothèses particulières de sûretés existantes dans ce code – tel est le cas du cautionnement souscrit par une personne physique au profit d'un établissement de crédit, ou des multiples gages ou nantissements à objet spécifique –²⁰⁹⁹ ou à des garants particuliers²¹⁰⁰, les règles spéciales matérielles ne manquent pas²¹⁰¹. Le droit des sûretés a tendance à l'ultra-spécialisation, à la « balkanisation »²¹⁰², ce qui est aussi souvent relevé²¹⁰³ que déploré²¹⁰⁴. Le phénomène apparaîtrait même en progression²¹⁰⁵ : ainsi que le relevait le professeur Crocq, « il n'est guère d'années où le législateur ne crée de nouveaux privilèges, ou de nouveaux gages, soit pour répondre aux besoins d'une catégorie particulière de

²⁰⁹⁵ Pour le même constat, évoquant la tendance du droit des sûretés à se multiplier, v. L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés*, 7^e éd., Paris LGDJ, 2013, n° 17.

²⁰⁹⁶ *Rép. civ.* Dalloz, V° « Sûretés », par D. Legeais, 2006, n° 4.

²⁰⁹⁷ Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2^e éd., PUF, 2011, n° 12, p. 14.

²⁰⁹⁸ J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Droit spécial des sûretés réelles*, 1^{re} éd., LGDJ, 1996, n° 542.

²⁰⁹⁹ Rapp. Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2^e éd., PUF, 2011, n° 18, p. 24, qui oppose certaines règles du code de commerce, qui régit des sûretés spéciales comme « le warrant de marchandises, le warrant hôtelier et le warrant pétrolier », aux règles contenues dans le code de la consommation, lequel code « ne crée pas de sûretés particulières, à la différence du Code de commerce, mais bouleverse le régime juridique de certaines sûretés ».

²¹⁰⁰ Par exemple, l'article 1387-1 du code civil ne vise que le garant divorcé. La doctrine n'a pas fait à ce texte un triomphe romain. V., entre autres études au titre suggestif : P. Crocq, « Les bons sentiments ne font pas les bons textes (à propos du nouvel article 1387-1 du code civil) », *D.* 2005, p. 2025 s. ; V. Larribau-Terneyre, « “Le créancier se trouva fort dépourvu quand le divorce fut venu”... Ou le nouvel article 1387-1 du code civil », *Dr. fam.* oct. 2005, étude 21 ; S. Piedelièvre, « Le nouvel article 1387-1 du code civil (ou de l'utilisation d'un pavé par un ours) », *D.* 2005, p. 2138 s.

²¹⁰¹ Le phénomène ne semble, au demeurant, pas propre au droit français : v. déjà V. J. Auger, « Rapport général (les sûretés réelles) », in *Les garanties de financement, Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 47, LGDJ, 1996, p. 41 s., spéc. p. 43 (« Systématiquement, tous les rapporteurs nationaux ont souligné que ce que l'on peut appeler les “lois spéciales” jouent un rôle significatif en matière de sûretés réelles, particulièrement de sûretés réelles mobilières », phénomène « qualifi[é] parfois d'interventionnisme normatif débordant »), et les divers rapports nationaux.

²¹⁰² D. Legeais, « La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz, 2006, p. 367 s., spéc. n° 10.

²¹⁰³ V. par ex. L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés*, 7^e éd., LGDJ, 2013, n° 13 : « comme dans le droit des contrats spéciaux, on assiste à une floraison de sûretés nouvelles, d'abord variété d'une sûreté nommée, puis prenant à l'égard du modèle de plus en plus de liberté pour acquérir un régime spécifique » et, en note, « ex. : variété de gage : le gage sans dépossession ; variété de gage sans dépossession : le nantissement des créances ; variété de nantissement des créances : le nantissement de police d'assurance-vie ».

²¹⁰⁴ V. par ex. D. Legeais, V° « Sûretés », in *Rép. civ.* Dalloz, 2006, n° 4 (« Certes, la plupart des sûretés sont aujourd'hui intégrées dans le code civil, mais beaucoup ont leurs sièges dans divers codes. De nombreuses sûretés figurent dans le code de commerce et le code monétaire et financier. Le régime de certaines sûretés est éclaté. Le droit du cautionnement a ainsi son siège dans le code civil et le code de la consommation ») ; P. Crocq, « L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité », in *Mélanges C. Mouly*, t. 2, Litec, 1998, p. 317 s., spéc. n° 15 (le droit spécial matériel des sûretés foisonne, peut-être « au point de faire perdre sa logique au droit du crédit »).

²¹⁰⁵ Dans le même sens, pour le gage : V. Larribau-Terneyre, « La pluralité de régimes du gage », *RLDA* mars 2007, n° 14, étude 851, p. 73 s., spéc. III.

sujets de droit, soit afin de prendre en compte l'apparition de nouvelles formes de richesses »²¹⁰⁶. Si la courbe a pu ralentir après la réforme de 2006, le foisonnement de règles spéciales ne semble pas près de se tarir pour autant. Certains auteurs continuent de dénoncer le caractère inadapté des règles de droit commun pour telle ou telle question, et de militer pour l'édiction de nouvelles règles spéciales²¹⁰⁷. En outre, bien que la commission Grimaldi ait fortement stigmatisé, dans son rapport, l'éclatement du droit des sûretés, l'ordonnance du 23 mars 2006 n'a pas véritablement cherché à abroger les règles spéciales matérielles²¹⁰⁸.

673. **Plan.** Peuvent être développées des illustrations relatives au cautionnement (1), au gage (2), au nantissement (3) et aux privilèges (4).

1. Le cautionnement

674. **Propos généraux.** Les règles spéciales exceptionnelles relatives au cautionnement prolifèrent. Son droit commun matériel est confronté à un « débordement expansionniste » des règles spéciales²¹⁰⁹. L'énumération pourrait être longue²¹¹⁰ ; un exemple sera développé.

675. **Exemple des obligations d'information.** La question des multiples obligations d'information au bénéfice de certaines cautions illustre le propos. Si aucune règle de

²¹⁰⁶ P. Crocq, « L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité », in *Mélanges C. Monby*, t. 2, Litec, 1998, p. 317 s., spéc. n° 4.

²¹⁰⁷ Par exemple, pour les sûretés sur propriétés intellectuelles, v. N. Martial, « Le droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles à l'aune de la réforme du droit des sûretés », in *Propriété intellectuelle et droit commun*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, p. 307 s., spéc. p. 326 s. V. déjà, pour le nantissement de police d'assurance-vie, les propos de J. Flour, qui estimait que ses « caractères sont trop particuliers pour que les principes habituels puissent lui être, purement et simplement, transposés » (« La mise en gage des polices d'assurance sur la vie », *RGAT* 1935 p. 702 s., spéc. n° 2, p. 704).

²¹⁰⁸ Sur ce point, v. M. Grimaldi, « Orientations générales de la réforme », *Dr. et patr.* n° 140, sept. 2005, p. 50 s., spéc. p. 52. Tout au plus l'auteur indique-t-il que les règles spéciales subsistantes devraient être interprétées par référence aux nouvelles règles « de droit commun ».

²¹⁰⁹ C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 86 (pour l'idée) et n° 87 (pour l'expression). Nombreux sont les auteurs à voir dans ce phénomène une « difficulté » (Ph. Simler, « Codifier ou recodifier le droit des sûretés personnelles ? », in *Le Code civil 1804-2004 - Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 373 s., spéc. p. 374) qui agite le droit contemporain du cautionnement, dans la mesure où « ce droit spécial laisse peu de place au cautionnement du droit commun » (Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2^e éd., PUF, 2011, n° 18, p. 24). Le cautionnement serait ainsi « condamné à demeurer éclaté en une multitude de régimes spéciaux » (D. Legeais, « La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz, 2006, p. 367 s., spéc. n° 16).

²¹¹⁰ Le phénomène pourrait probablement appeler une étude à lui seul.

1) *Addé*, par ex., la question de la proportionnalité du cautionnement, exigence restant matériellement et personnellement spéciale (v. la lettre de l'article L. 341-4 du code de la consommation) et complexe. Sur la question en général, v. *Rép. civ.* Dalloz, V° « Cautionnement », par G. Piette, 2009, n° 89 ; P. Crocq, « Sûretés et proportionnalité », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 291 s. ; N. Molfessis, « Le principe de proportionnalité en matière de garanties », *Banque et droit* n° 71, mai-juin 2000, p. 4 s.

2) Plus généralement, v. les multiples règles spéciales applicables aux seules cautions personnes physiques (notamment, l'article 2301 du code civil, ou un certain nombre de textes du livre VI du code de commerce), ou l'article 2319 du code civil, qui interdit à la seule caution judiciaire de se prévaloir du bénéfice de discussion, c'est-à-dire d'exiger du créancier qu'il poursuive d'abord le débiteur principal, ou encore l'article 22-1 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs vise le seul cautionnement demandé par un bailleur dans le cadre d'un bail d'habitation, qui limite les hypothèses dans lesquelles celui-ci peut exiger un cautionnement, etc.

droit commun matériel du cautionnement n'impose une obligation générale d'information au créancier²¹¹¹, le droit positif connaît en revanche une multiplicité de textes spéciaux *ratione materiae* ou *personae* sur cette question²¹¹². Par exemple, l'article L. 313-9 du code de la consommation, qui impose au créancier d'informer de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement caractérisé, vise la seule caution personne physique qui s'est portée caution d'une opération de crédit à la consommation ou de crédit immobilier réglementée par le code, et le seul créancier professionnel. L'article L. 341-1 du même code, très proche quant au contenu de l'obligation d'information imposée au créancier, vise également la seule personne physique et le créancier professionnel, quel que soit l'objet de l'engagement principal. Quant à l'article L. 313-22 du code monétaire et financier, qui impose au créancier d'informer annuellement la caution de l'étendue de son engagement ainsi que de la faculté qu'il a de le dénoncer s'il est à durée indéterminée, il vise bien toute caution, mais est limité aux créanciers établissements de crédit ayant accordé leur concours financier à une entreprise. Et l'article 2293, alinéa 2, du code civil, impose au créancier d'informer la caution de l'évolution du montant de la créance garantie, mais il ne vise que le cautionnement indéfini contracté par une personne physique. L'inventaire n'est pas complet²¹¹³, mais déjà il est impressionnant : parmi tous ces textes spéciaux exceptionnels, très proches les uns des autres, pas deux n'ont un domaine d'application ou un contenu semblables²¹¹⁴ ; cette situation est à l'unisson jugée détestable par la doctrine²¹¹⁵. Pourquoi tant de complexité ? Peut-on y voir autre chose que le révélateur d'un empirisme législatif non médité, tenant à l'amoncellement et la superposition, méthode critiquable par essence²¹¹⁶ ?

2. Le gage

676. **Règles spéciales systématiques : gages spéciaux nommés.** L'exemple du gage est également éclairant. Il existe « beaucoup » d'exemples de gage spécial exceptionnel,

²¹¹¹ En ce sens, v. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés - La publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 152, et les références citées.

²¹¹² Sans entrer dans le détail de la variété des informations dues et des sanctions prévues, c'est le domaine d'application *ratione materiae* et *personae* des textes concernés qui retiendra ici l'attention.

²¹¹³ Ainsi, par exemple, l'article L. 341-6 du code de la consommation, dont la rédaction est très proche de celle de l'article L. 313-22 précité, vise le créancier professionnel et la caution personne physique. Pour d'autres illustrations, v. not. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés - La publicité foncière*, 5^e éd., Dalloz, 2009, n° 153 s.

²¹¹⁴ Rapp. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés - La publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 168. Au-delà d'ailleurs de ces textes qui visent le seul cautionnement, d'autres imposent une obligation d'information plus largement à propos de toute sûreté, par exemple dans le cadre de tout concours financier consenti par un établissement de crédit à un entrepreneur individuel pour les besoins de son activité professionnelle : v. l'article L. 313-21 du code monétaire et financier ; la complexité n'est donc pas limitée au cautionnement.

²¹¹⁵ V. par ex. *Rép. civ.* Dalloz, V^o « Cautionnement », par G. Piette, 2009, n° 127 (« Il est aisé de constater que les obligations d'information de la caution se sont amoncelées au fil du temps, dispersées au gré des codes et des textes non codifiés. Sur ce point, une simplification est plus que souhaitable ») ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés - La publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 168 ; Ph. Simler, « Codifier ou recodifier le droit des sûretés personnelles ? », in *Le Code civil 1804-2004 - Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 373 s., spéc. p. 386 (le droit positif est constitué d'un détestable « maquis de dispositions ayant la même finalité et le même objet, dont les champs d'application se recourent largement, sans être identiques ») ; A.-S. Barthez, « Désordre dans les sources du contrat de cautionnement : l'exemple de l'information de la caution », *RDC* 2008, p. 587 s. V. déjà P. Crocq, « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », in *Mélanges M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 349 s., spéc. n° 17 s.

²¹¹⁶ Sur ce point, v. *infra*, n° 751 s.

entendu comme « celui dont le régime échappe en tout ou en partie aux articles 2333 à 2350 du Code civil »²¹¹⁷ ; ces gages comportent un certain nombre de dérogations au droit commun matériel²¹¹⁸. Par exemple : le gage sur véhicule automobile, réglementé par les articles 2351 et suivants du code civil, qui déroge notamment aux règles de droit commun matériel quant aux conditions d'opposabilité²¹¹⁹ ; le gage de stocks, réglementé aux articles L. 527-1 et suivants du code de commerce, où est interdit le pacte comissoire, contrairement au droit commun²¹²⁰ ; le gage commercial, régi par les articles L. 521-1 et suivants du code de commerce, qui permet notamment au créancier, par dérogation au droit commun, de procéder lui-même à la vente publique des biens à défaut de paiement à l'échéance. D'autres exemples pourraient être développés parmi la multitude de gages portant sur des objets spécifiquement déterminés²¹²¹.

677. **Règles spéciales uniques.** Au-delà de ces gages spéciaux nommés, le droit positif connaît des règles spéciales matérielles uniques, ponctuelles, également dérogatoires au droit commun. Notamment, l'article L. 311-23 du code de la consommation interdit le pacte comissoire dans le cas où un gage garantit le remboursement d'un crédit à la consommation ; cette règle déroge à l'article 2348 du code civil. De même, les caisses de crédit municipal peuvent, en cas de non-remboursement d'un prêt à l'échéance, faire vendre aux enchères publiques l'objet du gage dont elles bénéficient selon une procédure dérogatoire au droit commun matériel : c'est ce que prévoient les articles D. 514-14 et suivants du code monétaire et financier.

²¹¹⁷ L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés*, 7^e éd., LGDJ, 2013, n° 517 (pour les deux dernières citations) ; sous la réserve, cependant, de quelques dispositions (telles celles concernant les seules choses fongibles : v. *supra*, n° 505). V. aussi, pour le code de commerce, Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2^e éd., PUF, 2011, n° 18, p. 24, qui relève que le seul titre II du livre V contient « un certain nombre de dispositions qui dérogent au droit commun du gage : dispositions générales sur le warrant de marchandises, le warrant hôtelier et le warrant pétrolier, le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement, sans oublier le nouveau gage des stocks ». *Adde* V. Larribau-Terneyre, « La pluralité de régimes du gage », *RLDA* mars 2007, n° 14, étude 851, p. 73 s., spéc. III.

²¹¹⁸ Certaines règles de ces « régimes spéciaux » ne sont cependant que la reproduction de règles de droit commun matériel du gage. Par exemple, certains gages spéciaux matériellement dérogeaient au droit commun matériel du gage en ce qu'ils n'exigeaient pas l'enregistrement de l'écrit ; il en était ainsi de certains warrants (v. not. *Rép. civ.* Dalloz, *V°* « Gage », par P. Crocq, 2007, n° 10). L'ordonnance du 23 mars 2006 a aligné le droit commun du gage sur ces régimes spéciaux : aux termes de l'article 2336 du code civil, l'écrit n'a plus à être enregistré pour sa validité. Sur le droit spécial matériel non exceptionnel, v. *infra*, n° 689 s.

²¹¹⁹ L'article 2351 du code civil prévoit que ce gage « est opposable aux tiers par la déclaration qui en est faite à l'autorité administrative ». Toutefois, « les dérogations apportées par ce droit spécial au droit commun » sont aujourd'hui plus « limitées » qu'auparavant (*Rép. civ.* Dalloz, *V°* « Gage », par P. Crocq, 2007, n° 3). V., estimant que les nouvelles dispositions du code civil ne seront en vigueur que lorsqu'aura été pris un décret d'application, E. Le Corre-Broly, « Le gage sur véhicule automobile source d'interrogations », *D.* 2014, p. 440 s., spéc. n° 10.

²¹²⁰ C'est l'article L. 527-2 du code de commerce. Pour le développement des règles dérogatoires au droit commun matériel du gage, v. S. Cabrillac, « Le gage sur stocks du Code de commerce », in *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, dir. S. Cabrillac, C. Albigès et C. Lisanti, Litec, 2007, p. 45 s., spéc. p. 47 s., qui développe les « spécificités » du gage de stocks, entendues comme « ce qui diffère du nouveau régime général ». V. aussi P. Bouteiller, « Le gage de stocks de biens ou de marchandises », *JCP E*, 2006, 1698.

²¹²¹ Par exemple : « nantissement » de matériel et d'outillage – lire « gage » –, régi par les articles L. 525-1 et suivants du code de commerce ; warrant hôtelier, régi par les articles L. 523-1 et suivants du code de commerce ; le warrant pétrolier, régi par les articles L. 524-1 du code de commerce ; warrant des magasins généraux, régi notamment par les articles L. 522-24 et suivants du code de commerce ; warrant agricole, régi par les articles L. 342-1 et suivants du code rural et de la pêche maritime, notamment le warrant sur les vins et alcools (en particulier l'article L. 342-8, alinéa 2) ; gage sur les choses fongibles, régi par les articles 2341 et suivants du code civil ; etc. V. aussi la section qui est consacrée aux « gages spéciaux » par L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés*, 7^e éd., LGDJ, 2013, n° 517 s.

3. Le nantissement

678. **Règles spéciales systématiques : nantissements spéciaux nommés.** Les règles spéciales matérielles relatives au nantissement sont nombreuses²¹²² : l'institution est rongée par le phénomène et la technique de la législation « au coup par coup plutôt que d'une manière générale »²¹²³ est dénoncée²¹²⁴ ; si bien que l'on a pu se demander s'il ne s'agissait pas nécessairement d'une « sûreté d'un genre pluriel »²¹²⁵. Les nantissements spéciaux nommés prolifèrent. Ces régimes, qui portent sur un droit incorporel déterminé, comptent un certain nombre de règles dérogatoires aux règles qui font office de droit commun matériel du nantissement²¹²⁶. Ainsi en est-il du nantissement de créance, réglementé par les articles 2356 et suivants du code civil, qui déroge aux règles de droit commun matériel du nantissement en ce qu'il permet notamment de faire porter la sûreté sur une fraction de créance, ou prévoit des règles d'opposabilité spécifique au débiteur de la créance nantie²¹²⁷, ou du nantissement de créance professionnelle, dit « Dailly », régi par les articles L. 313-23 et suivants du code monétaire et financier, également dérogatoire sur les règles d'opposabilité au débiteur de la créance nantie. Ainsi en est-il, encore, du nantissement de fonds de commerce, régi par les articles L. 142-1 et suivants du code de commerce qui, en particulier, ne permet pas au créancier de se faire attribuer le fonds en paiement, ou du nantissement de police d'assurance-vie²¹²⁸, régi notamment par l'article L. 132-10 du code des assurances, dérogatoire au droit commun en ce qu'il doit tenir compte d'une éventuelle acceptation du bénéficiaire. Bien d'autres exemples pourraient encore être évoqués²¹²⁹.

²¹²² V. par ex., pour le même constat, G. Piette, « Le nantissement de meubles incorporels », *RLDA* mars 2007, n° 14, étude 584, p. 90 s., spéc. p. 91.

²¹²³ C. Juillet, « Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir », in *Mélanges C. Larroumet*, Economica, 2009, p. 241 s., spéc. n° 5.

²¹²⁴ La spécialité est, ici comme ailleurs, à plusieurs niveaux : si des règles dérogatoires au droit commun matériel du nantissement existent, elles ne sont pas les seules. Ainsi, notamment, un certain nombre de règles dérogatoires au droit commun matériel du nantissement *de créance* peut être recensé : par exemple, il se déduit de l'article 6, alinéa 6, de la loi n° 76-519 du 15 juin 1976, que le nantissement de créance hypothécaire ne peut être constitué que par un endossement constaté par acte notarié de la copie exécutoire à ordre de la créance ; la règle déroge assurément à celle posée par l'article 2356 du code civil, qui se contente d'exiger un écrit, quel qu'il soit, à peine de nullité. Et le même article 6 subordonne l'opposabilité aux tiers du nantissement d'une créance hypothécaire à des notifications faites par le notaire ; la règle est dérogatoire au droit commun matériel du nantissement de créance, posé sur ce point à l'article 2361 du code civil, qui n'exige pas de notification.

²¹²⁵ C. Lisanti, « Le nantissement des meubles incorporels : une sûreté d'un genre pluriel ? », in *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, dir. S. Cabrillac, C. Albigès et C. Lisanti, Litec, 2007, p. 53 s.

²¹²⁶ C'est-à-dire, principalement, aux règles auxquelles renvoie l'article 2355, alinéa 5, du code civil ; v. *supra*, n° 607 s.

²¹²⁷ Sur lequel v. partic. M. Julienne, *Le nantissement de créance*, Economica, 2012.

²¹²⁸ Sur lequel v. N. Leblond, « Le nantissement d'assurance vie réformé en catimini », *RCA* mars 2008, étude 3 ; v. déjà J. Flour, « La mise en gage des polices d'assurance sur la vie », *RGAT* 1935 p. 702 s.

²¹²⁹ Par exemple : « gage » (lire « nantissement ») des dessins et modèles, dont la constitution est régie par l'article R. 512-15 du code de la propriété intellectuelle ; « gage » (lire « nantissement ») d'une marque, régi par les articles L. 714-1 et L. 714-7 du code de la propriété intellectuelle ; articles L. 132-34 et suivants du code de la propriété intellectuelle, créés par une loi du 10 mai 1994, nantissement des droits d'exploitation des logiciels, régi par l'article L. 132-34 du code de la propriété intellectuelle ; nantissement de compte, régi par l'article 2360 du code civil ; nantissement de fonds artisanal, régi par l'article 22 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 et nantissement de fonds agricole, réglementé par l'article L. 311-3, alinéas 2 et 3, du code rural et de la pêche maritime, qui renvoient à la réglementation du nantissement de fonds de commerce ; nantissement de compte-titre, réglementé par l'article L. 211-20 du code monétaire et financier ; nantissement conventionnel des parts d'une société civile, régi par les articles 1866 et suivants du code civil ; nantissement de films cinématographiques, régi par les articles L. 123-1 et L. 124-1 du code du cinéma et de l'image animée ; nantissement de marché public, régi par les articles 106 et suivants

679. **Règles spéciales uniques.** Peuvent également être mentionnées des règles spéciales exceptionnelles uniques, ponctuelles, qui ne s'insèrent pas dans la réglementation d'un régime nommé. Par exemple, beaucoup de règles posent une solution dérogatoire aux termes généraux de l'article 2355 du code civil, qui fige le droit commun matériel quant aux droits susceptibles de nantissement. En effet, dans la mesure où cet article dispose, sans distinguer, que les « biens meubles incorporels » peuvent faire l'objet d'un nantissement, tout meuble incorporel pourrait en faire l'objet. Il y existe certaines exceptions : notamment, ne peuvent faire l'objet d'un nantissement les parts de sociétés d'avocats – article 13 du décret n° 92-680 du 20 juillet 1992 –, de commissaires-priseurs – article 19 du décret n° 92-1449 du 30 décembre 1992 –, de notaires – article 19 du décret n° 93-78 du 13 janvier 1993 –, de médecins – article 13 du décret n° 77-636 du 14 juin 1977 –, d'huissiers de justice – article 19 du décret n° 92-1448 du 30 décembre 1992 –, de greffiers des tribunaux de commerce – article 11 du décret n° 93-86 du 21 janvier 1993 –, ou d'avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation – article 14 du décret n° 78-380 du 15 mars 1978. De même, l'article R. 315-6 du code de la construction et de l'habitation dispose que les livrets d'épargne-logement ne peuvent faire l'objet d'un nantissement, règle dérogatoire aux termes généraux de l'article 2355 du code civil.

4. Les privilèges

680. **Les privilèges, nécessairement spéciaux.** L'exemple des privilèges apparaît topique. En effet, la source d'un privilège ne pouvant être que la loi, il ne peut être qu'une sûreté légale²¹³⁰. Il en résulte que, comme toute sûreté légale, tout privilège est nécessairement spécial dans son attribution²¹³¹ : son domaine d'application *ratione materiae* et *personae* est par essence limité à un droit de créance particulier et à la catégorie de créancier qui y est liée²¹³². En d'autres termes, lorsque le législateur édicte un privilège, il doit nécessairement sélectionner une catégorie de créances, et de créanciers, à privilégier. Un privilège est nécessairement *matériellement* spécial et

du code des marchés publics ; etc. V. par ex. C. Lisanti, « Le nantissement des meubles incorporels : une sûreté d'un genre pluriel ? », in *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, dir. S. Cabrillac, C. Albigès et C. Lisanti, Litec, 2007, p. 53 s., spéc. p. 57.

²¹³⁰ Notamment tiré de l'adage « pas de privilège sans texte », l'élément légal participe de la nature même de cette sûreté. Pour la jurisprudence, v. not. Civ. 2^e, 9 juill. 1996, n° 95-19.223, *Bull. civ.* II, n° 217 – Req. 18 mai 1831, *J.* 1831, 1, p. 221 s. Pour la doctrine, et entre autres références : N. Sempé, *Essai de contribution à une théorie générale des privilèges*, thèse Toulouse I, 1996, p. 18 et 20 (« tout privilège résulte de la loi ») ; M. Dagot, « La notion de privilège », in *Mélanges C. Mouly*, t. 2, Litec, 1998, p. 335 s., spéc. p. 338-339 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 12^e éd., Dalloz, 2008, obs. sous Req 18 mai 1831, n° 302, spéc. § 2. V. déjà P. Robino, *Les privilèges et autres causes de préférence sur les créances*, Sirey, 1950, p. 140 s.

²¹³¹ Contrairement, peut-être, à leur régime : par exemple, tous les privilèges, parce qu'ils sont des sûretés réelles, confèrent aux créanciers qui en bénéficient un droit de préférence ; ce pourrait être une règle de leur droit commun matériel. Ou encore, la loi dispose expressément que le privilège spécial mobilier prime le privilège général mobilier (article 2332-1 du code civil) ; ce pourrait être une règle de droit commun matériel pour les privilèges mobiliers.

²¹³² En effet, dans ce sens moderne, le privilège « est un avantage, une préférence, une priorité », et « reste une exception encadrée juridiquement contrevenant au principe d'égalité » (*Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Allard et S. Rials, V° « Privilège », par F. Saint-Bonnet, Lamy-PUF, 2003, p. 1209 s., spéc. p. 1210). V. aussi, dans le même sens, J. Léauté, *Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français*, thèse Paris, 1946, p. 102 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 12^e éd., Dalloz, 2008, obs. sous Req 18 mai 1831, n° 302, spéc. § 2. Rapp. M. Rouland, *La qualité de la créance*, thèse Paris X, 2007, n° 273 s., qui estime que les privilèges ont un « faible degré d'abstraction ».

déroge à l'égalité des créanciers déduite de l'article 2285 du code civil²¹³³. L'institution même, et la profusion de ses applications, démontrent la prolifération des règles spéciales matérielles.

681. **La profusion des privilèges.** Ces privilèges, généraux ou spéciaux²¹³⁴, pullulent. Dans le code civil, les articles 2331 et 2332 établissent une liste des privilèges mobiliers, et les articles 2374 et 2375 établissent une liste des privilèges immobiliers. Et de nombreux privilèges ont leur siège hors du code civil. Par exemple, l'article L. 133-7 du code de commerce édicte un privilège au bénéfice du transporteur sur la valeur des marchandises qui font l'objet de son obligation et sur les documents qui s'y rapportent ; l'article L. 611-11 du code de commerce institue un privilège de « *new money* », en vertu duquel en cas d'ouverture d'une procédure collective, « les personnes qui avaient consenti [...] un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité, sont payées, pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes les autres créances » selon un rang établi par la loi ; ou encore, l'article L. 243-4 du code de la sécurité sociale institue un privilège de la sécurité sociale pour le paiement des cotisations pendant un an. Les articles L. 4122-11 et suivants du code des transports instituent les privilèges fluviaux, les articles L. 5114-7 et suivants, les privilèges maritimes, et les articles L. 6122-16 et suivants, les privilèges aériens. De même, le code général des impôts accorde un certain nombre de privilèges au Trésor public sur les meubles des redevables : ainsi, l'article 1920 institue un privilège du Trésor « en matière de contributions directes et taxes assimilées », l'article 1926 institue un privilège du Trésor « pour le recouvrement des taxes sur le chiffre d'affaires et des taxes assimilées », l'article 1927 en fait de même pour les contributions indirectes, et l'article 1929 également pour les droits d'enregistrement. Quant à l'article 379 du code des douanes, il institue un privilège garantissant tous droits, confiscations et restitutions au profit de l'administration des douanes. Et l'on est encore loin du compte. Ce qu'il convient de relever ici est, après d'autres auteurs, la « prolifération »²¹³⁵ des privilèges, leur « pullulement »²¹³⁶ ; tant, d'ailleurs, qu'en « dresser la liste [...] est une tâche pratiquement impossible » et qu'en la matière, c'est « la pagaïe » qui règne sans partage²¹³⁷.

²¹³³ C'est la raison pour laquelle la référence parfois faite aux « privilèges de droit commun » (not. article 10 de la loi belge du 20 février 1991 sur les baux relatifs à la résidence principale du preneur modifiée) peut apparaître relativement étrange : elle contiendrait une contradiction dans les termes.

²¹³⁴ Tous les privilèges, qu'ils soient qualifiés de « généraux » ou de « spéciaux », restent des règles matériellement spéciales. La question de savoir si les privilèges étudiés sont « généraux » ou « spéciaux » ne doit pas être confondue avec celle du domaine d'application *ratione materiae* et *personae* (nécessairement, et par définition même, limité, donc spécial) des privilèges en fonction de la « qualité » d'une créance ou d'un créancier : dans le premier cas, il est fait référence à l'assiette du privilège ; la question est alors de savoir s'il porte sur tous les biens du débiteur, ou sur certains seulement (Rép. civ. Dalloz, *V*^o « Sûretés », par D. Legeais, 2006, n^o 46-47). En d'autres termes, n'est pas concerné le *domaine d'application* du privilège, mais son *objet* (c'est notamment ce qui justifie la solution consacrée à l'article 2332-1 du code civil, en vertu duquel « les privilèges spéciaux priment les privilèges généraux » : la solution emprunte à l'adage *specialia generalibus derogant* – ce qui fut reconnu dès Req. 20 mars 1849, *DP* 1849, 1, p. 250 s. ; *GAJC*, t. 2, 12^e éd., n^o 304 [v. aussi Com. 25 oct. 1976, n^o 75-10.654, *Bull. civ.* IV, n^o 267] –, mais a peu à voir avec la dialectique du droit commun et du droit spécial – puisqu'est concernée l'assiette des privilèges, et non leur domaine d'application).

²¹³⁵ Rép. civ. Dalloz, *V*^o « Privilèges généraux », par A. Fournier, 2009, n^o 13.

²¹³⁶ D. Houtcieff, « Le droit des sûretés hors le Code civil », *LPA* 22 juin 2005, p. 8 s., spéc. n^o 7. V. aussi Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés - La publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n^o 739.

²¹³⁷ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés - La publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n^o 739 (pour les deux dernières citations) ; v. aussi les références citées, et N. Sempé, *Essai de contribution à une théorie générale des privilèges*, thèse Toulouse I, 1996, p. 31. Rapp. Rép. civ. Dalloz, *V*^o « Privilèges généraux », par A. Fournier, 2009, n^o 13 (le « recensement exhaustif » des privilèges « se révèle hors de portée ») ; M. Dagot, « La notion de privilège », in

B. La prescription extinctive

682. **La prolifération des règles spéciales exceptionnelles.** C'est un Troplong plein d'optimisme qui apparaît dans son *Traité de la prescription* : « je ne suis pas si facile à admettre des dérogations »²¹³⁸ au droit commun de la prescription, écrit-il en substance. Quelle ne serait pas sa surprise à l'étude du droit contemporain ! Dans les traités classiques, l'essai d'inventaire des règles spéciales de prescription extinctive relève de l'exercice de style²¹³⁹. Elle est morcelée, éclatée par les règles spéciales²¹⁴⁰, phénomène que la doctrine fustige depuis longtemps²¹⁴¹ et qui n'a pas cessé avec la réforme de 2008. Le phénomène participe du « chaos » de l'institution²¹⁴². Cette dernière constitue un terrain d'étude privilégié²¹⁴³.

683. **Plan.** La prescription extinctive aurait suivi une « marche constante vers l'hétérogénéité »²¹⁴⁴. Les règles spéciales exceptionnelles peuvent figurer dans un régime spécial entier (1) ou dans des dispositions uniques ; parmi ces dernières, les règles les plus fréquentes concernent la durée et le point de départ du délai (2), même si d'autres règles spéciales existent, notamment quant aux causes d'interruption et de suspension du délai ou à l'office du juge (3).

1. Le régime entier

684. **Propos généraux et exemple de la prescription administrative.** Parfois, les règles spéciales de prescription extinctive s'inscrivent dans un régime entier. Une illustration

Mélanges C. Mouly, t. 2, Litec, 1998, p. 335 s., spéc. p. 348. L'administration fiscale elle-même ne confiait-elle pas ignorer le nombre exact de privilèges dont elle dispose ?

²¹³⁸ R.-T. Troplong, *De la prescription*, Hingray, 3^e éd., 1838, t. 1, n° 158, p. 233 (sous réserve d'une assimilation discutable entre droit commun et code civil – pour une critique, v. *supra*, n° 104 s.).

²¹³⁹ V. par ex. l'impressionnant et non exhaustif inventaire dressé par M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7 avec P. Esmein, 2^e éd., par J. Radouant et G. Gabolde, LGDJ, 1954, n° 1326 s., spéc. n° 1331 s. *Adde* B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil - Les obligations - Régime général*, Litec, 6^e éd., 1999, n° 376 : « depuis le milieu du XX^e siècle, le champ du droit commun de la prescription s'est amenuisé ; avec le développement des droits particuliers, on a vu apparaître des prescriptions spéciales propres à chaque matière ».

²¹⁴⁰ Pour des écrits antérieurs à la réforme réalisée par la loi du 17 juin 2008, v. not. A. Bénabent, « Le chaos du droit de la prescription extinctive », in *Mélanges L. Boyer*, PU Toulouse, 1996, p. 123 s. et « Sept clefs pour une réforme de la prescription extinctive », *D.* 2007, p. 1800 s. ; M. Béhar-Touchais, « Foisonnement des délais », in *Les désordres de la prescription*, PU Rouen, 2000, p. 7 s.

²¹⁴¹ Aux toutes fins du XIX^e siècle et de leur ouvrage, Baudry-Lacantinerie et Tissier s'évertuaient à recenser les « lois spéciales » en la matière (G. Baudry-Lacantinerie et A. Tissier, *De la prescription*, 1^{re} éd., Larose, 1895, p. 620). La tendance n'est d'ailleurs pas spécifiquement française (F. Ost, *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999, p. 133 ; pour le droit québécois, v. les articles 2923 et suivants du code civil du Québec, et les commentaires, dans Baudouin et Renaud, *Code civil du Québec annoté*, t. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 7^e éd., 2004, p. 3746 s. ; pour le droit italien, v. déjà A. Montel, « Considérations en matière de réforme de la prescription », *RTD civ.* 1936, p. 637 s., spéc. p. 639-640 [prescription extinctive et, plus étonnant, prescription acquisitive]).

²¹⁴² A. Bénabent, « Le chaos du droit de la prescription extinctive », in *Mélanges L. Boyer*, PU Toulouse, 1996, p. 123 s., spéc. p. 124 ; Ph. Malaurie, « La réforme de la prescription civile », *Deffrénois* 2008, p. 2029 s., spéc. n° 8, p. 2033 (« maintien du chaos »).

²¹⁴³ V. F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 s., spéc. p. 942-943.

²¹⁴⁴ J. Carbonnier, « Notes sur la prescription extinctive », *RTD civ.* 1952, p. 171 s., spéc. p. 180. L'auteur explique la formule retenue : « la codification de 1804 – encore que ce fût déjà une de ses parties les moins simples, et qui faisaient le plus de place aux inégalités de classe et de profession – s'est compliquée peu à peu, jusqu'à la confusion, sous l'afflux de lois spéciales, la tendance du législateur moderne étant trop souvent d'établir pour chaque institution nouvelle qu'il régleme une prescription extinctive (au même titre qu'une compétence procédurale) particulière ».

parmi d'autres²¹⁴⁵ : la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 « relative à la prescription des créances sur l'État, les départements, les communes et les établissements publics », contient un régime spécial de prescription extinctive relativement complet et dérogoire aux règles qui fixent le droit commun matériel ou y prétendent²¹⁴⁶. Par exemple, aux termes de l'article 1^{er} de la loi, les créances visées se prescrivent par quatre ans à compter du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle les droits ont été acquis ; aux termes de l'article 2, le délai est interrompu par toute réclamation écrite, ou par tout paiement même partiel ; l'article 2-1 prévoit que la durée de suspension ne peut être supérieure à six mois ; aux termes de l'article 6, les autorités administratives ne peuvent renoncer à la prescription acquise. Autant de règles dérogoires au droit commun matériel de la prescription extinctive.

2. Le délai : durée et point de départ

685. **Propos généraux.** Les règles spéciales matérielles relatives aux délais²¹⁴⁷ sont, de loin, les plus nombreuses ; elles sont aussi les mieux connues et il est devenu classique de dénoncer leur « foisonnement »²¹⁴⁸. Ainsi des commentaires qui constatent que « l'éclatement de la prescription en une multitude de délais particuliers semble bel et bien irrémédiablement consommé »²¹⁴⁹, ou que l'« empire [du délai de “droit commun”] demeure sérieusement écorné » par les délais spéciaux²¹⁵⁰. Ceux-ci sont si nombreux que rechercher l'exhaustivité apparaît vain. Carbonnier le relevait : « on ne saurait ici passer en revue toutes les prescriptions exceptionnelles.

²¹⁴⁵ Aurait pu être développé, en outre, l'exemple de la prescription de l'infraction (« action publique ») et de la peine. Elles sont des prescriptions extinctives matériellement spéciales (v. not. R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, LGDJ, 1949, n° 37, p. 81 : les différences de règles applicables entre la prescription civile et la prescription pénale « ne changent rien à la nature de la prescription », et il s'agirait bien de deux applications de la même institution ; simplement, le champ d'application de l'une apparaît indéfini, tandis que celui de l'autre est matériellement limité). Planiol estimait déjà, à propos de la prescription en matière pénale, que « ce droit exceptionnel se suffit à lui-même et il exclut toute application des règles communes » (obs. sous Req. 3 juin 1893, *DP* 1894, 1, p. 17 s., spéc. p. 18).

²¹⁴⁶ Sur la prescription extinctive en droit administratif, v. not. *Rép. contentieux administratif* Dalloz, V° « Prescription quadriennale », 2009, par É. Picard ; B. Plessix, « La réforme de la prescription en matière civile et le droit administratif », *RFDA* 2008, p. 1219 s. ; R. Rouquette, « Les prescriptions en droit administratif », *Dr. adm.* 2002, n°s 8-9, étude n° 15, p. 6 s.

²¹⁴⁷ Se retrouve ici la division selon les deux critères de spécialité déjà rencontrés : « parfois le critère de spécialité d'un délai est fondé sur la qualité de la personne [...], parfois, c'est la nature de l'acte qui est prise en compte » M. Mignot, « Aperçu critique de l'avant-projet de loi sur la prescription », *RRJ* 2007, n° 4, p. 1639 s., spéc. n° 33, p. 1653 (l'auteur ajoute que parfois, « il est difficile de savoir quel critère de spécialité l'emporte sur l'autre, faute de hiérarchie nette des critères »). Le critère est « *ratione personae* » ou « *ratione materiae* » (*ibid.*).

²¹⁴⁸ M. Béhar-Touchais, « Foisonnement des délais », in *Les désordres de la prescription*, dir. P. Courbe, PU Rouen, 2000, p. 7 s. Rapp. E. Bertrand, *L'esprit nouveau des lois civiles*, Economica, 1984, p. 33.

²¹⁴⁹ B. Fauvarque-Cosson et J. François, « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *D.* 2008, p. 2512 s., spéc. n° 15.

²¹⁵⁰ 1) V. déjà C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 12, par P. Esmein, 6^e éd., Librairies techniques, 1958, § 774, p. 441 s. Tenter de les recenser les délais est presque devenu un passage obligé (C. Brenner et H. Lécuyer, « La réforme de la prescription », *JCP E* 2009, 1169 et 1197, n° 23).

2) Quoique très visible aujourd'hui, ce phénomène de prolifération des règles spéciales matérielles n'est pas propre aux temps contemporains. Déjà, Ferrière, lorsqu'il présentait la prescription, pourtant particulièrement brièvement, dans sa *Nouvelle introduction à la pratique*, ne pouvait s'empêcher d'énumérer une cascade de délais spéciaux : C.-J. de Ferrière, *Nouvelle introduction à la pratique*, Brunet, 1735, V° « Prescription d'action », t. 3, p. 382 (ces délais spéciaux, selon toute vraisemblance, se rapportent à la coutume de Paris ; c'est dire qu'en sus d'être des règles spéciales matérielles de prescription, ces délais étaient aussi, du point de vue du droit français, des règles spéciales territoriales de prescription). V. aussi J. Carbonnier : « la diversité de nos prescriptions particulières est un produit du droit coutumier et des ordonnances » (*Droit civil*, t. 2, PUF Quadrige, 2004, n° 1275).

Elles sont trop et trop hétéroclites »²¹⁵¹. Certains y consacèrent même des *dictionnaires* entiers²¹⁵². Ces règles relatives aux délais peuvent concerner leur seule durée, ou également leur point de départ²¹⁵³.

686. **Illustrations.** Il existe d'abord une profusion de délais spéciaux pour les créances contractuelles²¹⁵⁴. Par exemple, l'article L. 145-60 du code de commerce, dispose que « toutes les actions exercées en vertu du présent chapitre [relatif au bail commercial] se prescrivent par deux ans »²¹⁵⁵ ; l'article L. 110-4, II, 2^o, du code de commerce, prévoit un délai de prescription d'un an après la livraison pour nourriture aux matelots et pour fourniture de matériaux liés au navire²¹⁵⁶ ; l'article L. 133-6 du code de commerce prévoit un délai d'un an pour les actions nées du contrat de transport (alinéas 1^{er} et 2), mais d'un mois pour les actions récursoires (alinéa 4). Ensuite, au-delà des prescriptions proprement contractuelles : aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 2226 du code civil, le droit de demander réparation d'un dommage corporel se prescrit par dix ans à compter de la consolidation²¹⁵⁷ ; aux termes de l'alinéa 2 du même texte, si le dommage est causé par des actes de violence qualifiée, la durée est portée à vingt ans ; pour les actions liées au mariage, l'article 184 du code civil pose un délai de trente ans²¹⁵⁸ ; pour la filiation, l'article 321 du code civil pose un délai général de dix ans assorti d'un point de départ spécifique pour les actions d'état²¹⁵⁹ ; l'article L. 111-4 du code des

²¹⁵¹ J. Carbonnier, « Notes sur la prescription extinctive », *RTD civ.* 1952, p. 171 s., spéc. p. 172. V. aussi G. Marty, P. Raynaud, Ph. Jestaz, *Droit civil - Les obligations*, t. 2, *Le régime*, Sirey, 2^e éd., 1989, n^o 324, p. 286. Voici quelques années, un groupe de travail sous la présidence de J.-F. Weber (2004) en dénombrait plus de deux cents.

²¹⁵² Les références ne manquent pas : v. par ex. E.-H. Mancelle, *Dictionnaire des délais, prescriptions, péremptions*, Larose, 1890 ; J. Boulbet et Mage, *Dictionnaire général des délais et prescriptions*, Soubiron, 2^e éd., 1903 ; J.-C.-F. Bousquet, *Dictionnaire des prescriptions en matière civile, commerciale, criminelle, en matière de délits et de contraventions, en matière administrative et fiscale*, Cotillon, 1838 ; J.-B. Souquet, *Dictionnaire des temps légaux, de droit et de procédure*, Hingray, 1844. Plus tard, v. R. Barbaud, *Dictionnaire des délais de procédure, de prescriptions et de formalités*, Dalloz, 1974. L'ampleur du phénomène est révélée, par un surprenant ouvrage belge composé de plus de mille pages de tableaux, et dont le seul objectif est de recenser les délais (F. Baltus et al., *Les délais - Recension des délais dans les différentes branches du droit*, préf. G. de Leval, Bruxelles, Bruylant, 2008) ; le droit français pourrait tout autant justifier un tel ouvrage.

²¹⁵³ 1) Certains délais spéciaux ont tout de même été opportunément supprimés par la loi du 17 juin 2008. Il en est notamment ainsi du délai qui était applicable aux créances périodiques énumérées par l'ancien article 2277 du code civil : désormais, le délai de prescription applicable à ces créances est celui contenu à l'article 2224 du code civil.

2) Depuis la réforme pourtant, la prolifération des délais spéciaux continue : v. par ex., pour le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante, le nouveau III *bis* de l'article 53 de la loi du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001 (instituant le FIVA), issu de la modification opérée par l'article 92-I de la loi du 20 décembre 2010 de financement de la sécurité sociale pour 2011.

²¹⁵⁴ Carbonnier relevait en ce sens que « c'est d'un point de vue contractualiste – son point de vue préféré – que le Code Napoléon avait spécialisé les prescriptions extinctives » (« Notes sur la prescription extinctive », *RTD civ.* 1952, p. 171 s., spéc. p. 173)

²¹⁵⁵ Sur ce texte, v. F. Auque, « Réforme de la prescription et droit des baux commerciaux », *AJDI* 2009, p. 344 s.

²¹⁵⁶ Ce texte est encore plus spécial que ne pourrait l'indiquer sa lettre : la Cour de cassation a rappelé qu'il ne concerne que la matière maritime (Civ. 3^e, 2 mars 2010, n^o 09-12.009, *NPB*), les hésitations n'étant liées qu'aux « avatars de la codification à droit constant » (C. Lebel, « Les avatars de la codification à droit constant », *JCP G* 2010, p. 450 s., commentant l'arrêt précité).

²¹⁵⁷ Pour une critique de ce point de départ : F.-X. Licari, « Le nouveau droit français de la prescription extinctive à la lumière d'expériences étrangères », *RIDC* 2009-4, p. 739 s., spéc. p. 770. La prescription pourrait n'être pratiquement jamais acquise, puisqu'elle commencera très tard, ne pourra être déterminée qu'au cas par cas, et que le butoir n'y est pas applicable. V. aussi C. Corgas-Bernard, « La loi du 17 juin 2008 et le droit de la réparation du dommage corporel », in *La réforme de la prescription en matière civile*, Dalloz, 2010, p. 93 s., spéc. p. 97 et p. 99.

²¹⁵⁸ Pour les cas concrets d'application, v. E. Paillet, « Contentieux familial : prescription et gestion du contentieux », *Procédures*, juill. 2010, p. 7 s., spéc. n^o 10.

²¹⁵⁹ Ce délai n'exclut pas l'existence et l'applicabilité de délais matériellement plus spéciaux encore : v. par ex. l'article 333 du code civil.

procédures civiles d'exécution dispose que « l'exécution des titres exécutoires [...] ne peut être poursuivie que pendant dix ans, sauf si les actions en recouvrement des créances qui y sont constatées se prescrivent par un délai plus long »²¹⁶⁰. Les délais et points de départ spéciaux prolifèrent²¹⁶¹.

3. Autres règles

687. **Causes légales de suspension et d'interruption.** D'autres règles spéciales exceptionnelles peuvent être mentionnées²¹⁶². Il en existe quelques-unes relatives aux causes légales d'interruption²¹⁶³. Par exemple, aux termes de l'article L. 114-2 du code des assurances, une lettre recommandée interrompt la prescription des actions dérivant du contrat d'assurance²¹⁶⁴. D'autres causes exceptionnelles pourraient être citées, notamment celle prévue à l'article L. 553-1, alinéa 3, du code de la sécurité sociale, au profit de l'organisme débiteur des prestations familiales dans l'impossibilité d'agir²¹⁶⁵. Des causes légales exceptionnelles de suspension existent également : par exemple, l'article 32, 2°, de la convention sur le contrat de transport international de marchandises par route (dite « CMR ») du 19 mai 1956, prévoit qu'une réclamation écrite au transporteur suspend la prescription jusqu'à la réponse par écrit de celui-ci ; l'article 67 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que « tout délai de prescription ou de forclusion est suspendu » contre le président de la République.

688. **Office du juge.** Différentes règles spéciales permettent au juge de relever d'office le moyen résultant de l'expiration de la prescription extinctive, par dérogation à l'article 2247 du code civil. Ainsi, l'article L. 142-9 du code de la sécurité sociale dispose que le tribunal des affaires de la sécurité sociale et la cour d'appel qui connaît des recours contre ses jugements « soulèvent d'office les prescriptions prévues au présent code et au livre VII du code rural et de la pêche maritime »²¹⁶⁶. Ainsi encore, l'article L. 141-4 du code de la consommation

²¹⁶⁰ La doctrine est relativement critique à l'égard de ce délai spécial, et estime qu'« à tout le moins, on aurait pu se contenter de soumettre l'exécution du jugement à la prescription de droit commun » (C. Brenner, « De quelques aspects procéduriers de la réforme de la prescription extinctive », *RDC* 2008, p. 1431 s., spéc. p. 1444).

²¹⁶¹ D'autant que bien d'autres exemples existent. Un sommet de complexité pourrait être atteint par le(s) délai(s) de prescription de l'action en réduction des libéralités, posé(s) par l'article 921 du code civil : pas moins de trois délais – ou « deux délais et demi », à tout le moins –, sont proposés en option, chacun avec un point de départ spécifique – le « demi » délai s'apparentant à un délai butoir spécifique, dix ans à compter du décès.

²¹⁶² Une fois encore, qui ne prétendent pas à l'exhaustivité dans les catégories envisagées. Il existe, en outre, un certain nombre de règles spéciales exceptionnelles relatives au délai butoir (v. par ex. l'article 1386-16 du code civil, l'article 2232, alinéa 2, du même code, ou encore l'article L. 111-4, alinéa 2, du code des procédures civiles d'exécution), à l'aménagement conventionnel (v. not. l'article 2254, alinéa 3, du code civil, l'article L. 137-1 du code de la consommation, ou l'article L. 114-3 du code des assurances).

²¹⁶³ V. déjà G. Baudry-Lacantinerie et A. Tissier, *De la prescription*, Larose, 1895, n° 524 s.

²¹⁶⁴ Cause d'interruption spéciale, au demeurant exceptionnelle : en droit commun matériel, « l'envoi d'une lettre, même recommandée, n'interrompt pas la prescription » (Com. 13 oct. 1992, n° 91-10.066, *Bull. civ.* IV, n° 308) ; v. aussi Com. 12 nov. 1997, n° 95-16.149, *Bull. civ.* IV, n° 291 ; solution maintenue sous l'empire de la loi de 2008.

²¹⁶⁵ Cet article relève du droit spécial exceptionnel car, même s'il ressemble à l'article 2234 du code civil, il en diffère en ce qu'il édicte une cause légale d'interruption, non de suspension ou de report du point de départ.

²¹⁶⁶ 1) Le terme de « prescriptions » employé dans le texte renvoie-t-il uniquement à l'institution de la prescription ? Il est permis de penser que la référence est plus large. Le terme de « prescriptions » serait ici à entendre comme un synonyme de « dispositions » ; le doute subsiste néanmoins, car la jurisprudence ne semble avoir fait application de l'article L. 142-9 précité que pour la prescription au sens strict. La confusion est liée à l'ambivalence du terme

dispose que « le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code »²¹⁶⁷ ; sa généralité invite à considérer que la prescription établie par l'article L. 137-2 de ce code, notamment, peut être relevée d'office, et c'est pourquoi il a pu être affirmé que la règle posée par l'article L. 141-4 précité « rompt avec les solutions de droit commun »²¹⁶⁸.

§ II – Les règles spéciales matérielles non exceptionnelles

689. **Plan : règles spéciales matérielles non exceptionnelles.** À côté, existent des règles spéciales matérielles non exceptionnelles. Sans contredire le droit commun matériel²¹⁶⁹, elles reproduisent la règle qui en relève (A) ou appliquent à un cas particulier la directive qu'il indique (B)²¹⁷⁰.

A. Le droit spécial matériel de reproduction du droit commun matériel

690. **Définition et plan.** Sont ici visées les règles qui reproduisent purement et simplement la solution consacrée par la règle de droit commun matériel, seul leur domaine *ratione materiae* et *personae* étant plus restreint²¹⁷¹. Deux variantes de ce phénomène aussi fréquent que surprenant²¹⁷² peuvent être recensées : d'une part, celle où la règle spéciale est une simple

« prescription », exemple de mot à sens multiple (sur ce thème, v. J. Becquart, *Les mots à sens multiples en droit civil français*, PUF, 1928). Il reste que le terme « prescriptions » inclut sans doute possible les règles de prescription au sens restreint.

2) Pour des applications, Soc. 17 mars 1994, n° 91-13.919, *Bull. civ.* v, n° 102 ; D. 1995, somm. p. 39, obs. X. Prétot – Civ. 2^e, 17 avr. 2008, n° 06-21.859, *Bull. civ.* II, n° 99 – Cass. avis, 10 juill. 2006, n° 06-00.007, *Bull. avis*, n° 7.

²¹⁶⁷ Nous ajoutons les italiques. Une loi « consommation » (projet adopté le 13 févr. 2014) a été déférée au Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle institué par l'article 61 de la Constitution (2014-690 DC) ; elle prévoit d'ajouter un alinéa 2 à l'article précité, concernant le devoir du juge d'écarter d'office l'application d'une clause abusive ; le recours est pendant au jour de l'impression de cette étude.

²¹⁶⁸ C. Brenner et H. Lécuyer, « La réforme de la prescription », *JCP E* 2009, 1169 et 1197, spéc. n° 88. Du même avis, Ph. Casson, « Le nouveau régime de la prescription », in *La réforme de la prescription en matière civile*, dir. Ph. Casson et Ph. Pierre, Dalloz, 2010, p. 25 s., spéc. p. 28. La solution pourrait tout de même être contestée s'il était considéré que l'article L. 2247 du code civil doit recevoir application, par exemple en tant que texte plus spécial que l'article L. 141-4 du code de la consommation (car celui-ci est un texte de droit commun de la prescription, mais un texte de droit spécial pour l'office du juge) ; ce raisonnement pourrait cependant apparaître en contradiction avec la lettre et l'esprit de l'article L. 141-4 précité.

²¹⁶⁹ En ce sens également : F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial - et retour », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 s., spéc. p. 948 ; C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 5, p. 8-9 et C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 10.

²¹⁷⁰ Dans le premier cas, la lettre de la solution de droit commun et de la solution spéciale est identique ; dans le second cas, quoique la lettre des deux solutions soit différente, leur esprit est le même.

²¹⁷¹ Rapp. R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron. p. 91 s., spéc. n° 5, p. 93 : « à côté des dispositions dérogatoires, il en est qui rappellent seulement les règles du droit commun ». Par exemple, l'article 2295 du code civil dispose que la caution doit avoir « la capacité de contracter » ; il s'agit d'une reprise de l'exigence formulée par l'article 1108 du code civil (droit spécial matériel non exceptionnel des contrats).

²¹⁷² En effet, « de très nombreuses règles de droit positif sont similaires, si ce n'est identiques, indépendamment du label droit commun ou droit spécial » (D. Mazeaud, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Dalloz, 2005, p. 73 s., spéc. n° 19, p. 86-87 [à propos du droit des obligations]). Pourtant, les « doublons » de règles de droit commun matériel sont limités aux règles spéciales qui les reproduisent exactement ; les autres, même consacrant une variation infime, apparaissent plus utiles techniquement.

1) Notamment, faut-il voir dans le gage de stocks un « doublon [...] parfaitement inutile » (D. Legeais, « La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz, 2006, p. 367 s., spéc. n° 13) ? Il semble

copie d'une solution consacrée en droit commun matériel (1) ; d'autre part, celle où le contenu de la règle spéciale renvoie à celui d'une règle de droit commun matériel (2).

1. La copie du droit commun matériel

691. **Une copie pure et simple.** Dans ce cas de figure, les règles spéciales matérielles ne constituent qu'une copie pure et simple des solutions posées par une règle de droit commun matériel : elles se contentent de les reproduire, pour un domaine *ratione materiae* ou *personae* plus restreint. Il y a alors « unité de formulation »²¹⁷³ entre les deux types de règle. Ce « recopiage »²¹⁷⁴ servile aboutit à des doublons²¹⁷⁵. Quelques exemples peuvent être développés.

692. **Illustrations.** Pour le nantissement, l'article L. 714-1 du code de la propriété intellectuelle, qui prévoit la possibilité de nantir une marque²¹⁷⁶, dispose, en son alinéa 4, que le nantissement « est constaté par écrit, à peine de nullité » ; depuis la réforme de 2006, elle ne fait plus que reproduire la règle de droit commun matériel, consacrée sur ce point par l'article 2336 du code civil, auquel renvoie l'article 2355, alinéa 5, du même code²¹⁷⁷. Il en est encore ainsi de l'article 3 de la loi du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances contre les personnes publiques, dont la lettre reproduit à peu de chose près celle de l'article 2234 du code civil et s'inspirait déjà, avant la réforme de 2008, de l'adage *contra non valentem agere non currit praescriptio*. De même, quoique la règle reproduite ne soit pas véritablement de droit commun²¹⁷⁸, l'on peut mentionner la reproduction, par l'article L. 110-4, I, du code de commerce pour les obligations commerciales²¹⁷⁹, ou par l'article L. 5133-17 du code des transports pour les avaries

que non, dans la mesure où il apporte un certain nombre de dérogations aux règles de droit commun matériel du gage (v. *supra* et S. Cabrillac, « Le gage sur stocks du Code de commerce », in *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, dir. S. Cabrillac, C. Albigès et C. Lisanti, Litec, 2007, p. 45 s., spéc. p. 47 s.).

2) Pour les successions, l'article L. 123-6 du code de la propriété intellectuelle établit une dévolution attribuant l'usufruit du droit d'exploitation des œuvres au conjoint survivant. Il ne fait que partiellement double emploi avec la règle de droit commun de l'article 757 du code civil (rapp. Y. Lequette, « La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001 : continuité ou rupture ? », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz, 2006, p. 167 s., spéc. p. 172).

²¹⁷³ D. Mazeaud, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Dalloz, 2005, p. 73 s., spéc. n° 19, p. 87.

²¹⁷⁴ N. Molfessis, « Le code civil et le pullulement des codes », in *1804-2004, Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 309 s., spéc. n° 27.

²¹⁷⁵ C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 81, p. 119.

²¹⁷⁶ L'article précité fait référence au gage mais, à la lumière des définitions nouvelles du gage et du nantissement (art. 2333 et 2355 du code civil), il conviendrait de lire « nantissement », l'objet étant ici incorporel.

²¹⁷⁷ Une solution comparable existait déjà, avant la réforme, à l'article 2075 ancien du code civil.

²¹⁷⁸ V. *supra*, n° 609.

²¹⁷⁹ La rédaction des textes n'est cependant pas la plus harmonieuse : cet article vise les *obligations*, alors que l'article 2224 du code civil vise les *actions* (v. not., pour la même remarque, M. Storck, « La prescription commerciale et la réforme du 17 juin 2008 », *LPA* 2 avr. 2009, p. 37 s. : « il est précisé à l'article 2224 du Code civil que les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans [alors qu'] à l'article 110-4 du Code de commerce, ce sont les obligations qui se prescrivent par cinq ans »).

communes²¹⁸⁰, d'une partie de l'article 2224 du code civil²¹⁸¹. De nombreuses règles sont à l'avenant²¹⁸².

693. **Les règles non exceptionnelles résultant d'une évolution du droit commun matériel.** Signe que le droit spécial matériel peut nourrir et inspirer le droit commun matériel²¹⁸³, le caractère non exceptionnel d'une règle spéciale matérielle peut provenir d'une évolution du droit commun matériel, qui reprend la solution spéciale : d'initialement dérogatoire, la règle spéciale se transforme en une simple copie au domaine d'application limité. Si, chronologiquement, c'est le droit commun qui copie la règle spéciale et non l'inverse, le résultat est le même : la règle spéciale devient doublon.

694. **Illustrations.** Des illustrations peuvent notamment, depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, être mentionnées pour certaines sûretés. Par exemple, depuis 1982, le nantissement de créances professionnelles (dit « Dailly ») prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de son acte constitutif, et n'est opposable au débiteur qu'après notification ; les articles L. 313-27 et L. 313-28 du code monétaire et financier le prévoient aujourd'hui. Or, le législateur a aligné sur ce point le régime de droit commun matériel du nantissement de créance sur le régime spécial précité : aux termes des articles 2361 et 2362 du code civil, le nantissement de créance de droit commun prend effet entre les parties et est opposable aux tiers à la date de l'acte, et il n'est opposable au débiteur qu'après notification ou si celui-ci est intervenu à l'acte. Par cette évolution, la règle spéciale devient un doublon de la règle de droit commun matériel²¹⁸⁴.

2. Le renvoi au droit commun matériel

695. **Un renvoi à la solution de droit commun.** D'autres règles spéciales matérielles reposent sur une technique différente : plutôt que de reprendre littéralement la solution posée par le droit commun matériel, elles y renvoient purement et simplement. Leur

²¹⁸⁰ Ancien article 40 de la loi du 7 juillet 1967 relative aux événements de mer.

²¹⁸¹ Pour d'autres illustrations, v. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 1477.

²¹⁸² 1) En outre, pour la responsabilité du fait d'autrui : l'article L. 121-29, alinéa 2, du code de la consommation, pose une règle qui apparaît être la reprise pure et simple des règles posées à l'article 1384, alinéa 5, du code civil (responsabilité du commettant du fait du préposé), pour un domaine *ratione materiae* et *personae* plus restreint : l'entreprise est civilement responsable des démarcheurs qui agissent pour son compte.

2) Tel était également le cas, pour la vente, à propos de l'article L. 211-1 du code de la consommation, qui se bornait à reproduire – avec des guillemets, il est vrai – les articles 1641 à 1648 du code civil (pour une critique de la méthode, v. N. Molfessis, « Le renvoi d'un texte à un autre », *RRJ* 1997, n° 4, cah. method. jur. n° 12, p. 1193 s., spéc. n° 18). Cet article a été modifié suite à la transposition de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation. Pour d'autres exemples en droit des contrats, v. C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 80 s.

²¹⁸³ En doctrine, v. par ex. É. Baron, « Existe-t-il un droit pénal commun ? », *Dr. pénal* sept. 2013, dossier 2 ; M. Poumarède, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, n° 684 s.

²¹⁸⁴ Pour la prescription extinctive, et dans la même limite que celle évoquée plus haut, certaines règles sont reléguées au statut de doublons du fait de l'évolution consacrée à l'article 2224 du code civil : il en est ainsi, par exemple, du délai posé par l'article 1304 du même code. Pour d'autres exemples, v. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 1477.

contenu se limitant à ce renvoi, elles ne contiennent aucune dérogation. Quelques illustrations de ce phénomène dont l'ampleur n'est pas négligeable peuvent être mentionnées²¹⁸⁵.

696. **Illustrations.** L'article 2353 du code civil renvoie, pour la réalisation du gage sur véhicule automobile, aux articles 2346 à 2348 du même code, qui fixent le droit commun matériel du gage. De même, l'article L. 1311-17 du code général des collectivités territoriales dispose que « la révision des conditions et charges grevant les donations et legs consentis au profit des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics est régie par les articles 900-2 à 900-8 du code civil », ou l'article 1077-2, alinéa 1^{er}, du code civil, rappelle que « les donations-partages suivent les règles des donations entre vifs pour tout ce qui concerne l'imputation, le calcul de la réserve et la réduction ». Ces règles spéciales matérielles se contentent ainsi de ce renvoi aux règles de droit commun matériel régissant l'institution concernée.

B. Le droit spécial matériel d'application du droit commun matériel

697. **Règles spéciales d'application du droit commun.** Cette modalité apparaît sensiblement plus développée que pour le droit commun territorial. Loin d'être de simples doublons, certaines règles spéciales matérielles non dérogatoires appliquent la règle de droit commun matériel, par adaptation de celle-ci à une situation spécifique²¹⁸⁶ ; elles peuvent intervenir lorsque la règle de droit commun ne contient pas en elle-même les directives suffisantes à la détermination de la solution d'un cas d'espèce. Expression d'une certaine harmonie, droit commun et droit spécial sont ici « complémentaires »²¹⁸⁷.

698. **Illustration : majeurs protégés.** La réforme réalisée par la loi du 5 mars 2007 offre de nombreuses illustrations de règles spéciales matérielles d'application du droit commun, au point que la technique participe de la philosophie de la réforme : le législateur a souhaité poser des principes directeurs dont le domaine d'application *ratione materiae* et *personae* s'étend à toutes les

²¹⁸⁵ *Addé*, pour la responsabilité civile, les articles 4 et 5 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation. Ils constituent des règles spéciales de retour au droit commun matériel : ces articles disposent, reprenant la solution retenue en droit commun (v. par ex. Ass. plén. 19 juin 1981, n°s 79-11.193 et 79-91.827, *Bull. AP*, n°s 3 et 4 ; Civ. 2^e, 6 avr. 1987, n° 85-16.387, *Bull. civ. II*, n° 86) et excluant la solution spéciale prévue par l'article 3 de la même loi, que la faute quelconque de la victime d'un dommage influe sur son droit à réparation lorsque celle-ci est conductrice ou lorsque le dommage a été causé à ses biens.

²¹⁸⁶ Ainsi, une règle peut « se présenter comme une *lex specialis* par rapport à une autre règle dont elle constitue une application, une mise à jour ou un développement ou – ce qui revient au même – un complément, pour préciser ce qu'une règle générale exige dans un cas particulier » (« La fragmentation du droit international », rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, dir. M. Koskenniemi, ONU, 2006, n° 98) ; alors, « la règle spéciale doit se lire et être comprise dans les limites de la règle générale qui en constitue la toile de fond, en tant que développement, mise à jour ou spécification technique de celle-ci » (n° 56). Rapp. R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron. p. 91 s., spéc. n° 5, p. 93 : « il est aussi d'autres dispositions plus importantes qui expriment un aménagement du jeu des règles du droit commun ».

²¹⁸⁷ *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, PUF, 2003, V° « Droit commun », par J.-L. Thireau, p. 445 s., spéc. p. 446 : « La dialectique subtile du droit commun et des droits particuliers permet de les appliquer cumulativement, de les rendre complémentaires bien plus qu'antagonistes ».

personnes et à toutes les mesures de protection²¹⁸⁸, et des règles spéciales de mise en œuvre pour chaque mesure particulière (sauvegarde de justice, curatelle, tutelle)²¹⁸⁹. Ces principes sont appliqués concrètement, mis en œuvre, par des règles spéciales matérielles²¹⁹⁰. Quelques illustrations²¹⁹¹ peuvent être développées.

699. **Nécessité des mesures de protection des majeurs.** On l'a vu, l'article 428, alinéa 1^{er}, du code civil, pose une règle de droit commun matériel de la protection des majeurs, appelée « principe de nécessité »²¹⁹², aux termes de laquelle la mesure « ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité » ; cette règle suppose notamment qu'une mesure soit temporaire²¹⁹³, car elle doit pouvoir s'arrêter lorsque cesse sa nécessité. La règle concerne toutes les mesures de protection, mais encore convient-il de la mettre en œuvre pour chaque mesure particulière : plusieurs textes *appliquent* cette règle de droit commun, en l'adaptant à la sauvegarde de justice, à la curatelle et à la tutelle²¹⁹⁴. Pour la sauvegarde de justice, l'article 439 du code civil dispose que la mesure est d'une durée maximale d'un an renouvelable une fois ; pour la curatelle et la tutelle, les articles 441 et 442 du même code prévoient que la mesure ne peut excéder cinq ans, renouvelables²¹⁹⁵. De la même manière, les articles 439, alinéas 2 et 3 (pour la sauvegarde de justice), et 442, alinéa 3 (pour la curatelle et la tutelle), du code civil prévoient que le juge peut à tout moment ordonner la mainlevée des mesures lorsque leur nécessité cesse²¹⁹⁶.

700. **Proportionnalité des mesures de protection des majeurs.** Semblablement, comme déjà mentionné, l'article 428 du code civil institue une règle de droit commun matériel baptisée « principe de proportionnalité »²¹⁹⁷. Plusieurs règles spéciales à une mesure particulière font application de ce principe. Par exemple, aux termes de l'article 440 du code civil, « la curatelle ne peut être prononcée que s'il est établi que la sauvegarde de justice ne peut assurer une protection suffisante » (alinéa 2), et « la tutelle n'est prononcée que s'il est établi que ni la

²¹⁸⁸ Sur ces principes, v. *supra*, n° 511 s.

²¹⁸⁹ Ainsi, « ces principes sont destinés à inspirer diverses applications propres aux différentes mesures de protection d'où les renvois effectués vers les dispositions particulières aux mesures de protection juridique ou d'accompagnement judiciaire » (M. Rebourg, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », *Dr. fam.* mai 2007, étude 16, spéc. n° 2).

²¹⁹⁰ V. les études doctrinales sur la loi de 2007, not. Ph. Malaurie, « Examen critique du projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs », *Defrénois* 2007, art. 38510, p. 13 s., spéc. p. 19 ; M. Rebourg, art. préc.

²¹⁹¹ Pour d'autres exemples, v. M. Rebourg, art. préc.

²¹⁹² V. *supra*, n° 519 et not. M. Rebourg, art. préc., spéc. n° 5 s.

²¹⁹³ M. Rebourg, art. préc., n° 8.

²¹⁹⁴ Pour une analyse comparable, v. M. Rebourg, art. préc., n° 5, qui présente ces règles comme « prises en application du principe de nécessité ».

²¹⁹⁵ Tel est le principe ; néanmoins et aux termes de l'article 442, alinéa 2, du code civil, « lorsque l'altération des facultés personnelles de l'intéressé [...] n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration [...], le juge peut, par décision spécialement motivée et sur avis conforme du médecin [...], renouveler la mesure pour une durée plus longue qu'il détermine ».

²¹⁹⁶ En application du principe de nécessité contenu dans le texte de droit commun matériel, la loi, par divers textes spéciaux, « facilite la levée des mesures devenues inutiles » (M. Rebourg, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », *Dr. fam.* mai 2007, étude 16, spéc. n° 10).

²¹⁹⁷ V. *supra*, n° 521.

sauvegarde de justice, ni la curatelle ne peuvent assurer une protection suffisante » (alinéa 4). De nombreuses règles sont à l’avenant²¹⁹⁸.

Section II – La rareté des règles spéciales matérielles

701. **Plan.** La recension de certaines institutions pour lesquelles les règles spéciales matérielles sont rares (§ I) peut conduire à une recherche sur la raison de cette rareté, comparée à la situation des institutions étouffées par ces règles (§ II).

§ I – Recension des institutions préservées

702. **Institutions préservées.** Pour un certain nombre d’institutions, le droit commun matériel est peu concurrencé par les règles spéciales matérielles. Quelques exemples²¹⁹⁹, qu’il s’agisse de rareté absolue (A) ou de rareté plus relative (B), peuvent être développés.

A. La rareté absolue

703. **Plan.** La question des règles spéciales matérielles est presque entièrement étrangère à certaines institutions. Tel est notamment le cas de la prescription acquisitive (1) et des sûretés réelles immobilières conventionnelles (2).

1. La prescription acquisitive

704. **Le calme de la prescription acquisitive.** À côté du chaos d’une prescription extinctive morcelée²²⁰⁰, le calme règne en matière de prescription acquisitive : la modestie des règles spéciales matérielles ici contraste avec leur profusion là. La prescription acquisitive aurait toutes les apparences d’un modèle raisonné. Une seule véritable règle matériellement spéciale semble pouvoir être mentionnée, contenue à l’article 2272, alinéa 2, du code civil. Cet article dispose que « celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans », par exception à l’alinéa 1^{er}. La loi du 17 juin 2008 a même simplifié le

²¹⁹⁸ Ainsi, par exemple, l’article 457-1 du code civil applique concrètement aux régimes de curatelle et de tutelle les principes de nécessité et de proportionnalité, à propos des informations dues par la personne chargée de la protection : la personne protégée reçoit ces informations « selon des modalités adaptées à son état ».

²¹⁹⁹ *Addé* not., en outre, que les règles relatives notamment au domicile souffrent peu de la spécialisation. Ainsi, la règle de droit commun concernant le lieu du domicile est fixée à l’article 102, al. 1^{er}, du code civil : « Le domicile de tout Français [...] est au lieu où il a son principal établissement ». Les règles spéciales dérogoires à ce texte sont rares et, au demeurant, souvent justifiées techniquement par les difficultés auxquelles donnerait lieu l’application de la règle de droit commun (v. par ex. l’article 102, al. 2, qui contient des règles spéciales pour la détermination du lieu du domicile des bateliers, ou encore la loi n° 69-3 du 3 janvier 1969 et les articles L. 264-1 du code de l’action sociale et des familles pour la détermination du lieu du domicile des personnes sans domicile fixe).

²²⁰⁰ V. *supra*, n° 682 s.

mécanisme, qui reposait avant cela sur deux délais spéciaux au lieu d'un²²⁰¹. Le reste apparaît anecdotique : quelques autres règles spéciales matérielles existent, mais elles sont rares et éparses²²⁰².

2. Les sûretés réelles immobilières conventionnelles

705. **Le calme des sûretés réelles immobilières conventionnelles.** Les sûretés réelles immobilières conventionnelles²²⁰³, gage immobilier²²⁰⁴ et hypothèque immobilière, ne souffrent pas non plus véritablement de la profusion des règles spéciales matérielles. Rares sont, en effet, les règles qui ne considèrent pas, indistinctement, toute personne et toute situation liées à ces sûretés : pour l'hypothèque immobilière conventionnelle, les articles 2393 et suivants du code civil considèrent les immeubles en général, de même que les constituants et les créanciers en général ; il en est de même pour le gage immobilier, dans les articles 2387 et suivants du même code. L'étude des règles spéciales matérielles déboucherait ici sur un large constat de carence. Tout au plus quelques règles, tel l'article 2414, alinéas 2 et 3, du code civil qui vise l'hypothèque sur un immeuble indivis mais, peuvent-elles être citées mais, dans tous les cas, elles restent rares.

²²⁰¹ V. la rédaction de l'ancien article 2265 du code civil : « celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans si le véritable propriétaire habite dans le ressort de la cour d'appel dans l'étendue de laquelle l'immeuble est situé ; et par vingt ans, s'il est domicilié hors dudit ressort ». La règle des distances, au fonctionnement passablement complexe (v. la rédaction de l'ancien article 2266 du même code) était jugée « surannée » (F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 485, p. 693).

²²⁰² 1) Notamment l'article 2266, alinéa 2, du code civil, vise, à titre d'illustration d'une règle générale, « le locataire, le dépositaire, l'usufruitier » ; ou encore, la règle posée par l'article 690 du même code traite de la prescription acquisitive des servitudes continues et apparentes (elle pourrait être considérée comme une simple copie de la règle de droit commun matériel, si celle-ci existait – mais tel n'est pas le cas, cf. la rédaction de l'article 2272, al. 1^{er}, du même code, limitée à la propriété immobilière : v. *supra*, n° 575).

2) Bien qu'elle figure dans une section relative à la prescription acquisitive des meubles, la technique de l'article 2276, alinéa 1^{er}, du code civil (qui dispose qu'« en fait de meubles, la possession vaut titre ») ne constituerait pas une prescription spéciale, mais une technique substitutive à l'usucapion, faute de délai : le mécanisme est instantané, alors qu'il serait de l'essence de la prescription de ne pas l'être ; le concept de « prescription instantanée » contiendrait une contradiction dans les termes. Raison pour laquelle la Cour de cassation l'envisage non pas comme une prescription acquisitive, mais comme un « mode d'acquérir » distinct (Civ. 1^{re}, 27 nov. 2001, n° 99-18.335, *Bull. civ.* I, n° 295 ; *D.* 2002, p. 671, note J.-P. Gridel et p. 2505, obs. B. Mallet-Bricout, rendu en application de l'ancien article 2279 du code civil), et des auteurs considèrent la présentation actuelle comme relevant d'une « hérésie juridique » (*Rép. civ.* Dalloz, V^o « Prescription acquisitive », par B. Grimonprez, 2011, n° 8 ; *adde* W. Dross, « Le singulier destin de l'article 2279 du code civil », *RTD civ.* 2006, p. 27 s., spéc. n° 33). V. déjà F. Bourjon, auteur de la formule : « la prescription n'est d'aucune considération, elle ne peut être d'aucun usage quant aux meubles, puisque par rapport à de tels biens, la simple possession produit tout l'effet d'un titre parfait » (*Le Droit commun de la France et la Coutume de Paris*, Grangé et Cellot, t. 1, 1770, p. 1094). Comp. T. Le Bars, « La nature de la prescription : une question sans réponse ? », in *La réforme de la prescription en matière civile*, dir. Ph. Casson et Ph. Pierre, Dalloz, 2010, p. 3 s., spéc. p. 3 : « la nature de la prescription acquisitive a changé ; elle ne suppose plus nécessairement l'écoulement du temps ».

3) De même, la nature de la faveur faite à l'État par l'article L. 1126-1 du code général de la propriété des personnes publiques (ancien article L. 27 du code du domaine de l'État), ou encore de celle concernant le fonds de réserve des retraites pour les sommes qui résultent de la liquidation d'instruments financiers, instituée par l'article L. 135-7, 11^o, du code de la sécurité sociale, mais abrogée par une loi du 22 décembre 2010, reste fortement débattue (v. not. M. Bandrac, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Economica, 1986, n° 234, qui y voit une technique arbitrairement dénaturée dans un but confiscatoire ; comp., considérant que la seconde constitue une hypothèse de prescription acquisitive, S. Amrani-Mekki, « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? », *JCP G* 2008, I, 160, spéc. n° 7).

²²⁰³ Les privilèges immobiliers ne sont donc pas inclus dans ces propos (sur ceux-ci et leur profusion, v. *supra*, n° 680 s.), pas plus que les quelques hypothèques légales existantes (v. par ex. l'article 2400 du code civil, et les articles 2402 et suivants pour des développements relatifs à l'hypothèque légale des époux).

²²⁰⁴ Anciennement « antichrèse ».

B. La rareté relative

706. **Plan.** D'autres institutions, quoique préservées de la profusion des règles spéciales matérielles, en connaissent tout de même certaines : elles ne sont que relativement rares. Tel est le cas, par exemple, des successions (1) ou des libéralités (2).

1. Les successions

707. **Peu de règles mais tendance à l'augmentation.** Le droit français connaît relativement peu de règles spéciales matérielles pour les successions ; d'ailleurs, la problématique du droit commun et du droit spécial, de même que la lutte contre les règles spéciales, n'apparaissent pas directement dans les préoccupations du législateur de 2006²²⁰⁵. Ces règles spéciales matérielles semblent pourtant s'être développées à la fin du XX^e et au début du XXI^e siècles, qu'il s'agisse de la dévolution ou du partage.

708. **Dévolution : successions anomales.** Les règles spéciales relatives à la dévolution successorale, d'abord, renvoient aux successions anomales, qui prévoient un ordre spécifique d'appel à la succession en fonction de caractéristiques du bien concerné, ordre distinct de celui qui s'impose par les règles de droit commun de la dévolution, censé régir tous les biens du défunt²²⁰⁶. La situation ne semble jamais avoir été à l'image de celle que décrivait Chabot de l'Allier au XIX^e siècle – qui enseignait sans nuance que « l'on ne reconnaît plus d'héritiers particuliers des meubles et d'héritiers particuliers des immeubles, plus d'héritiers particuliers, ou des acquêts ou des propres, ou des biens nobles ou roturiers, ou des biens paternels ou maternels »²²⁰⁷. Les règles spéciales matérielles de dévolution se sont développées²²⁰⁸, ce que la doctrine déplore²²⁰⁹. Ces successions anomales résultent de la loi ou de la jurisprudence.

²²⁰⁵ Un tel silence contraste avec l'effervescence suscitée par ces questions pour les réformes de la prescription extinctive ou des sûretés. Étaient davantage présents des enjeux sociologiques (recomposition des familles), démographiques (allongement de la durée de vie), économiques (transmission des entreprises) ou « politiques » (part de l'ordre public et de la liberté individuelle) : v. not. A.-M. Leroyer, « Réforme des successions et des libéralités », *RTD civ.* 2006, p. 612 s.

²²⁰⁶ Sur le principe de l'unité de la succession, v. *supra*, n° 527 s. À côté de l'ordre de dévolution fixé dans le code civil sans considération pour les biens contenus dans le patrimoine du défunt, considéré dans son ensemble comme l'expression du droit commun matériel de la dévolution successorale, existe en effet un certain nombre de règles spéciales matérielles, qui dérogent à cet ordre de droit commun. V. not. F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions - Les libéralités*, 4^e éd., Dalloz, 2013, n° 206 s. (« en dehors des règles communes » [n° 206]). Ph. Malaurie, *Les successions - Les libéralités*, 5^e éd., Defrénois, 2012, n° 30 (« règles de dévolution spéciales ») ; P. Voirin et G. Goubeaux, *Droit civil*, t. 2, *Régimes matrimoniaux - Successions - Libéralités*, 26^e éd., LGDJ, 2010, n° 287 (« Certains biens, en raison de leur nature, échappent à la dévolution successorale de droit commun ») ; F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Cours de droit civil - Successions*, PUF, 2012, n° 55 s. V. encore M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 4, *Successions*, 2^e éd., par J. Maury et H. Vialleton, LGDJ, 1956, n° 162.

²²⁰⁷ G.-A. Chabot de l'Allier, *Commentaire sur la loi des successions*, t. 1, nouv. éd. par M. Bellost-Jolimont, Pelissonnier, 1839, p. 97-98.

²²⁰⁸ Le nombre de règles spéciales matérielles existantes n'a cependant rien de comparable avec le morcellement *ratione materiae et personae* que connaissaient les anciens droits coutumiers provinciaux. La profusion de règles spéciales matérielles relatives à la dévolution des biens de la succession y était alors effrayante : v. not. G.-A. Chabot de l'Allier, *Commentaire sur la loi des successions*, t. 1, nouv. éd. par M. Bellost-Jolimont, Pelissonnier, 1839, t. 1, p. 96, qui en fait une synthèse, et conclut qu'« il existait [...] pour la succession à chaque espèce de biens, une foule de règles diverses » (droit spécial matériel), « et les règles variaient dans chaque coutume » (droit spécial territorial, v. *supra*) ; par contraste, en pays dits « de droit écrit », la dévolution « confondait dans les successions toutes les diverses

709. **Successions anormales instituées par la loi.** En premier lieu, les droits de retour légaux prennent en compte l'*origine* d'un bien pour en régler la dévolution et qui constituent en cela des exceptions aux règles de droit commun matériel de la dévolution successorale²²¹⁰. Le code civil en prévoit aujourd'hui trois²²¹¹. L'un, institué par l'article 368-1, concerne les biens recueillis à titre gratuit de l'adoptant par l'adopté simple décédé sans postérité ni conjoint survivant, et bénéficie à l'adoptant ou ses descendants. L'autre, posé par l'article 738-2, est un droit de retour complexe au profit des père et mère du *de cuius* décédé sans postérité, portant sur une fraction des biens (*sic*) que ce dernier avait reçus d'eux par donation. Le dernier, institué par l'article 757-3 selon un mécanisme plus complexe encore, vise les biens reçus à titre gratuit par le *de cuius* de ses ascendants, et prévoit un retour pour moitié (*sic*) aux frères et sœurs issus des mêmes parents, en présence d'un conjoint survivant et si les parents sont prédécédés²²¹². En second lieu, certaines règles prennent en compte la *nature* du bien pour en régler la dévolution. En ce sens, l'article L. 121-2, alinéa 2, du code de la propriété intellectuelle, dispose que le droit de divulgation des œuvres posthumes d'un auteur est exercé « par le ou les exécuteurs testamentaires désignés par l'auteur », et qu'« à leur défaut, ou après leur décès, et sauf volonté contraire de l'auteur, ce droit est exercé dans l'ordre suivant : par les descendants, par le conjoint [...], par les héritiers autres que les descendants qui recueillent tout ou partie de la succession et par les légataires universels ou les donataires de l'universalité des biens à venir »²²¹³. De même, l'article 1751, alinéa 3, du code civil, prévoit un « droit exclusif » du conjoint survivant cotitulaire du bail. Quant à l'article L. 411-34 du code rural et de la pêche maritime, il dispose que le bail rural laissé par le *de cuius* continue au profit « de son conjoint, du partenaire avec lequel il est lié

espèces de biens [...] et elle les déférait tous également, sans distinction de leur nature ou de leur origine, aux mêmes héritiers » (*ibid.*, p. 97). V. aussi Y. Lequette, « La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001 : continuité ou rupture ? », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz, 2006, p. 167 s., spéc. p. 172-173.

²²⁰⁹ 1) Elle regrette en effet la « multiplication récente de dévolutions particulières », car elle « tend à un émiettement qui était précisément un défaut initialement combattu par le Code de 1804. En matière de complexité, on n'est pas loin ici d'avoir atteint un seuil de saturation » (P. Murat, « Succession et famille en France », in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 60, Journées roumaines, *Les successions*, Bruylant et LB2V, Bruxelles, 2012, p. 79 s., spéc. p. 95). Adde C. Brenner, « La succession », in *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 427 s., spéc. n° 15 s., p. 434 s. ; Y. Lequette, « La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001 : continuité ou rupture ? », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz, 2006, p. 167 s.

2) Le mouvement se retrouve dans d'autres systèmes juridiques (par ex. en droit polonais, la doctrine se plaint de « l'existence de nombreuses dispositions spéciales, régissant la succession de certains droits » : A. Maczynski, « Succession et famille en Pologne », in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 60, Journées roumaines, *Les successions*, Bruylant-LB2V, Bruxelles, 2012, p. 165 s.). V. aussi M. D. Bob, « Succession et famille en Roumanie », in *ibid.*, p. 199 s. (meubles affectés au foyer familial, droit au logement, biens apportés aux couvents par les moines, etc.). V. encore les articles 1176 et suivants du code civil de la fédération de Russie (règles successorales spéciales pour certains types de biens).

²²¹⁰ V. Y. Lequette, « La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001 : continuité ou rupture ? », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz, 2006, p. 167 s., spéc. p. 171. Rapp. C. Brenner, « La succession », in *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 427 s., spéc. n° 15, p. 434, qui voit dans la permanence du retour légal le signe d'« une nette régression » du principe de l'unité de la succession.

²²¹¹ Le code de 1804 en consacrait trois également : au bénéfice de l'adoptant (article 352 ancien), de l'ascendant donateur (article 747 ancien), et des frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel (article 766 ancien).

²²¹² V. L. Leveneur, « Pour le droit de retour de l'article 757-3 du Code civil, avec quelques améliorations », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 185 s. V. aussi Y. Lequette, « La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001 : continuité ou rupture ? », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz, 2006, p. 167 s.

²²¹³ Sur ce texte, et pour le constat qu'il prévoit une règle spéciale exceptionnelle, source d'un ordre de dévolution différent de celui prévu par le droit commun de la dévolution successorale, v. not. A. Favreau, « Le droit d'auteur et le droit des successions », in *Propriété intellectuelle et droit commun*, PUAM, 2007, p. 181 s., spéc. p. 192 s. V. aussi cette contribution pour d'autres exemples de règles spéciales en droit d'auteur.

par un pacte civil de solidarité, de ses ascendants et de ses descendants participant à l'exploitation ou y ayant participé effectivement au cours des cinq années antérieures au décès »²²¹⁴. D'autres dispositions sont à l'avenant²²¹⁵.

710. **Successions anormales « découvertes » par la jurisprudence.** La jurisprudence a, elle aussi, dégagé des règles spéciales matérielles, dérogoires au droit commun de la dévolution, en particulier sous la forme d'une succession anormale pour les souvenirs de famille : sont visés les biens transmis par un ancêtre et dont la valeur sentimentale est supérieure à la valeur vénale. Pour ceux-ci, la jurisprudence s'est autorisée, *contra legem*, à déroger aux règles de droit commun de la dévolution successorale : visant « le principe concernant l'attribution des souvenirs de famille », la Cour de cassation a décidé que faute d'accord entre les héritiers, les souvenirs de famille sont remis à l'un d'eux, à titre de simple dépositaire²²¹⁶. De ce fait, comme le remarquent les professeurs Zenati-Castaing et Revet, « ces objets ne sont pas soumis à la dévolution successorale de droit commun »²²¹⁷. La dévolution des droits sur une sépulture semble également pouvoir être mentionnée²²¹⁸. Quelques règles spéciales relativement éparées donc, même si « on veut espérer, toutefois, que le phénomène ne préfigure pas un éclatement de la matière successorale en un droit commun assorti de règles spéciales en expansion continue comme cela s'est produit en d'autres disciplines »²²¹⁹.

711. **Partage : multiplication des attributions préférentielles.** Les règles spéciales matérielles relatives au partage successoral, ensuite, renvoient à la question des « attributions préférentielles ». L'objet de ces dernières est, « non de procéder à une dévolution particulière de tel ou tel bien en raison de sa nature ou plus exactement de sa destination, mais de

²²¹⁴ Pour une application de cette dernière règle, v. Civ. 1^{re}, 18 mars 1980, n° 78-14.517, *Bull. civ.* I, n° 93 ; D. 1981, jur. p. 17 s., note A. Breton. Ces exemples font dire à un auteur qu'il est manifeste que le droit contemporain « soustrait les baux ruraux et les baux d'habitation au droit commun des successions » (Ph. Malaurie, *Les successions - Les libéralités*, 5^e éd., Defrénois, 2012, n° 37).

²²¹⁵ V. par ex. les droits visés par les articles L. 123-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle, le droit au bail d'habitation visé par l'article 14, al. 2, de la loi du 6 juillet 1989 (sur lesquels v. P. Voirin et G. Goubeaux, *Droit civil*, t. 2, *Régimes matrimoniaux - Successions - Libéralités*, 26^e éd., LGDJ, 2010, n° 287), la pension de vieillesse et l'article L. 353-1 du code de la sécurité sociale, l'assurance-décès et l'article L. 361-1 du même code, l'assurance-vie et l'article L. 132-12 du code des assurances (sur lesquels v. Ph. Malaurie, *op. cit.*, n° 30, notes 21 et 22). V. aussi, pour les offices ministériels et clientèles civiles, Ph. Malaurie, *op. cit.*, n° 30 s.

²²¹⁶ V. not. Civ. 1^{re}, 21 févr. 1978, *Méneval*, n° 76-10.561, *Bull. civ.* I, n° 71 ; *JCP G* 1978, II, 18836, concl. Gulphe : « les souvenirs de famille échappent aux règles de dévolution successorale et de partage établies par le code civil et peuvent être confiés, à titre de dépôt, à celui des membres de la famille que les tribunaux estiment le plus qualifié » (qualifiant cette dévolution particulière d'« exception aux règles normales ») – v. aussi Civ. 1^{re}, 29 nov. 1994, n° 92-21.993, *Bull. civ.* I, n° 354 – CA Montpellier, 10 sept. 2002, n° 00/4475 : les « souvenirs de famille [...] échappent en effet aux règles de droit commun de dévolution successorale et de partage ». V. déjà Req. 30 juin 1942, *JCP* 1943, II, 2254, note R. S. V. *Droit patrimonial de la famille*, dir. M. Grimaldi, 4^e éd., Dalloz, 2011, n° 235.142 (cette règle « fait échapper les biens qui en sont l'objet au droit commun de la dévolution ») ; Ph. Malaurie, *Les successions - Les libéralités*, 5^e éd., Defrénois, 2012, n° 31 (« dérogoire au droit commun »). V. aussi P. Voirin et G. Goubeaux, *Droit civil*, t. 2, *Régimes matrimoniaux - Successions - Libéralités*, 26^e éd., LGDJ, 2010, n° 287. *Adde* P. Morvan, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 1999, n° 283.

²²¹⁷ F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Cours de droit civil - Successions*, PUF, 2012, n° 51.

²²¹⁸ V. par ex. Civ. 1^{re}, 6 mars 1973, n° 71-11.419, *Bull. civ.* I, n° 85. Qualifiant cette dévolution particulière de succession anormale, *Droit patrimonial de la famille*, dir. M. Grimaldi, 4^e éd., Dalloz, 2011, n° 235.151 s. ; P. Voirin et G. Goubeaux, *Droit civil*, t. 2, *Régimes matrimoniaux - Successions - Libéralités*, 26^e éd., LGDJ, 2010, n° 287.

²²¹⁹ C. Brenner, « La succession », in *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 427 s., spéc. n° 17, p. 436.

déroger à un stade ultérieur aux règles ordinaires du partage – égalité en nature, tirage au sort – par son attribution à tel ou tel des indivisaires qui est préféré aux autres »²²²⁰. Depuis la première utilisation de la technique par le décret-loi du 17 juin 1938, elles n'ont eu de cesse de se développer²²²¹. Les règles qui y sont relatives sont contenues aux articles 831 et suivants du code civil²²²². Notamment, aux termes de l'article 831, alinéa 1^{er}, du code civil, « le conjoint survivant ou tout héritier copropriétaire peut demander l'attribution préférentielle par voie de partage [...] de toute entreprise, ou partie d'entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale » qui se trouve dans la succession du *de cuius* et à l'exploitation de laquelle il a participé ; l'alinéa 2 précise que la demande peut porter sur des droits sociaux. L'article 831-2 du même code prévoit également, à certaines conditions et au profit des mêmes personnes, une possibilité d'attribution préférentielle pour les droits sur le local d'habitation et du mobilier qui le garnit, pour les droits sur le local à usage professionnel et les objets mobiliers à usage professionnel qui s'y trouvent, ou encore pour « l'ensemble des éléments mobiliers nécessaires à l'exploitation d'un bien rural »²²²³. Le nombre de ces règles spéciales matérielles successorales reste néanmoins modeste²²²⁴.

2. Libéralités

712. **Quelques règles spéciales matérielles.** Il existe également certaines règles spéciales matérielles relatives aux libéralités²²²⁵ ; là encore, elles demeurent relativement peu nombreuses.

²²²⁰ Y. Lequette, « La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001 : continuité ou rupture ? », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz, 2006, p. 167 s., spéc. p. 171. Sur les attributions préférentielles, v. aussi M. Grimaldi, *Successions*, 6^e éd., Litec, 2001, n° 885 s. ; F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions - Les libéralités*, 4^e éd., Dalloz, 2013, n° 1111 s.

²²²¹ Rappr. Y. Lequette, « La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001 : continuité ou rupture ? », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz, 2006, p. 167 s., spéc. p. 171 : « on ne saurait nier que, à la différence du Code civil de 1804, la législation moderne prend fréquemment en compte la nature de certains biens, exploitation agricole, entreprise commerciale, artisanale ou industrielle, [...] afin que ceux-ci échoient aux successeurs qui seront les mieux à même de les exploiter ». V. aussi *JCl. Civil code*, art. 731 à 733, « Successions », par Jacques Foyer, 2007, n° 44, qui note l'élargissement du domaine d'application des attributions préférentielles par la loi du 23 juin 2006. V. déjà M. Dagot, « La nouvelle extension du champ d'application de l'attribution préférentielle résultant de la loi n° 70-1265 du 23 décembre 1970 », *JCP G* 1971, I, 2387 et « Retouches 1982 au droit de l'attribution préférentielle », *JCP G* 1983, I, 3118.

²²²² Sur ces règles, v. not. G. Yildirim, « La modernisation des opérations de partage », *D.* 2006, p. 2570 s., n° 12.

²²²³ Pour d'autres exemples, v. not. *Droit patrimonial de la famille*, dir. M. Grimaldi, 4^e éd., Dalloz, 2011, titres 34 et 35. Des règles spéciales de ce type se retrouvent dans d'autres droits (par ex. A. Maczynski, « Successions et familles en Pologne », in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 60, Journées roumaines, *Les successions*, Bruylant et LB2V, Bruxelles, 2012, p. 165 s.).

²²²⁴ De rares lois dites « de circonstances » pourraient être citées à titre anecdotique (par exemple, la loi du 23 décembre 1970 portant exonération des droits de mutation sur la succession du général de Gaulle), ou d'autres encore, moins personnelles, telles les lois de guerre (pour un tel exemple en droit roumain, v. M. D. Bob, « Successions et familles en Roumanie », in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 60, Journées roumaines, *Les successions*, Bruylant et LB2V, Bruxelles, 2012, p. 199 s.). Adde F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Cours de droit civil - Successions*, PUF, 2012, n° 134 s., « Les régimes dérogatoires de liquidation des successions ».

²²²⁵ L'offre de loi conduite par Carbonnier proposait d'en regrouper dans un chapitre intitulé « Des libéralités à statut particulier » ; ce chapitre contenait les règles relatives aux libéralités sur des droits démembrés de la propriété, aux libéralités graduelles et résiduelles, aux libéralités à personnes indéterminées ou futures, aux donations matrimoniales et aux partages d'ascendants (J. Carbonnier et al., *Des libéralités - Une offre de loi*, Defrénois, 2003, p. 79 s.).

713. **Libéralités familiales.** Quelques règles spéciales concernent les libéralités familiales – aujourd'hui moins nombreuses qu'hier, leur nombre reculant au profit de règles de droit commun matériel²²²⁶. Certaines règles sont d'abord spéciales aux libéralités entre époux ou aux époux, prévues aux articles 1081 et suivants du code civil – par exemple la quotité disponible spéciale entre époux au profit du conjoint en présence de descendants, prévue à l'article 1094-1 du code civil²²²⁷. Sont ensuite concernées les libéralités entre descendant et ascendant, qui n'obéissent pas toujours au droit commun matériel ; par exemple, les articles 1075 et suivants du code civil réorganisent les « pactes de famille » que constituent les libéralités-partage, en adaptant un certain nombre de règles – notamment, l'article 1078 dispose que les biens qui font l'objet d'une donation-partage sont, à certaines conditions, évalués à la date du partage et non à celle du décès, par dérogation à la règle posée à l'article 922 du code civil²²²⁸.

714. **Libéralités à caractère collectif.** Dans un mouvement inverse, l'on assiste à l'essor – parfois jusqu'à la profusion – de règles spéciales relatives aux libéralités dites « à caractère collectif »²²²⁹, c'est-à-dire faites à des personnes morales²²³⁰, notamment associations ou personnes publiques. La doctrine déplore l'« éparpillement des textes applicables »²²³¹. Exemples parmi d'autres, l'article 910, alinéa 1^{er}, régit l'acceptation des libéralités faites aux établissements de santé, sociaux et médico-sociaux, ou d'utilité publique²²³² ; de même, les articles L. 1121-1 et suivants du code général de la propriété des personnes publiques prévoient les modalités d'acceptation d'une libéralité par l'État ou l'un de ses établissements publics. Ces règles adapteraient le droit des libéralités à la complexité structurelle des personnes instituées²²³³.

715. **Autres dispositions ponctuelles.** D'autres règles spéciales matérielles, plus ponctuelles, existent. Elles tiennent compte de circonstances spécifiques, de danger ou d'urgence. Par exemple, l'article 909 du code civil édicte un certain nombre d'incapacités spéciales de recevoir à titre gratuit, notamment pour les membres des professions médicales qui ont prodigué des soins au *de cujus* pendant la maladie dont il décède ; ou encore, les règles prévues aux

²²²⁶ Exemple parmi d'autres, la loi du 23 juin 2006 a supprimé le caractère « familial » des règles relatives aux substitutions (ou libéralités substitutives) permises : cette possibilité est aujourd'hui ouverte quels que soient les liens entre le disposant et les gratifiés (*Droit patrimonial de la famille*, dir. M. Grimaldi, 4^e éd., Dalloz, 2011, n° 331.111, par J.-F. Sagaut) : v. les articles 1048 et suivants du code civil, qui réglementent les libéralités graduelles et résiduelles.

²²²⁷ Pour d'autres exemples, *Droit patrimonial de la famille*, dir. M. Grimaldi, 4^e éd., Dalloz, 2011, titres 34-35, par N. Peterka. Adde F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions - Les libéralités*, 4^e éd., Dalloz, 2013, n° 623 s. Il ne s'agit pas d'une spécificité française : v. par ex. M. D. Bob, « Successions et familles en Roumanie », in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 60, Journées roumaines, *Les successions*, Bruylant-LB2V, Bruxelles, 2012, p. 199 s.

²²²⁸ V. M. Grimaldi, obs. sur Civ. 1^{re}, 16 juin 2011, *RTD civ.* 2011, p. 789 s., spéc. p. 791. Pour davantage d'exemples et des développements, v. L. Leveneur, « Les nouveaux visages des libéralités-partages », in *Mélanges Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 637 s. ; *Droit patrimonial de la famille*, dir. M. Grimaldi, 4^e éd., Dalloz, 2011, n° 410 s.

²²²⁹ V. not. F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions - Les libéralités*, 4^e éd., Dalloz, 2013, n° 658 s. ; *Droit patrimonial de la famille*, dir. M. Grimaldi, 4^e éd., Dalloz, 2011, n° 360.01, par J.-P. Marguénaud et B. Dauchez.

²²³⁰ Ou par des personnes morales, ajoute la doctrine (*Droit patrimonial de la famille*, dir. M. Grimaldi, 4^e éd., Dalloz, 2011, n° 360.11, par J.-P. Marguénaud et B. Dauchez). Comp. F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions - Les libéralités*, 4^e éd., Dalloz, 2013, n° 658 s., qui y distinguent les libéralités aux personnes morales et les libéralités aux fondations.

²²³¹ *Droit patrimonial de la famille*, dir. M. Grimaldi, 4^e éd., Dalloz, 2011, titre 36, par J.-P. Marguénaud et B. Dauchez.

²²³² V. aussi le décret d'application de cet article : décret n° 2007-807 du 11 mai 2007 « relatif aux associations, fondations, congrégations et établissements publics du culte et portant application de l'article 910 du code civil »

²²³³ Pour davantage d'exemples et des développements, v. *Droit patrimonial de la famille*, dir. M. Grimaldi, 4^e éd., Dalloz, 2011, titre 36, par J.-P. Marguénaud et B. Dauchez.

articles 981 et suivants du code civil autorisent des formes particulières pour le testament des militaires et des marins de l'État en cas de guerre ou d'opérations militaires ; l'article 988 du même code prévoit des formes dérogatoires pour les personnes présentes à bord d'un navire au cours d'un voyage, qui tiennent compte de conditions particulières d'urgence. La modestie de ces règles n'appelle-t-elle pas une comparaison avec l'abondance des règles spéciales ailleurs ?

§ II – Comparaison avec les institutions rongées

716. **Pourquoi si peu de règles spéciales matérielles ?** Question inévitable : pourquoi si peu de règles spéciales matérielles pour ces institutions, alors que d'autres sont rongées ? Reprenons, par exemple, le cas de la prescription acquisitive : pourquoi si peu de règles spéciales matérielles²²³⁴ ? Une hypothèse qui peut être explorée tiendrait en ce que cette modestie ne serait pas liée à des contraintes techniques, mais reposerait avant tout sur un choix politique.

717. **Explication technique ?** Un premier réflexe pourrait conduire à avancer que la prescription acquisitive a un objet homogène – les droits réels, et principalement la propriété des immeubles –, ce qui justifierait la modestie des dispositions spéciales, alors que, par contraste, la prescription extinctive a des objets très variés – parmi lesquels les droits incorporels, notamment les créances, catégorie hétérogène s'il en est –, qui exigeraient une multiplicité de délais spéciaux. Le raisonnement peine pourtant à convaincre, car il revêt une part d'artifice. La catégorie des créances n'est-elle pas aussi variée – ou aussi uniforme, selon le point de vue – que celle des immeubles ? Il est certain qu'il y a peu de points communs entre une créance issue d'un dommage corporel et une créance issue d'une loterie publicitaire, ou une créance issue d'un contrat de transport de marchandises²²³⁵. Mais, de la même manière, quel point commun entre un champ de quelques hectares situé dans une région rurale et un immeuble de grande hauteur situé dans une grande ville ? L'exemple de la prescription acquisitive montre que la diversité de l'objet d'une institution ne suffit pas à *légitimer* la profusion de règles spéciales : aucun lien ne s'impose entre celle-ci et celle-là. La prescription acquisitive des immeubles pourrait tout autant justifier pléthore de dispositions spéciales matérielles, qui distingueraient selon le type d'immeuble concerné, que la prescription extinctive a de dispositions spéciales matérielles relatives au type de créance concernée. La catégorie des « créances » pour la prescription extinctive ne serait morcelée que par la volonté d'édicter des dispositions spécifiques à autant de types de créances ; réciproquement, la catégorie des « immeubles » pour la prescription acquisitive ne serait uniforme que parce que la volonté des pouvoirs publics est de la considérer comme telle.

²²³⁴ V. *supra*, n° 704.

²²³⁵ Le raisonnement est, en outre, limité, car il apparaît réversible : quel point commun entre une créance issue d'une loterie publicitaire, une créance liée à une atteinte à la vie privée, et une créance qui résulte de l'inexécution d'obligations nées d'un contrat de vente entre deux particuliers ? Elles sont pourtant toutes soumises au même délai de prescription extinctive : cinq ans (article 2224 du code civil). À l'inverse, alors qu'une créance qui résulte de l'inexécution d'obligations nées d'un contrat de vente entre deux particuliers et une créance née dans les mêmes circonstances, mais dans un contrat entre un professionnel et un consommateur, présentent un certain nombre de points communs, la première se prescrit par cinq ans (article 2224 précité), tandis que la seconde se prescrit par deux ans (article L. 137-2 du code de la consommation). Difficile d'y trouver une logique *technique*.

718. **Explication politique.** Si l’explication de technique juridique ne convainc pas pleinement, peut-être reste-t-il une explication de politique juridique : l’absence de règles spéciales matérielles répondrait davantage à un *choix politique* qu’à une véritable nécessité technique. C’est ainsi que la modestie des règles spéciales matérielles de prescription acquisitive résulterait d’une simple décision des pouvoirs publics. En ce sens, l’existence d’une multiplicité de délais spéciaux de prescription acquisitive apparaîtrait tout à fait concevable *techniquement*. Il suffirait aux pouvoirs publics de les édicter : la propriété des champs se prescrirait par trente ans ; la propriété des maisons de ville se prescrirait par vingt ans ; la propriété des appartements se prescrirait en principe par dix ans, mais la propriété des studios, par cinq ans – sauf si la taille du studio ne dépasse pas dix mètres carrés, auquel cas le délai serait raccourci à quatre ans –, et la propriété des immeubles affectés à un usage commercial se prescrirait par trois ans. Les déclinaisons seraient infinies et n’auraient d’autre limite que l’imagination des pouvoirs publics. La gestion des règles spéciales, ici en matière immobilière, relèverait ainsi d’une décision politique²²³⁶. Et, par contraste, n’en est-on pas là pour la prescription extinctive, rongée par les règles spéciales matérielles²²³⁷ ?

719. **Confirmation du droit comparé : des règles spéciales qui existent ailleurs.** L’argument de technique juridique est encore affaibli par le fait que certains systèmes juridiques étrangers connaissent des règles spéciales matérielles beaucoup plus développées que celles du droit français relativement à la prescription acquisitive²²³⁸. Ils confortent dans l’idée que l’état des choses résulte d’un choix de politique juridique. L’exemple du droit italien est éclairant. Le *codice civile* connaît plusieurs prescriptions acquisitives matériellement spéciales, qui distinguent selon les types de bien. L’article 1158 prévoit une prescription acquisitive des immeubles par un délai de vingt ans ; en vertu de l’article 1159, la prescription est abrégée à dix ans au cas de bonne foi et juste titre. L’article 1159 *bis* prévoit une prescription acquisitive spéciale de quinze ans pour la petite propriété rurale, réduite à cinq ans en cas de juste titre et bonne foi ; l’article 1160 fixe à vingt ans la prescription acquisitive des universalités de meubles, et la réduit à dix ans en cas de juste titre et bonne foi ; l’article 1161 régit la prescription acquisitive des meubles, qui s’acquièrent par prescription de dix ans, et vingt ans en cas de mauvaise foi. Quant à l’article 1162, il édicte une prescription acquisitive des meubles immatriculés par trois ans, et l’augmente à dix ans dans certains cas. La comparaison entre le droit français et le droit italien n’incite-t-elle pas à penser que la présence ou l’absence de règles spéciales matérielles de prescription acquisitive relève d’un choix de politique juridique plus que d’une nécessité technique²²³⁹ ?

²²³⁶ *Adde*, sur la fonction politique des droits immobiliers, C. Saint-Alary-Houin, « Une nouvelle fonction de l’immeuble : “la cohésion sociale” », in *Mélanges R. Saint-Alary*, PU Toulouse, 2006, p. 499 s. Et par ex., un auteur avait proposé l’institution d’un délai spécial de prescription acquisitive, plus court que le délai de trente ans, pour les meubles, dans les cas où le mécanisme possession vaut titre serait inapplicable (A. Montel, « Considérations en matière de réforme de la prescription », *RTD civ.* 1936, p. 637 s., spéc. n° 5, p. 644 s.), proposition à considérer, tant le délai de trente ans en matière mobilière peut paraître long.

²²³⁷ V. *supra*, n° 682 s.

²²³⁸ V. aussi et par ex., au-delà de l’exemple développé du droit italien, l’article 2919 du code civil du Québec, qui prévoit un délai spécial de prescription acquisitive de trois ans pour les meubles.

²²³⁹ De telles règles existaient en outre dans l’ancien droit français : v. par ex., le relevant, M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 3, *Les biens*, par M. Picard, LGDJ, 2^e éd., 1952, n° 694. *Adde* F.-I. Dunod de Charnage, *Traité des prescriptions, de l’aliénation des biens d’Église et des dixmes*, Briasson, 1765 ; et, pour des développements sur la prescription des biens d’Église, R.-J. Pothier, *Traité de la prescription qui résulte de la possession*, in *Traité de la possession et de la prescription*, t. 2, Paris, Debure et Orléans, V^{ve} Rouzeau-Montaut, 1772, n° 189 s.

720. **Raisonnement transposable.** Le raisonnement est transposable à d'autres institutions, à commencer par les sûretés réelles immobilières conventionnelles. La justification technique du peu de règles spéciales matérielles aurait les allures d'un sophisme²²⁴⁰. Ces développements permettraient ainsi de confirmer l'intuition selon laquelle, quelle que soit l'institution considérée, il apparaît possible, techniquement et politiquement, de construire un système dans lequel le droit commun matériel n'est pas noyé sous les règles spéciales matérielles.

721. **Conclusion de chapitre.** Un certain nombre d'institutions – prescription extinctive, cautionnement, gage, nantissement, responsabilité, contrat, etc. –, connaît une véritable prolifération de règles spéciales *ratione materiae* ou *personae*. En comparaison, d'autres institutions, telles la prescription acquisitive ou, dans une certaine mesure, les successions et les libéralités, bénéficient d'une certaine rareté des règles spéciales matérielles ; cette rareté apparaît résulter largement d'un choix de politique juridique. Ces disparités soulèvent des questions : pourquoi tant de règles spéciales, pour les institutions qui sont rongées par elles ? Les institutions préservées ne pourraient-elles servir de modèle aux autres ?

²²⁴⁰ Pour les mêmes raisons que celles exposées juste *supra*, l'on ne peut conclure trop vite que la réglementation des droits incorporels – nantissement – appellerait une pluralité de règles spéciales en raison de la diversité des catégories incluses, contrairement à la réglementation des immeubles – hypothèque immobilière et gage immobilier –, qui n'en appellerait pas, ou pas autant.

Chapitre II – Réflexion sur les règles spéciales matérielles

722. **Pourquoi autant de règles spéciales matérielles ?** À comparer les institutions qui ne sont pas rongées par les règles spéciales matérielles et celles qui le sont, il est permis de se demander si cette prolifération des règles spéciales matérielles correspond véritablement à une démarche réfléchie, raisonnée, des pouvoirs publics qui les édictent.

723. **Effets néfastes de la profusion de règles spéciales matérielles.** Il est d'autant plus permis de se le demander que la spécialisation matérielle semble avoir des effets néfastes majeurs, qui tiennent notamment en ce que l'on ne sait plus toujours avec certitude quelle règle appliquer à quelle hypothèse²²⁴¹ ; il en résulte des situations de confusion parfois proches d'un point de non-retour²²⁴², où plusieurs fondements juridiques incompatibles sont offerts à celui qui entend faire valoir ses droits²²⁴³. Cette pluralité donne lieu à d'intarissables conflits de qualification²²⁴⁴, eux-mêmes à la source d'un risque d'instrumentalisation des règles de

²²⁴¹ 1) Sur ce phénomène en général, v. not. F. Bussy-Dunaud, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*, LGDJ, 1988, n° 31 s. Dabin notait ces « difficultés d'ordre proprement technique » et expliquait que les « statuts spéciaux » devaient « définir de manière suffisamment nette la catégorie assujettie [...], de telle sorte que les intéressés et l'interprète du droit disposent d'une règle ferme, excluant l'hésitation et l'arbitraire » ; il relevait cependant que, loin de cet idéal, « plus on descend dans les spécifications sociales, plus le travail d'analyse devient délicat », et soulevait « le problème des cas-limites » : « Les sociologues n'ont pas encore réussi à élaborer une définition satisfaisante de l'ouvrier, de l'employé, de l'artisan [...]. Comment édifier un système de droit sur des concepts aussi fragiles ? » (« Droit de classe et droit commun. Quelques réflexions critiques », in *Mélanges É. Lambert*, t. 3, Sirey-LGDJ, 1938, p. 66 s., spéc. p. 78).

2) Pour la prescription, v. M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, t. 7, 2^e éd., 1954, n° 1327, p. 736 : la profusion de délais différents ne peut « être qu'une cause d'erreurs et de surprises et qui donnent lieu à des difficultés constantes d'interprétation » ; A. Bénabent, « Sept clefs pour une réforme de la prescription extinctive », *D.* 2007, p. 1800 s., spéc. n° 15 ; M. Béhar-Touchais, « Foisonnement des délais », in *Les désordres de la prescription*, dir. P. Courbe, PU Rouen, 2000, p. 7 s., spéc. n° 15 s., p. 16 s. À titre d'illustration : Com. 20 févr. 1990, n° 88-12.786, *Bull. civ.* IV, n° 49 ; *D.* 1991, somm. comm. p. 120, obs. X. Prétot : conflit entre la prescription édictée par l'article L. 332-1 du code de la sécurité sociale et celle prévue par l'article L. 274 du livre des procédures fiscales.

3) Pour les contrats, v. not. F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., 2011, n° 1 : du fait de leur diversification et de leur spécialisation croissantes, « l'on ne sait plus très bien quelles sont les règles qu'il faut leur appliquer ».

4) Pour la responsabilité civile, v. not. F. Pollaud-Dulian, « De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires », *RTD com.* 1997, p. 349 s.

²²⁴² Par exemple, l'existence de divers régimes de protection des majeurs correspondrait à un besoin, technique comme social (v. *infra*, not. n° 732 ; *adde* V. Mikalef-Toudic et A. Cermolacce, « Catégorie de personnes et capacité », in *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil*, Economica, 2006, p. 41 s., spéc. p. 46). Cependant, « la différenciation des règles relatives aux incapables a des limites. À trop vouloir distinguer les régimes de protection, le système risque de devenir incohérent » (art. préc., spéc. p. 51) et inutilement complexe. La trop grande spécialisation de ces règles pourrait revêtir des effets pervers : la multiplication des règles spéciales à tel ou tel régime de protection « contribue à rendre inefficace la protection des intérêts de l'incapable que la loi s'était pourtant assignée à mettre en place » (art. préc., spéc. p. 51) ; « cette pluralité de régimes juridiques et l'opacité de leurs frontières entraînent une insécurité des transactions et un sentiment d'imprévisibilité » (art. préc., spéc. p. 53) ; « dans cette jungle juridique foisonnante, le juriste et *a fortiori* le *quidam* ne s'y reconnaissent plus » (art. préc., spéc. p. 53).

²²⁴³ V. not. F. Bussy-Dunaud, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*, LGDJ, 1988, n° 31 s.

²²⁴⁴ Dans la mesure où il est parfois difficile de déterminer dans quelle catégorie abstraite entre un cas concret.

1) Pour la prescription par exemple, les demandes en délivrance ou en restitution de biens immobiliers sont-elles des « actions personnelles », soumises au délai quinquennal de l'article 2224 du code civil, ou des « actions réelles immobilières », soumises au délai trentenaire de l'article 2227 du même code, si elles ne sont pas des « actions mixtes », oubliées par les textes ? La question est complexe (v. not. M.-L. Cicile-Delfosse, « L'incidence de la réforme en droit immobilier », in *La réforme de la prescription en matière civile*, Dalloz, 2010, p. 79 s., spéc. p. 88).

droit par les plaideurs²²⁴⁵. Les exemples sont nombreux et il serait presque possible de « multiplier l'exercice à l'infini »²²⁴⁶. À suivre les durs propos d'un ancien premier président de la Cour de cassation, ce désordre ne serait pas si étonnant : « contrairement à ce que croient les ignorants, plus le législateur rentre dans le détail, plus il a de chances de provoquer un important contentieux, car les principes disparaissent et les contradictions se multiplient »²²⁴⁷.

724. **Plan.** Face à ce constat, il apparaît souhaitable de rechercher dans quelle mesure les règles spéciales matérielles peuvent se trouver justifiées en opportunité (Section I) et si la suppression des règles sans justification appropriée ne pourrait être envisagée (Section II).

Section I – La recherche des justifications

725. **La nécessité de rechercher les justifications des règles spéciales matérielles.** Parce que les règles spéciales matérielles se développent et traitent à part des personnes et des activités, contre un modèle universaliste hérité de la philosophie révolutionnaire tendant à traiter semblablement tous les individus²²⁴⁸, réfléchir à leur raison d'être apparaît important²²⁴⁹. Dans cette démarche, tout semble question de mesure, entre l'excès consistant à

2) Pour les successions, v. not. l'hypothèse du « conflit de successions anormales » (Y. Lequette, « La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001 : continuité ou rupture ? », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz, 2006, p. 167 s., spéc. p. 179 s.). Tel est par exemple le cas lorsqu'un adopté simple laisse, pour lui succéder, un conjoint survivant et des collatéraux privilégiés (frères et sœurs) : pour la dévolution des biens laissés par les père et mère du *de cuius*, un conflit entre deux règles spéciales de dévolution (articles 368-1 et 757-3 du code civil), toutes deux susceptibles de s'appliquer, est ouvert. Pour des pistes de solutions, v. Y. Lequette, *ibid.*

3) Pour des exemples relatifs à la responsabilité civile, S. Maclair, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse Orléans, 2011, n° 1. *Adde*, pour la responsabilité des constructeurs, C. Saint-Alary-Houin, obs. sur Civ. 3^e, 27 avr. 2000 et Civ. 3^e, 29 mars 2000, *Dr. et patr.* n° 87, nov. 2000, p. 87 s. (arrêt cassé pour avoir commis une erreur de qualification et évincé le régime de droit commun).

²²⁴⁵ Chaque plaideur sera alors tenté d'invoquer la règle la plus favorable au succès de ses prétentions, ce qui pourra donner lieu à des contentieux qui durent parfois plusieurs dizaines d'années. Par exemple, pour la prescription, il a été noté souvent que la durée du délai détermine le choix des plaideurs d'invoquer tel fondement plutôt que tel autre (M. Béhar-Touchais, « Foisonnement des délais », in *Les désordres de la prescription*, dir. P. Courbe, PU Rouen, 2000, p. 7 s., spéc. n° 15, p. 16 ; F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 s., spéc. p. 942 ; F. Bussy-Dunaud, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*, LGDJ, 1988, not. n° 111 et n° 243 ; comp. M. Mignot, « Aperçu critique de l'avant-projet de loi sur la prescription », *RRJ* 2007, n° 4, p. 1639 s., spéc. p. 1653). V. not. le mouvement de fuite, auquel a donné lieu l'ancien « bref délai » de l'article 1648 du code civil, depuis la garantie des vices cachés vers d'autres fondements (v. déjà F. Bussy-Dunaud, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*, LGDJ, 1988, n° 108 s.), notamment la délivrance conforme ou la responsabilité contractuelle en général (v. not., mettant fin à un flottement de plusieurs années, Civ. 1^{re}, 5 mai 1993, n° 90-18.331, *Bull. civ.* I, n° 158 ; *D.* 1993, jur. p. 506 s., note A. Bénabent).

²²⁴⁶ A. Bénabent, « Le chaos du droit de la prescription extinctive », in *Mélanges L. Boyer*, PU Toulouse, 1996, p. 123 s., spéc. p. 125 (à propos de la prescription extinctive avant la réforme réalisée par la loi du 17 juin 2008 ; mais le constat semble largement extensible). La question pourrait appeler une étude à elle seule.

²²⁴⁷ P. Bellet, « Grandeur et servitudes de la Cour de cassation », *RIDC* 1980, p. 293 s., spéc. p. 298.

²²⁴⁸ C'est ici un deuxième volet de l'universalisme politique français, qui tend à traiter tous les individus indistinctement (rapp. Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, 2003, *passim* ; P. Rosanvallon, *Le modèle politique français - La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Seuil, 2004, qui évoque « la culture politique de la généralité » [not. p. 12-13] – *adde*, du même auteur, *La société des égaux*, Points, 2013). Pour le premier volet de ce modèle universaliste, lié au droit commun territorial, v. *supra*, n° 402.

²²⁴⁹ De manière générale, v. A. Supiot, *Homo juridicus - Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, 2005, p. 25.

trouver à tout prix une justification à toutes les règles spéciales et l'excès inverse tendant à les stigmatiser toutes²²⁵⁰.

726. **Plan : mesurer le besoin de règles spéciales matérielles.** L'existence de règles juridiques d'un inégal degré de généralité correspond incontestablement à un besoin : dans certaines situations, le droit commun matériel – tout comme, ainsi que précédemment étudié, le droit commun territorial²²⁵¹ –, en raison de sa généralité, ne serait pas adapté²²⁵² et, dans cette mesure, des règles spéciales matérielles sont nécessaires. À elle seule pourtant, l'affirmation apparaît trop courte : quels arguments sont susceptibles de justifier les règles spéciales matérielles – si le droit spécial matériel « répond à de réels besoins »²²⁵³, il faut déterminer lesquels –, et quelles règles spéciales peuvent y être rattachées ? La recherche de la justification en opportunité des règles exceptionnelles (§ I) et de celle des règles non exceptionnelles (§ II) seront successivement esquissées.

§ I – La recherche de justification des règles spéciales matérielles exceptionnelles

727. **Plan : quelles justifications ?** L'affirmation selon laquelle la règle est exceptionnelle parce qu'elle le justifie²²⁵⁴, circulaire, doit être dépassée. Quelles justifications aux règles spéciales qui dérogent à la solution de droit commun matériel ? Quelles circonstances justifient le traitement à part qu'elles instaurent²²⁵⁵ ? La technique (A), la politique et les valeurs

²²⁵⁰ La tendance à entreprendre de justifier tout ce qui existe semble devoir être regardée avec circonspection : ce n'est pas parce qu'une règle existe qu'elle est nécessairement justifiée en opportunité, ou parce qu'aucune règle n'existe que cette absence est justifiée en opportunité (par ex., en droit français, peu de règles spéciales matérielles existent pour la prescription acquisitive, et la doctrine française s'accorde pour l'essentiel sur le fait que l'institution ne nécessite pas une multiplicité de règles spéciales ; mais, à l'inverse, ces dispositions existent en plus grand nombre en droit italien, et la doctrine ultramontaine semble s'être attachée à en légitimer l'existence [v. déjà, le relevant, A. Montel, « Considérations en matière de réforme de la prescription », *RTD civ.* 1936, p. 637 s., spéc. n° 1, p. 639 ; sur ces règles spéciales en droit italien, v. *supra*, n° 719]).

²²⁵¹ V. *supra*, n° 446 et la note.

²²⁵² Pour la doctrine en ce sens, v. not. N. Delegeve, *Le droit commun et le droit spécial*, thèse Paris II, 2011, n° 245 s., p. 264 s. Pour les contrats, J. Raynard, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », *RDC* 2006, p. 597 s., spéc. p. 599. Pour la responsabilité civile, M. Poumarède, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, *passim*, par ex. n° 325 s. Adde S. Mauclair, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse Orléans, 2011, n° 14, et les références citées. Ce serait par exemple le cas en droit pénal, où la rigueur des règles de droit commun apparaît inadaptée aux mineurs ; existent alors des règles spéciales à ceux-ci, règles spéciales constitutives d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République (Cons. const. 29 août 2002, n° 2002-461 DC, consid. n° 26).

²²⁵³ F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 s., spéc. p. 930.

²²⁵⁴ Rapp. par ex., pour la prescription, de l'affirmation, fréquente, selon laquelle la prolifération des règles spéciales est « inhérente à la nécessaire prise en compte de situations particulières » (ici : A. Guégan, « La nouvelle durée de la prescription : unité ou pluralité ? », in *La réforme de la prescription en matière civile*, dir. Ph. Casson et Ph. Pierre, Dalloz, 2010, p. 11 s., spéc. n° 2, p. 14). V. aussi M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, 2^e éd., LGDJ, 1954, n° 1325, p. 735 : les règles spéciales de prescription « se justifient [...] par des motifs qui leur sont propres ». Non appuyées d'arguments, non vérifiées, ces formules apparaissent péremptoires et peuvent se révéler insuffisantes.

²²⁵⁵ Pour une démarche similaire, v. C. Pérès, « Intérêt général et lois restrictives de responsabilité civile », in *Mélanges G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 805 s., spéc. n° 3, p. 808-809 : l'auteur entend mettre à l'épreuve « la légitimité même des dispositions restrictives de responsabilité », qui dérogent au droit commun, dans la mesure où il pourrait s'agir de « privilèges injustifiés au profit de certains justiciables ».

sociales (B), la sociologie (C), et l'hypothèse du simple amoncellement empirique des règles spéciales matérielles (D), peuvent constituer autant de justifications à examiner.

A. La technique

728. **Exposé.** L'explication serait la suivante : les règles spéciales matérielles exceptionnelles seraient justifiées, légitimées, par des considérations de technique juridique, qui tiendraient à ce qu'elles permettent de prendre en compte la spécificité technique de certaines situations, que des règles de droit commun matériel ne pourraient qu'imparfaitement appréhender. Argument classique puisque, déjà dans la décision *Blanco*, le Tribunal des conflits posait que le droit public nécessite des « règles spéciales », en raison de spécificités techniques²²⁵⁶.

729. **Plan.** C'est ici l'affirmation selon laquelle le droit spécial servirait à régir « un type de situation que le droit commun seul ne permet pas d'organiser de façon suffisante ou efficace »²²⁵⁷ qui doit être mise à l'épreuve. Sous ce prisme d'une nécessité de technique juridique, certaines règles exceptionnelles apparaissent justifiées (1), mais le doute est permis pour d'autres (2) : le critère d'un lien pertinent entre la règle spéciale posée et l'argument technique invoqué, que rappelait Batiffol, peut servir d'aiguille²²⁵⁸.

1. Les règles justifiables par la technique

730. **Règles spéciales techniquement justifiées.** Au regard d'arguments de technique juridique, certaines règles spéciales apparaissent pleinement justifiées ; quelques exemples²²⁵⁹ peuvent être développés.

²²⁵⁶ TC 8 févr. 1873, *Blanco, Lebon* 1^{er} suppl. p. 61 s., concl. David ; *D.* 1873, 3, p. 20 s., concl. David ; *S.* 1873, 2, p. 153 s. : « Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'État, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ; que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales *qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés* » (nous ajoutons les italiques).

²²⁵⁷ F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 s., spéc. p. 935.

²²⁵⁸ V. H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p. 172 : « s'il est admissible qu'à faits différents, règles différentes, encore faut-il justifier d'un lien entre la distinction si réelle soit-elle, et la conséquence légale qui en est tirée ». Il doit exister un lien logique entre la cause (la caractéristique particulière) et l'effet que l'on entend en tirer (la règle spéciale édictée) : par exemple, le fait que les yeux de certains soient bleus n'implique pas que les obligations que contractent ces personnes dans le cadre de leur activité professionnelle se prescrivent selon un délai plus court que celles contractées dans les mêmes conditions par les personnes aux yeux marron ; le lien entre la cause et l'effet est inexistant. Dans le même sens : « si le droit spécial se légitime, c'est à la condition qu'il corresponde à l'hypothèse et que le traitement soit en relation avec la spécialité. Or la condition est loin d'être toujours observée » (J. Dabin, « Droit de classe et droit commun. Quelques réflexions critiques », in *Mélanges É. Lambert*, t. 3, Sirey-LGDJ, 1938, p. 66 s., spéc. p. 77 ; est donné l'exemple de la qualité d'ancien combattant, qui entraînait dérogation au droit commun du louage et permettait d'obtenir des facilités de logement : l'auteur estimait qu'en faisant reposer cette charge sur le bailleur et non pas sur la collectivité, le législateur se trompait de débiteur, privant la règle spéciale de justification car « à l'encontre de la personne particulière de leurs cocontractants, [les anciens combattants] n'ont rien à revendiquer d'autre que le droit commun du contrat conclu » [p. 78]).

²²⁵⁹ 1) De même, le contrat n'est-il pas – par nature ? – une institution fondée sur les règles spéciales matérielles ? C'est la spécificité d'une opération contractuelle qui en fait l'essence (par ex. Req. 18 janv. 1863, *DP* 1863, 1, p. 248 s. ; *S.* 1863, 1, p. 185 s. ; *GAJC* t. 2, 12^e éd., 2008, n° 157-6° : « un contrat ne peut légalement exister s'il ne renferme les obligations qui sont de son essence »), et le contrat en général n'existe pas, il n'y a que des contrats

731. Prise en compte de circonstances d'urgence : exemple des testaments.

Certaines règles exceptionnelles peuvent être techniquement justifiées par la prise en compte de circonstances particulières d'urgence, entraînant des spécificités que les règles de droit commun matériel peuvent difficilement appréhender²²⁶⁰ : ce n'est pas à dire que l'urgence entre directement dans les conditions d'application de la règle, mais sa perspective en est à la *ratio legis*. Ainsi en est-il par exemple des règles relatives aux testaments des personnes en voyage maritime, ou des militaires en temps d'opérations ou de guerre²²⁶¹. Ces circonstances particulières impliquent, en technique, une adaptation des solutions consacrées par les règles de droit commun matériel²²⁶².

732. Prise en compte de la variété des situations concrètes : exemple des régimes de protection des majeurs. Les règles exceptionnelles peuvent également trouver une justification technique dans la prise en compte de la diversité des situations, diversité qu'une seule règle de droit commun matériel pourrait difficilement appréhender, sauf à laisser une marge trop importante au juge²²⁶³. Par exemple, les différents régimes spéciaux de protection des majeurs trouveraient ainsi une justification appropriée de technique juridique. L'objet d'une mesure de protection est en effet d'adapter l'exercice des libertés civiles à l'état de la personne à protéger. En ce sens, les divers degrés de protection – sauvegarde de justice, curatelle, tutelle –, répondent à une gradation dans le besoin de protection de la personne ; l'existence de régimes spéciaux apparaît en adéquation avec le but poursuivi par l'institution, et le lien entre la spécificité des situations et les règles édictées est pertinent. La liste n'est pas exhaustive²²⁶⁴.

spéciaux (v. not. Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 6^e éd., Defrénois, 2012, n° 1 ; P.-H. Antonmattei et J. Raynard, *Droit civil - Contrat spéciaux*, 7^e éd., LexisNexis, 2013, n° 2 ; F. Leclerc, *Droit des contrats spéciaux*, 2^e éd., LGDJ, 2012, n° 5). Dès lors, si les contrats obéissent opportunément à un certain nombre de règles de droit commun matériel, ils ne sauraient se passer de règles spéciales matérielles, qui organisent chaque opération dans sa spécificité et dans son essence. Un bail immobilier n'a que peu à voir avec une vente de meuble consommable et fongible : les deux opérations répondent à des besoins différenciés de la pratique et de l'activité économique. V. F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 1, p. 2 : « qu'y a-t-il de commun entre un bail rural de longue durée cessible et une location d'automobile pour quelques heures ? »

2) Exemple proche : les règles spéciales au nantissement de créance apparaîtraient techniquement justifiées lorsqu'elles prennent véritablement en compte la spécificité de la créance par rapport aux autres droits incorporels ; v. par ex. les règles d'opposabilité du nantissement de créance au débiteur de la créance nantie, et l'exigence d'une notification ou d'une intervention à l'acte, prévues par l'article 2362 du code civil.

²²⁶⁰ Rapp. Ph. Jestaz, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, LGDJ, 1968, passim.

²²⁶¹ V. *supra*, n° 715.

²²⁶² Tel était en partie le constat fait par Ph. Jestaz, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, LGDJ, 1968 (pour des exemples proches, tel le mariage *in extremis*, v. not. n° 221 s.).

²²⁶³ C'est le choix du droit allemand de la protection des majeurs : il n'y existe qu'une seule mesure, l'assistance (*Betreuung*) « à la carte », que le juge adapte à chaque situation (v. T. Verheyde, « La nouvelle loi allemande en matière de tutelle des majeurs : un modèle pour une éventuelle réforme du droit français ? », *JCP N* 1993, 1, p. 396 s.).

²²⁶⁴ 1) V. not. les distinctions, pour le cautionnement, entre la caution profane et la caution avertie, pour déterminer certaines obligations d'information ou de mesure à la charge du créancier : ces obligations n'existent que lorsque la caution n'est pas à même d'apprécier la situation, lorsqu'elle est profane ; elles ont, en revanche, moins de sens lorsque la caution est en mesure d'apprécier elle-même l'étendue de l'engagement (pour le devoir de mise en garde par ex., v. not. Com. 21 févr. 2012, n° 11-11.270, *NPB* – Com. 7 févr. 2012, n° 10-14.184, *NPB* – Com. 10 mars 2009, n° 08-10.721, *NPB* – Com. 13 nov. 2008, n° 07-15.172, *NPB* – Com. 19 avr. 2002, n° 99-18.715, *NPB*). Rapp. *Rép. civ.* Dalloz, V° « Cautionnement », par G. Piette, 2009, n° 225.

2) Des règles spéciales relatives à la dévolution successorale pourraient aussi trouver une justification : certaines traduisent « la prise en compte de la spécificité de certains biens dans leur rapport avec certains héritiers » (P. Murat, « Succession et famille - rapport français », in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 60, Bruylant, 2012, p. 79 s.).

2. Les règles non justifiables par la technique

733. **Insuffisance de l'explication.** L'explication de technique juridique ne parvient pas à justifier toutes les règles spéciales exceptionnelles : pour un certain nombre d'entre elles, les apparences de justification technique ne convainquent pas. Quelques illustrations²²⁶⁵.

734. « **Qualité de la créance** » et privilèges. La « qualité de la créance » justifierait techniquement l'existence d'un privilège : c'est ce qu'indique l'article 2324 du code civil²²⁶⁶. Les privilèges reposeraient alors sur une justification d'opportunité solide : les caractéristiques de la créance feraient qu'elle est privilégiée. Les propos que tenait Treilhard, devant le Corps législatif allaient déjà dans ce sens : « cette expression emporte ordinairement avec elle l'idée d'une faveur personnelle », mais « ici elle signifie un droit acquis, fondé sur une justice rigoureuse », puisque le privilège est « un droit qui dérive de la qualité et de la nature de la créance »²²⁶⁷. L'on pourrait s'arrêter là et conclure que « le critère d'attribution d'un privilège semble donc parfaitement objectif »²²⁶⁸. La justification technique ne serait pourtant qu'apparente²²⁶⁹. Que recouvre en effet

3) Adde G. Ripert, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, réimpr. 1998, n° 23 : l'existence de règles spéciales matérielles peut aussi parfois se trouver légitimée « pour les professions dont l'exercice présente certains dangers pour le public, celle de médecin et de pharmacien par exemple ».

²²⁶⁵ 1) Autre exemple, avant la réforme du 17 juin 2008, l'on insistait sur la nécessité d'« adapt[er] les délais ordinaires au rythme propre des affaires, en systématisant et développant dans toute la mesure du possible le jeu des règles édictées spécialement pour la matière » (C. Brenner, « La prescription commerciale », in *Le Code de commerce, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 501 s., spéc. n° 2, p. 502). En ce sens, l'on relevait que le délai de prescription de dix ans édicté par l'article L. 110-4, I, du code de commerce correspondait à la durée de conservation des archives (article L. 123-22 du même code), c'est-à-dire des livres et pièces justificatives (C. Brenner, art. préc., spéc. n° 8, p. 507 et n° 11, p. 510) ; l'on y voyait la justification technique de ce délai spécial et l'on estimait que « ce n'est pas tout à fait un hasard si le délai de l'article 123-22 correspond à celui de la prescription commerciale » (M. Mignot, « Aperçu critique de l'avant-projet de loi sur la prescription », *RRJ* 2007, n° 4, p. 1639 s., spéc. p. 1643). L'argument technique n'était pourtant convaincant qu'en apparence. D'abord, en pratique, le cours de la prescription était fréquemment retardé, suspendu ou interrompu, et la coïncidence entre le délai de conservation des archives et le délai de prescription n'était alors qu'illusion (C. Brenner, art. préc., spéc. n° 11, p. 510-511). Ensuite, l'article précité ne concerne pas la seule prescription en matière contractuelle : le texte, qui vise les obligations nées du commerce, vise toutes les obligations, quelle que soit leur source, c'est-à-dire non seulement les obligations contractuelles, mais encore les obligations extra-contractuelles, c'est-à-dire quasi-contractuelles (not. Com. 29 nov. 2005, n° 02-20.865, *Bull. civ. IV*, n° 237 – Com. 7 avr. 1967, *Bull. civ. IV*, n° 125) et délictuelles et quasi-délictuelles (not. Civ. 3^e, 5 oct. 1994, n° 92-17.296, *NPB* – Com. 14 mai 1979, n° 77-13.606, *Bull. civ. IV*, n° 152) ; or, pour celles-ci, nul lien avec les archives à tenir (dans le même sens, C. Brenner, art. préc., spéc. n° 15, p. 515). Enfin et depuis la réforme de 2008, le délai de prescription en matière commerciale est désormais plus court que le délai de conservation des archives, si bien qu'une justification de celui-ci par celui-là apparaît aujourd'hui artificielle.

2) Les mêmes tentatives de justification sont avancées pour le délai de prescription spécial, réduit à un an, édicté par l'article L. 34-2 du code des postes et télécommunications électroniques : est souvent avancé le fait que les opérateurs sont astreints à la conservation de données de connexion durant un an. Pour une critique, v. E. Matringe, « Faut-il supprimer l'article 34-2 du code des postes et communications électroniques ? », publié sur www.juriscom.net.

²²⁶⁶ Cet article dispose en effet que « le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires ». La doctrine, se fondant sur le texte, reprend à son compte cette même justification ; v. not. N. Sempé, *Essai de contribution à une théorie générale des privilèges*, thèse Toulouse I, 1996, p. 3.

²²⁶⁷ M. Treilhard, « Des privilèges et hypothèques - Présentation au corps législatif et exposé des motifs », in P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 15, 1827, p. 474 (pour les trois dernières citations).

²²⁶⁸ N. Sempé, *Essai de contribution à une théorie générale des privilèges*, thèse Toulouse I, 1996, p. 29 ; l'auteur, sans aller jusqu'à réfuter cette affirmation, la nuance aussitôt, relevant que le raisonnement apparaît un peu hâtif, et ce, dans la mesure où la personne du créancier est parfois tout aussi déterminante.

²²⁶⁹ Rapp. M. Rouland, *La qualité de la créance*, thèse Paris X, 2007, n° 5, p. 17-18 : « la qualité de la créance n'intervient pas sur le plan de la technique juridique, mais sur celui des justifications de la règle de droit ».

concrètement l’expression de « qualité de la créance »²²⁷⁰, « demeurée énigmatique »²²⁷¹ ? Aucune indication n’en est donnée par le code civil²²⁷², qui l’utilise sans la définir ; la liste des privilèges établis par le législateur n’éclaire pas davantage²²⁷³. À l’examen, cette expression ne ferait que masquer la possibilité pour le législateur de décider plus ou moins librement des créances qu’il souhaite privilégier²²⁷⁴ : c’est le législateur, et lui seul, qui détermine la « qualité de la créance » et qui arbitre²²⁷⁵ ; il n’y aurait là aucune raison technique. Par conséquent, ce n’est pas parce que la créance a, en amont, certaines qualités, qu’elle est privilégiée, mais parce qu’elle est privilégiée par un choix du législateur qu’elle a, en aval, une qualité spécifique – celle d’être... privilégiée.

735. « **Nature de la créance** » et **délais de prescription extinctive**. De même, dans plusieurs arrêts²²⁷⁶, la Cour de cassation a relevé que tel ou tel délai spécial de prescription extinctive serait « déterminé par la nature de l’obligation »²²⁷⁷, ou encore « applicable en raison de la nature de la créance »²²⁷⁸. Ces expressions incitent à penser que ces délais spéciaux auraient un fondement objectif : ils seraient techniquement justifiés par la nature des droits auxquels ils s’appliquent ; or, Montesquieu n’écrivait-il pas « qu’il ne faut pas suivre les dispositions générales [...] lorsqu’il s’agit de choses qui doivent être soumises à des règles particulières tirées de leur propre nature »²²⁷⁹ ? Pourtant, la justification technique ne convainc encore qu’en apparence :

²²⁷⁰ V. N. Sempé, *Essai de contribution à une théorie générale des privilèges*, thèse Toulouse I, 1996, p. 24 : « Quels sont les critères requis par le législateur pour qu’une créance soit assortie d’un privilège ? Quelle est la signification exacte de l’expression : “qualité de la créance” ? » ; M. Rouland, *La qualité de la créance*, thèse Paris X, 2007.

²²⁷¹ M. Rouland, *La qualité de la créance*, thèse Paris X, 2007, n° 2, p. 12.

²²⁷² N. Sempé, *Essai de contribution à une théorie générale des privilèges*, thèse Toulouse I, 1996, p. 26.

²²⁷³ Rapp. M. Rouland, *La qualité de la créance*, thèse Paris X, 2007, n° 99, p. 108, qui estime, après les avoir passés en revue, que « les critères retenus, en droit positif, pour évaluer la qualité des créances forment un dédale ».

²²⁷⁴ Sur ce point, la recherche du fondement des privilèges – raisons alimentaires, idée de gage tacite, d’introduction de valeur dans le patrimoine du débiteur, de conservation de la chose, etc. –, constitue une tentative de rationaliser théoriquement l’utilisation que fait le législateur de son pouvoir d’octroi des privilèges, lequel n’en demeure pas moins relativement arbitraire au sens neutre (comp., estimant que la recherche du fondement des privilèges permet de « pallier le silence du législateur » et de déterminer « les critères d’attribution d’un privilège », N. Sempé, *Essai de contribution à une théorie générale des privilèges*, thèse Toulouse I, 1996, p. 27).

²²⁷⁵ 1) Dans le même sens, Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés - La publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 745 (« bien entendu, il appartient au seul législateur de déterminer cette qualité ») ; N. Sempé, *Essai de contribution à une théorie générale des privilèges*, thèse Toulouse I, 1996, p. 12 (« cette “qualité” est appréciée exclusivement par le législateur »). V. déjà P. Robino, *Les privilèges et autres causes de préférence sur les créances*, Sirey, 1950, not. p. 138-138 et p. 278. Rapp. M. Rouland, *La qualité de la créance*, thèse Paris X, 2007, n° 266 s. (« L’appréciation de la qualité des créances : une opération hautement subjective »).

2) En outre, les auteurs notent que la qualité du créancier est tout aussi déterminante que celle de la créance pour l’attribution d’un privilège : not. M. Rouland, *La qualité de la créance*, thèse Paris X, 2007, n° 23 s., spéc. n° 40 ; N. Sempé, *Essai de contribution à une théorie générale des privilèges*, thèse Toulouse I, 1996, p. 29 (« dans certains cas [...], il apparaît clairement que le privilège a été attribué dans l’intérêt de certains créanciers », c’est-à-dire en considération de la personne, donc « indépendamment de la qualité de la créance » – exemple des privilèges du Trésor).

²²⁷⁶ V. not. Ass. plén., 10 juin 2005, *Bull.* n° 6 ; BICC 1^{er} août 2005, rapp. M. Mazars et avis M. Gariazzo ; J. Massip, *Defrénois* 2005, 1607 ; É. Savaux, *Defrénois* 2005, 1636 ; A. Bénabent, *Defrénois* 2005, 1642 ; J. Mestre et B. Fages, *RTD civ.* 2006, 320 – Ch. mixte, 26 mai 2006, *Bull. ch. mixte*, n° 3 ; D. 2006, 1793, note R. Wintgen ; *JCP G* 2006, II, 10129, note H. Croze ; *RTD civ.* 2006, 558, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD civ.* 2006, 829, obs. R. Perrot ; *Defrénois* 2006, 1233 s., note R. Libchaber ; *RDC* 2006, 1090 s., obs. Y.-M. Laithier – *Civ.* 1^{re}, 12 juill. 2007, *D.* 2007, *AJ*, 2030 et 2159, obs. X. Delpech ; *JCP N* 2008, 1131, note G. Lamoril.

²²⁷⁷ Com. 8 juin 2010, n° 09-13.148, *NPB*.

²²⁷⁸ *Civ.* 2^e, 7 janv. 2010, n° 08-19.100, *NPB*. V. aussi *Civ.* 2^e, 7 juin 2007, n° 06-13.771, *NPB*.

²²⁷⁹ Montesquieu, *De l’esprit des lois*, in *Œuvres complètes*, t. 2, Gallimard, « La Pléiade », 1976, livre XXVI, chap. 25, p. 776.

ainsi que l'a déjà relevé Madame Houin-Bressand²²⁸⁰, cette expression ne signifie pas que la nature de la créance *justifie* techniquement l'existence d'un délai spécial, mais seulement qu'il peut *exister* une disposition spéciale pour tel ou tel type de créance et que, si tel est le cas, il faut alors l'appliquer. En d'autres termes, par cette expression, la Cour de cassation se bornerait à rappeler que si une obligation est invoquée en justice, alors il convient de rechercher si elle n'est pas soumise à un délai spécial pour le lui appliquer²²⁸¹. Justifier ces règles par la technique sur le fondement de ces expressions serait donc raisonner à l'envers : pour justifier l'existence de règles spéciales matérielles, l'on déduirait de l'existence de ces règles spéciales matérielles que l'objet sur lequel elles portent est spécifique. N'est-ce pas là un sophisme ?

736. **Clauses exorbitantes du droit commun matériel des contrats.** Une justification proposée de la clause exorbitante du droit commun, dont la notion a déjà été mentionnée²²⁸², repose classiquement sur l'idée que, « pour assurer la marche régulière et continue des services publics, il faut certaines règles spéciales »²²⁸³ : ces clauses ne seraient admises – c'est la dérogation – que parce que serait présente, au contrat, une personne publique qui recherche l'intérêt général. L'« intérêt public »²²⁸⁴ légitimerait l'exorbitance²²⁸⁵. Cette vision des choses pourrait pourtant apparaître « caricaturale »²²⁸⁶. Cette « justification » technique, qui semble souvent invoquée de manière dogmatique, ne résisterait que difficilement à l'examen : les personnes publiques n'agissent pas toujours au nom de l'intérêt public ou général, de même que les personnes privées défendent des intérêts qui ne sont pas toujours exclusivement privés²²⁸⁷. C'est peut-être l'une des raisons pour lesquelles dès son édification, la distinction fondée sur les clauses exorbitantes fut critiquée par Jèze : « écartons, écrivait-il, toute distinction subtile entre les

²²⁸⁰ C. Houin-Bressand, « Durée de la prescription et nature de la créance », in *Mélanges B. Gross*, PU Nancy, 2009, p. 103 s., spéc. n° 2, p. 105 : la nature de la créance « permet de donner des indications sur la durée de la prescription à retenir pour certains types de créances », mais « elle ne peut justifier, à elle seule, qu'un délai soit fixé à une durée précise » (v. aussi n° 13).

²²⁸¹ Autres questions suscitées : qu'est-ce que la *nature* de la créance ? Quelles sont les *différentes natures* de créances ?

²²⁸² Sur la notion, v. *supra*, n° 221.

²²⁸³ C. Himario, *Les clauses exorbitantes du droit commun dans les contrats administratifs*, thèse Paris, 1933, p. 94.

²²⁸⁴ C. Radé, « L'exorbitance du droit administratif : regard d'un privatiste », in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, dir. F. Melleray, Université de Poitiers, 2004, p. 45 s., spéc. n° 6, p. 48.

²²⁸⁵ 1) Jèze le résumait ainsi : « ces règles juridiques spéciales, ces théories juridiques spéciales, les procédés du droit public, se ramènent à cette idée essentielle : l'intérêt particulier doit s'incliner devant l'intérêt général » (*Les principes généraux du droit administratif*, t. 2, 3^e éd., 1930, rééd. Dalloz, 2003, p. 3).

2) La justification peut se recommander de la formule même retenue dans les motifs de la décision *Blanco* : les règles spéciales à l'administration pour la responsabilité civile seraient justifiées par « les besoins du service [public] et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés » (TC 8 févr. 1873, *Blanco*, *Lebon* 1^{er} suppl. p. 61 s., concl. David ; *D.* 1873, 3, p. 20 s., concl. David ; *S.* 1873, 2, p. 153 s.). L'explication rejoindrait d'ailleurs un grand nombre de celles avancées, quelle que soit l'institution concernée, pour légitimer l'existence de règles spéciales aux personnes publiques ou à leurs activités.

²²⁸⁶ C. Radé, « L'exorbitance du droit administratif : regard d'un privatiste », in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, dir. F. Melleray, Université de Poitiers, 2004, p. 45 s., spéc. n° 7, p. 49.

²²⁸⁷ C. Radé, « L'exorbitance du droit administratif : regard d'un privatiste », in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, dir. F. Melleray, Université de Poitiers, 2004, p. 45 s., spéc. n° 7, p. 49 (et les exemples cités). Pour un autre argument, dont la portée dépasse la seule notion de clause exorbitante pour s'étendre à tous les « privilèges » de l'administration, v. G. Dupuis, *Les privilèges de l'administration*, thèse Paris, 1962, n° 414, p. 584 : l'auteur estime que le fait que des particuliers bénéficient souvent de « privilèges » comparables à ceux de l'administration « "démystifie" la notion de "puissance publique" » avancée pour légitimer ces privilèges de l'administration.

contrats *administratifs* (??) et les contrats *ordinaires* ! »²²⁸⁸ La technique pure ne suffirait pas à la justifier.

B. Les valeurs sociales

737. **Exposé.** Les règles spéciales matérielles pourraient exprimer un choix de valeurs que souhaitent promouvoir les pouvoirs publics, un choix dans l'organisation de la société, choix politique au sens premier²²⁸⁹ : toute règle de droit serait en effet l'expression de valeurs sociales²²⁹⁰, et la règle spéciale exceptionnelle viendrait corriger la rigueur des règles de droit commun matériel pour réaliser ce que les pouvoirs publics considèrent comme relevant d'une meilleure justice²²⁹¹. Dans cette conception, à une catégorie favorisée par les règles spéciales matérielles correspondrait une activité que les pouvoirs publics souhaitent encourager, et à une catégorie défavorisée par celles-ci, une activité qu'ils souhaitent décourager. Les règles exceptionnelles renverraient implicitement à une échelle de valeurs sociales ; elles seraient un outil pour inciter à des comportements ou rétablir un équilibre considéré comme rompu de fait²²⁹².

738. **Plan.** Certaines règles spéciales pourraient, en ce sens, être « politiquement » justifiées (1), tandis que cela serait plus douteux pour d'autres (2) ; le critère est, ici encore, celui d'un lien pertinent entre l'argument utilisé et la règle spéciale posée²²⁹³.

²²⁸⁸ G. Jèze, *RDP* 1914, p. 145 s., spéc. p. 153, note sous CE 31 juill. 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges* (ponctué par l'auteur). V. aussi É. Saillant, *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, 2011, not. n° 238 s.

²²⁸⁹ Adjectif dérivé du grec *pólis* (πόλις), qui tient à l'organisation de la cité, de la société. Rapp. R. David, « Droit commun et *common law* », in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milan, Giuffrè, 1969, vol. 1, p. 345 s., spéc. p. 358-359 : « Dans quelle mesure convient-il d'avoir des règles particulières pour une catégorie donnée de citoyens (commerçants, salariés, agents de l'administration, paysans) est une question d'ordre politique ».

²²⁹⁰ V. partic. C. Grzegorzczak, *La théorie générale des valeurs et le droit - Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, LGDJ, 1982 (spéc. p. 268 : « à chaque fois, ce sont les valeurs collectives reconnues qui décideront du contenu du droit »). Adde R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit*, LGDJ, 2013, n° 114 s. (« Par son droit, une collectivité exprime ses valeurs »).

²²⁹¹ Rapp. F. Grua, « Le Code civil, code résiduel ? », *RTD civ.* 2005, p. 283 s., qui écrit que « l'expérience montre assez [que les règles générales] ne résistent pas très longtemps » pour les situations « où elles ne satisfont pas la justice » car, « tôt ou tard, le législateur ou le juge vient entamer leur généralité en multipliant les régimes plus ou moins spéciaux » dans le souci d'une meilleure justice.

²²⁹² Les règles en lien avec le rétablissement de l'égalité seraient ici concernées : un auteur remarque que si notre système juridique « multiplie les statuts dérogeatoires au droit commun », c'est parfois pour « compenser les effets les plus criants des inégalités de fait » (N. Rouland, *Aux confins du droit*, Odile Jacob, 1991, p. 227). Sur le plan de la validité juridique (non de l'opportunité), la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la « discrimination positive » le confirme. V. par ex. Cons. const. 24 oct. 2012, n° 2012-656 DC, *Loi portant création des emplois d'avenir*, consid. n° 3 : « aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de prendre des mesures propres à venir en aide à des catégories de personnes défavorisées dès lors que les différences de traitement qui en résultent répondent à des fins d'intérêt général qu'il appartient au législateur d'apprécier » (v. aussi juste *infra*). Sur la « discrimination positive », v. par ex. Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, 2003, p. 279 s. ; adde D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Gallimard, 2010, p. 266 s.

²²⁹³ C'est, ici encore, la remarque du doyen Batiffol qui sert de boussole : « s'il est admissible qu'à faits différents, règles différentes, encore faut-il justifier d'un lien entre la distinction si réelle soit-elle, et la conséquence légale qui en est tirée » (*Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p. 172).

1. Les règles justifiables par les valeurs sociales

739. **Règles spéciales politiquement justifiées.** Certaines règles spéciales matérielles exceptionnelles seraient l'expression d'un choix de valeurs sociales : le législateur les édicterait pour favoriser une activité qu'il estime prioritaire, pour l'encourager et la promouvoir, ou pour défavoriser une activité qui n'a, au contraire, pas sa préférence ; là se trouverait leur justification en opportunité. Quelques illustrations²²⁹⁴ peuvent être développées.

740. **Illustration : privilège de *new money*.** C'est notamment ce que l'on peut penser à propos de certains privilèges. Par exemple, la constitutionnalité du privilège dit de « *new money* », ou d'argent frais, dans une procédure collective – qui figure à l'article L. 611-11 du code de commerce –, était contestée sur le fondement du principe d'égalité. Réponse du Conseil constitutionnel : « le législateur a institué le privilège contesté afin d'inciter les créanciers d'une entreprise en difficulté, quel que soit leur statut, à lui apporter les concours nécessaires à la pérennité de son activité »²²⁹⁵. La justification par les valeurs sociales semble ici appropriée : le but du législateur était de favoriser le maintien de l'activité de l'entreprise en difficulté²²⁹⁶ ; il légitime la faveur faite à ceux qui apportent leur concours à la réalisation de cet objectif. Ainsi que l'écrit le professeur Saint-Alary-Houin, « la technique juridique de la sûreté est mise au service de l'économie » et constitue ici « un instrument de la politique législative de sauvetage des entreprises »²²⁹⁷. Monsieur Théry le constate dans des propos plus généraux : « la “qualité” dont est revêtue la créance résulte nécessairement d'un choix entre divers intérêts dignes de considération », si bien qu'« au sens premier du terme, les privilèges sont *politiques* »²²⁹⁸ – ce que l'étymologie même indique²²⁹⁹. Circonstance d'ailleurs non anodine : dans les projets initiaux de code civil, l'expression de « faveur » remplaçait celle de « qualité de la créance »²³⁰⁰.

741. **Illustration : prescription extinctive.** Suivant également cette idée, pour la prescription extinctive, des auteurs ont relevé que les délais les plus longs « protég[e]nt des droits

²²⁹⁴ Adde G. Ripert, « Le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement », *D.* 1951, chron. XI, p. 40 s., spéc. n° 1, pour lequel la mise en place du « nantissement » (lire aujourd'hui « gage ») de l'outillage et du matériel d'équipement par une loi du 18 janvier 1951 répond à une idée de faveur pour « tous ceux qui ont une exploitation professionnelle ». En outre, il a été soutenu qu'il convenait de maintenir un ordre de dévolution particulier pour les droits d'auteur, dans la mesure où le système juridique prévoyait alors « la récompense des proches pour l'attachement à l'auteur » (A. Favreau, « Le droit d'auteur et le droit des successions », in *Propriété intellectuelle et droit commun*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, p. 181 s., spéc. p. 186).

²²⁹⁵ Cons. const. 22 juill. 2005, n° 2005-522 DC, *Loi de sauvegarde des entreprises*, consid. n° 5 ; le Conseil en conclut que « le législateur n'a pas méconnu le principe d'égalité ».

²²⁹⁶ V. C. Saint-Alary-Houin, « Les privilèges de la procédure », *LPA* 14 juin 2007, p. 70 s., spéc. n° 1 et n° 6.

²²⁹⁷ C. Saint-Alary-Houin, art. préc., spéc. n° 1 et n° 6.

²²⁹⁸ Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, 2^e éd., PUF, 1998, n° 269 (pour les deux dernières citations). V. aussi N. Sempé, *Essai de contribution à une théorie générale des privilèges*, thèse Toulouse I, 1996, p. 33 et p. 189 (et p. 195 : « l'octroi d'un droit de préférence par le législateur serait donc un choix de nature politique ») ; M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachelier, *Droit des sûretés*, 2^e éd., Sirey, 2010, n° 1548. V. déjà V. déjà P. Robino, *Les privilèges et autres causes de préférence sur les créances*, Sirey, 1950, not. p. 137 s. et p. 146-147.

²²⁹⁹ F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 12^e éd., Dalloz, 2008, sous Req. 18 mai 1831, n° 302, spéc. § 2 : le privilège est une « faveur accordée par la loi, ainsi que l'indique l'origine étymologique du mot ». Rapp. C. Saint-Alary-Houin, art. préc., n° 1.

²³⁰⁰ N. Sempé, *Essai de contribution à une théorie générale des privilèges*, thèse Toulouse I, 1996, p. 191-192, et les réf. citées.

ou actions considérés comme particulièrement dignes d'intérêt²³⁰¹ – faveur absolue pour la propriété, insusceptible de prescription extinctive, faveur relative pour les autres droits réels immobiliers, l'environnement, les victimes de dommages corporels –, tandis que les délais les plus courts « sanctionnent les droits ou actions les moins dignes d'intérêt »²³⁰², ce qui peut aussi traduire une faveur pour ceux qui bénéficient de la prescription, par un laps de temps plus court – par exemple, obligations relatives au transport de marchandises, actions nées d'un contrat d'assurance, action du professionnel contre un consommateur. Il semble notamment que la thèse n'ait pas été étrangère au raisonnement de certains parlementaires pour le maintien d'un délai très long pour les droits réels immobiliers à l'article 2227 du code civil²³⁰³.

2. Les règles spéciales non justifiables par les valeurs sociales

742. **Insuffisance de l'explication.** Si l'argument des valeurs sociales promues par les pouvoirs publics permet de légitimer en opportunité certaines règles spéciales matérielles exceptionnelles, tel n'est pas le cas pour toutes ces règles.

743. **Règles spéciales exprimant des valeurs identiques à celles des règles de droit commun : exemple de la dévolution spécifique pour le droit de divulgation des œuvres posthumes.** D'abord, cette justification ne serait admissible que lorsque la règle spéciale repose sur une valeur différente de celle véhiculée par la règle de droit commun à laquelle elle déroge. *A contrario*, l'ordre de dévolution spécifique pour le droit de divulgation des œuvres posthumes, instauré par l'article L. 121-2, alinéa 2, du code de la propriété intellectuelle, est-il susceptible de trouver une telle justification politique ? C'est ce qui a pu être défendu : « politiquement, cette légitimité du droit spécial tient par la volonté de conférer cette lourde charge [de divulguer les œuvres posthumes] aux héritiers les plus aptes à une fidélité intellectuelle », et « répond au souci d'anticipation du droit de choisir les héritiers les plus à même pour faire respecter la véracité des relations de l'auteur à son œuvre »²³⁰⁴. Toutefois, l'explication par les valeurs sociales trouverait ici une limite : les règles de dévolution du droit commun matériel des successions semblaient suffisantes à remplir l'objectif annoncé²³⁰⁵. En d'autres termes, la valeur invoquée n'est pas suffisamment discriminante car elle permet de rendre compte, à la fois, de la règle de droit commun matériel et de la règle de droit spécial matériel.

²³⁰¹ B. Fauvarque-Cosson et J. François, « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *D.* 2008, p. 2512 s., spéc. n° 15.

²³⁰² *Ibid.*

²³⁰³ V. not. É. Blessig, *Rapport AN n° 847*, 2007-2008, p. 40 : « l'auteur de la proposition de loi a souhaité maintenir ce délai estimant que l'objet sur lequel portent ces actions le justifie ».

²³⁰⁴ A. Favreau, « Le droit d'auteur et le droit des successions », in *Propriété intellectuelle et droit commun*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, p. 181 s., spéc. p. 194 (pour les deux dernières citations).

²³⁰⁵ Rappr. A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., LexisNexis, 2012, n° 605 : « le bouleversement de l'ordre légal [de droit commun] ne s'imposait pas. Il n'y avait en effet pas d'inconvénient sérieux à laisser s'appliquer les règles du Code civil ». La valeur sociale invoquée permettrait donc ici de rendre compte, à la fois, de cette règle spéciale, et des autres règles de dévolution. L'explication n'apparaît pas suffisamment discriminante.

744. **Règles spéciales arbitraires par essence : exemple du chiffrage des délais de prescription.** Ensuite, certaines règles apparaissent difficilement justifiables, dans l'absolu, par l'idée de valeurs sociales implicites : seraient concernées les règles « neutres » moralement – si tant est qu'elles existent – ou, à tout le moins, celles dont la fixation repose sur un certain arbitraire. Par exemple, le chiffrage précis d'un délai ne relève-t-il pas de l'arbitraire plus que de la défense de valeurs sociales ? Domat l'avait déjà²³⁰⁶. À sa suite, des auteurs notent que « rien n'est plus arbitraire, dans le domaine de la vie sociale, mouvante et nuancée, que la rigidité des chiffres »²³⁰⁷, et la doctrine est presque unanime à signaler « l'arbitraire des délais »²³⁰⁸, faisant valoir qu'« aucune raison naturelle ou objective ne justifie » la durée d'un délai²³⁰⁹. Tout au plus pourrait-on considérer qu'un délai long est plus favorable à la survie d'un droit qu'un délai court, mais dès qu'il s'agit d'aller plus loin et de chiffrer ces délais, la justification par les valeurs sociales atteint ses limites. Il en irait de même, par exemple, pour certaines règles de forme des testaments, ce que Domat avait également déjà relevé²³¹⁰. La théorie des valeurs sociales ne peut rendre compte de la justification en opportunité de ces règles²³¹¹.

C. La sociologie

745. **Exposé.** Des justifications empruntées à la sociologie sont parfois avancées pour légitimer l'existence de règles spéciales matérielles exceptionnelles : celles-ci réaliseraient l'adaptation du droit à la réalité sociale, à des pratiques et besoins distincts selon les groupes et les

²³⁰⁶ Domat classait les règles concernant « le temps des prescriptions » parmi les « Loix qu'on appelle arbitraires » (*Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Bailly, rééd. 1777, préf., p. 1). Il ajoute : « il est indifférent [...] que la prescription s'acquière par vingt, par trente ou par quarante ans ; [...] ce sont seulement des loix arbitraires qui règlent ces sortes de choses ; et on les règle différemment selon le temps et selon les lieux » (*Traité des Loix*, chap. X, III, p. XV). Il déduit : « ainsi ces règles peuvent être changées » (*Les Loix civiles*, p. 302). Si le constat est présent depuis longtemps, il semble également présent ailleurs : « il y a, bien évidemment et comme toujours, un côté arbitraire dans le fait de fixer un délai spécifique » (R. Zimmermann, *Comparative foundations of a European Law of set-off and prescription*, Cambridge University Press, 2002, p. 114 [trad. libre]).

²³⁰⁷ P. Pescatore, *Introduction à la science du droit*, 2^e réimpr., Luxembourg, Bruylant, 2009, n° 140 ; rappr. P. Bourdieu, *Sur l'État*, Seuil, 2011, p. 43. Chiffres par ailleurs nécessaires pour éviter l'insécurité juridique, ajoute P. Pescatore. V. aussi H. Batiffol, note sous CA Paris, 14 mars 1952, *Rev. crit. DIP* 1952, p. 325 s., spéc. p. 328 (« la fixation d'un délai est précisément le type de la solution *en soi* arbitraire et contingente »).

²³⁰⁸ V. not. M. Mignot, « Aperçu critique de l'avant-projet de loi sur la prescription », *RRJ* 2007, n° 4, p. 1639 s., spéc. n° 38, p. 1656, et les références citées ; F.-X. Licari, « Le nouveau droit français de la prescription extinctive à la lumière d'expériences étrangères », *RIDC* 2009-4, p. 739 s., spéc. p. 771-772 ; A. Bénabent, « Le chaos du droit de la prescription extinctive », in *Mélanges L. Boyer*, 1996, p. 123 s., spéc. p. 124 ; C. Brenner, « La prescription commerciale », in *Le code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 501 s., spéc. n° 22 (« le choix de la durée d'une prescription est toujours le résultat d'une décision arbitraire ») ; M. Béhar-Touchais, « Foisonnement des délais », in *Les désordres de la prescription*, dir. P. Courbe, Rouen, 2000, PU Rouen, p. 7 s., spéc. n° 2, p. 7 et n°s 8-9, p. 12-13 : « Il n'y a aucune raison logique. C'est ainsi parce que c'est la loi ».

²³⁰⁹ M. Mignot, « Aperçu critique de l'avant-projet de loi sur la prescription », *RRJ* 2007, n° 4, p. 1639 s., spéc. n° 38.

²³¹⁰ J. Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Bailly, rééd. 1777, préf., p. 1 : l'auteur range « les formalités des testaments » parmi les « Loix qu'on appelle arbitraires ».

²³¹¹ 1) Ce courant encourt peut-être un grief supplémentaire : la restitution par la doctrine des valeurs sociales poursuivies par les pouvoirs publics n'est-elle pas parfois divinatoire ? Bien souvent, rien n'indique en effet que le législateur ait entendu effectivement hiérarchiser des comportements par l'édition de règles spéciales exceptionnelles ; c'est par une interprétation rétrospective que des auteurs le considèrent.

2) En outre, le choix des valeurs à mettre en avant et, partant, des situations à favoriser, relèverait toujours d'une décision éminemment subjective (v. par ex., à propos des privilèges, Ph. Rémy, préf. à D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, Economica, 1986, p. VI : dans l'absolu, « tout créancier mérite d'être préféré ») : il en est peu qui ne soit sujette à être débattue en opportunité.

individus. Au début du XX^e siècle, Colin défend ce point de vue : « On a compris que le citoyen n'est peut-être qu'une entité chimérique, derrière laquelle il y a en réalité, des ouvriers et des paysans, de grands propriétaires et des petits, des capitalistes et des prolétaires. Chacun de ces groupes, vivant dans des conditions différentes, ne peut se plier aux mêmes règles. Le Droit, comme toutes les sciences, doit être une reproduction systématique de l'un des aspects de la nature ; il lui faut donc se modeler, autant que possible, sur son infinie complexité »²³¹² ; la spécialisation du droit viserait alors à « rendre la loi plus *scientifique*, l'imprégner de vie, l'adapter à la complexité des situations sociales »²³¹³. Ripert résume l'idée : « Les historiens et les sociologues ont donné cet enseignement que chaque groupement a ses règles propres et que la tâche du législateur étant uniquement de reconnaître et de sanctionner ces règles, il est de bonne politique législative que la loi de l'État soit la reproduction ou la consécration de la loi du groupement. Ils ont pressé le législateur d'achever sa tâche et de faire céder le droit commun devant le droit corporatif »²³¹⁴.

746. **Plan.** Sous cet aspect, des auteurs considèrent que certaines règles spéciales matérielles exceptionnelles seraient justifiables en opportunité (1) ; que l'on partage ou non cet avis, il est en revanche certain que les considérations sociologiques ne permettent pas de trouver la justification de toutes les règles en cause (2).

1. Les règles justifiables par la sociologie

747. **Exemple des délais de prescription extinctive : multiplicité des temps sociaux ?** La sociologie permettrait de légitimer un certain nombre de règles spéciales matérielles ; elle par exemple est souvent invoquée à l'appui des délais de prescription spéciaux. C'est l'idée de « multiplicité des temps sociaux », chère à Gurvitch²³¹⁵. Certains estiment à sa suite qu'il faudrait « s'étonner de cette passion pour l'uniformité : la sociologie n'enseigne-t-elle pas la diversité des temporalités, et la philosophie leur subjectivité ? Est-il si difficile au juriste d'admettre que le temps des affaires n'est peut-être pas le même que celui de la vie privée, et que la protection de l'environnement ou des finances publiques peut légitimement justifier une variété de délais ? »²³¹⁶ D'autres exemples pourraient être donnés²³¹⁷. Quelques règles spéciales pourraient

²³¹² A. Colin, « Le droit de succession dans le code civil », *Livre du centenaire*, p. 297 s., spéc. p. 318. La tendance de l'argumentation à faire du droit une « science » comme une autre et à vouloir le construire sur une imitation de la nature – alors, d'ailleurs, que les catégories citées apparaissent *culturelles* – peut ici être relevée.

²³¹³ A. Colin, art. préc., spéc. p. 320.

²³¹⁴ G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, n° 198, p. 398 (et n° 209 s., « le droit corporatif »). Sur le mouvement, *adde* P. Rosanvallon, *Le modèle politique français - La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Points, 2006, p. 265 s., « La sociologie contre le jacobinisme ».

²³¹⁵ G. Gurvitch, « La multiplicité des temps sociaux », in *La vocation actuelle de la sociologie - Antécédents et perspectives* (t. 2), 2^e éd., PUF, 1963, p. 325 s.

²³¹⁶ B. Plessix, « La réforme de la prescription en matière civile et le droit administratif », *RFDA* 2008, p. 1219 s., n° 7. V. aussi D. de Béchillon, « Deux caractères du temps contentieux », *Justice & cassation*, 2007, p. 134 s.

²³¹⁷ 1) Notamment, l'existence de plusieurs régimes différenciés et gradués de protection des personnes correspondrait à un besoin social ; par exemple, « le besoin de protection des majeurs n'est pas le même selon la gravité de l'altération de leurs facultés » (V. Mikalef-Toudic et A. Cermolacce, « Catégorie de personnes et capacité », in *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil*, Economica, 2006, p. 41 s., spéc. p. 46).

ainsi apparaître justifiées en opportunité par des considérations sociologiques ; et il est incontestable que le droit doit, dans une large mesure, être adapté à la société qu'il régit, ne serait-ce que par souci d'effectivité²³¹⁸. Le trait semble ne pas devoir être forcé pour autant.

2. Les règles non justifiables par la sociologie

748. **Réserve générale.** Cette conception, répandue, masquerait parfois des règles spéciales matérielles dérogatoires loin de répondre à un besoin social. L'on ne peut toujours trouver dans des considérations sociologiques les justifications d'opportunité de ces règles.

749. **Retour sur l'exemple des délais de prescription extinctive.** On l'a vu, un lien approprié doit idéalement exister entre la règle et le fait pris en considération pour la *ratio legis*²³¹⁹. Or, quel lien, par exemple, entre la situation d'un transporteur et un délai de prescription d'un an, avec fin de non-recevoir en cas d'absence de réclamation sous trois jours, tel qu'édicte par les articles L. 133-3 et L. 133-6 du code de commerce ? S'agit-il vraiment du signe d'un droit adapté aux besoins sociaux, voire aux besoins de chacun ? Pourquoi ce délai et non un délai de six mois, ou de deux ans ? La question peut devenir difficile si l'on observe que ce même transporteur, s'il transporte des passagers bénévolement et par route, retrouvera le délai de prescription de cinq ans de l'article 2224 du code civil ; mais s'il cause un dommage corporel, le délai sera alors de vingt ans, aux termes de l'article 2226 du code civil ; et, s'il s'agit d'un rapport de professionnel à consommateur, l'article L. 137-2 du code de la consommation autorisera son cocontractant à lui opposer une durée biennale. S'il s'agit réellement d'un droit taillé à la mesure des besoins de la société, cette société apparaît bien effrayante. La pluralité excessive des règles spéciales matérielles rendrait seulement le droit plus complexe²³²⁰.

750. **Réflexion sur la place de la sociologie dans la justification des règles spéciales matérielles.** Cela peut ouvrir une réflexion plus générale : jusqu'à quel point peut-on véritablement justifier des règles spéciales matérielles par des considérations sociologiques ? Certains pudent mettre en garde contre une utilisation de ces disciplines par le droit lorsqu'elle

2) Rapp. du fait que s'il existe des règles spéciales de dévolution des baux, explique un auteur, « c'est parce que la configuration particulière de ce droit fait que sa dévolution aux héritiers de droit commun ne présente pour eux que peu d'intérêt alors qu'elle peut être essentielle pour ceux dont le logement ou la subsistance sont ainsi assurés » (Y. Lequette, « La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001 : continuité ou rupture ? », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz, 2006, p. 167 s., spéc. p. 175).

²³¹⁸ Carbonnier en donnait une illustration : tout l'intérêt de Maximilien, empereur éphémère du Mexique, « se concentrait sur la loi abstraite. Son chef-d'œuvre, ce fut la législation pour la marine, législation on ne peut plus complète. Seulement le Mexique n'avait pas de marine » (J. Carbonnier, « Caractères juridiques », in *Flexible droit*, 2^e éd., LGDJ, 1971, p. 231 s., spéc. p. 243).

²³¹⁹ H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p. 172, préc. Ripert en fournit une illustration : « Par exemple, la considération de la nationalité se justifie pour une règle qui touche à la protection de la nation [...]. Elle est abusive s'il s'agit seulement de satisfaire ou de concilier des intérêts privés, comme en matière de baux à loyers » (*Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, n° 126, p. 315).

²³²⁰ *Adde par ex.*, pour les mesures de protection des majeurs, V. Mikalef-Toudic et A. Cermolacce, « Catégorie de personnes et capacité », in *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil*, Economica, 2006, p. 51 s.

n'est que de façade²³²¹. Pour deux raisons principales, l'argument sociologique pour justifier en opportunité les règles spéciales matérielles ne semble pas devoir être poussé trop loin. D'une part, et pour reprendre l'énumération de Colin²³²², un individu, loin de pouvoir se réduire à une seule catégorie, en occupe au contraire plusieurs en même temps : il peut être à la fois ouvrier et propriétaire, paysan et capitaliste, ouvrier et prolétaire, paysan et grand propriétaire. Les combinaisons sont presque infinies²³²³, et n'ont de limites que l'imagination des juristes à créer de nouvelles catégories juridiques²³²⁴. À pousser cette logique jusqu'au bout, il faudrait une règle différente pour chaque situation concrète, puisque toutes sont différentes. Le droit ayant vocation à organiser les rapports sociaux, un tel cas de figure n'est pas souhaitable²³²⁵. D'autre part et plus fondamentalement, cela vient d'être vu avec l'exemple de la prescription, le lien logique entre la règle édictée et la situation de fait prise en compte fait parfois – et peut-être souvent – défaut : la justification sociologique n'est alors que de façade.

D. L'amoncellement empirique

751. **Exposé.** Les règles spéciales matérielles exceptionnelles qui ne trouvent pas de justification d'opportunité satisfaisante dans les catégories précédentes ne se trouveraient-elles pas uniquement « justifiées » par la nature même de l'activité législative, qui repose sur un empirisme non toujours guidé par des principes d'action rationnels ? Les pouvoirs publics édictent-ils des règles exceptionnelles dans une perspective véritablement plus réfléchie que celle de les fixer « au cas par cas, sans recul et sans vision globale »²³²⁶ ? C'est ici un autre volet de la

²³²¹ En ce sens, Bourdieu – pourtant *sociologue* – mettait en garde contre les théories qui, en sciences sociales, produisent une « apparence de science qui s'obtient par le transfert des méthodes ou des opérations d'une science plus accomplie ou simplement plus prestigieuse » (*Ce que parler veut dire*, Fayard, 1982 [éd. 2008], « La rhétorique de la scientificité : contribution à une analyse de l'effet Montesquieu », p. 227 s., spéc. p. 239). Rapp. G. Marty, « De la relation de cause à effet comme condition de la responsabilité », *RTD civ.* 1939, p. 685 s., n° 21, p. 712 (pour la physique).

²³²² Citée *supra* : A. Colin, « Le droit de succession dans le code civil », *Livre du centenaire*, p. 297 s., spéc. p. 320.

²³²³ En outre, quel seuil fait passer du petit propriétaire au grand ? Faut-il un statut différent pour les moyens propriétaires ? Et, parmi ces derniers, faut-il distinguer ceux qui se rapprochent davantage du petit, et ceux qui se rapprochent davantage du grand ? Le mouvement n'en finirait plus.

²³²⁴ Limite ici préoccupante ; Giraudoux n'écrivait-il pas que « le droit est la plus puissante école de l'imagination » (*La guerre de Troie n'aura pas lieu*) ?

²³²⁵ Un auteur y voit « tout simplement la négation de l'idée même de droit » (R. Libchaber, « Réflexions sur le “désordre juridique français” », in *Mélanges A. Decocq*, Litec, 2004, p. 415). Se pose une délicate question de mesure.

²³²⁶ 1) M. Béhar-Touchais, « Foisonnement des délais », in *Les désordres de la prescription*, dir. P. Courbe, PU Rouen, 2000, p. 7 s., spéc. n° 2, p. 8 (pour les délais spéciaux de prescription extinctive). *Adde* C. Atias et D. Linotte, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977, chron. p. 251 s.

2) V., pour les sûretés, les auteurs qui estiment qu'une « réflexion sur la justification actuelle des privilèges ne serait pas inutile : elle démontrerait sans peine l'anarchie existante, sinon l'incohérence des textes et la nécessité d'une remise en ordre » (Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés - La publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 745). Rapp. M. Dagot, « La notion de privilège », in *Mélanges C. Moubly*, Litec 1998, t. 2, p. 335 s.

3) Rapp., pour les successions, de la question de la justification du droit de retour de l'article 757-3 du code civil : alors que les droits de retour, règles spéciales de dévolution, reposent généralement sur le souci de conserver les biens dans les familles (C. Brenner, « La succession », in *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 427 s., spéc. n°s 15-16, p. 435-436 ; Y. Lequette, « La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001 : continuité ou rupture ? », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz, 2006, p. 167 s., spéc. p. 175 ; M. Grimaldi, *Successions*, 6^e éd., Litec, 2001, n° 245), les modalités de ce droit de retour font estimer à un auteur qu'elle résulte bien davantage d'une « transaction improvisée » jugée « détestable » que d'une démarche rationnelle ayant en vue la conservation des biens dans les familles (C. Brenner, art. préc., spéc. n° 16, p. 435).

justification « politique », moins noble, des règles spéciales matérielles : pour l'édiction de certaines d'entre elles, les pouvoirs publics navigueraient à vue²³²⁷.

752. **Plan.** L'édiction de règles spéciales matérielles exceptionnelles relèverait parfois d'une telle démarche empirique (1) ; des groupes de pression profiteraient de cette circonstance pour obtenir des règles catégorielles à leur avantage (2).

1. Manifestation

753. **Des règles spéciales peu rationnelles.** L'édiction de règles spéciales matérielles ne répondrait pas toujours à une attitude rationnelle des pouvoirs publics ; l'empirisme serait parfois l'unique guide d'un législateur dépourvu de boussole²³²⁸. Le constat conduit, dans le même temps, à relativiser l'idée déjà évoquée qui tient à ce que la règle spéciale matérielle serait mieux adaptée aux spécificités de la situation qu'elle vise que la règle de droit commun ; tel n'est pas toujours le cas²³²⁹. L'existence de certaines règles exceptionnelles relèverait parfois de l'irrationnel²³³⁰ ; un exemple parmi d'autres peut être développé²³³¹.

754. **Illustration : gage de stocks.** Le régime du gage sur les stocks, prévu aux articles L. 527-1 et suivants du code de commerce, en constituerait une illustration. Cette réglementation, qui ne concerne que les créanciers établissements de crédit et ne porte que sur

²³²⁷ Rapp., pour la critique des arguments tenant à la volonté du législateur, J. Lenoble et F. Ost, *Droit, mythe et raison - Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, 1980.

²³²⁸ Rapp. G. Ripert, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, réimpr. 1998, n° 23, p. 75 : parfois, « il est impossible de dire pourquoi certaines professions attirent spécialement l'attention du législateur ».

²³²⁹ V. *supra*, n° 169. En ce sens, pour un auteur, l'option de l'article 1386-18 du code civil aurait été ouverte « pour neutraliser les effets néfastes de la loi spéciale » dans certains cas (D. Mazeaud, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Dalloz, 2005, p. 73 s., spéc. n° 11, p. 80) ; avancer la meilleure adaptation du droit spécial à la situation spécifique visée est souvent dogmatique. L'on voit donc que, même pour le législateur, le droit spécial n'est pas nécessairement mieux adapté aux situations particulières qu'il vise que le droit commun, puisqu'il reconnaît que, dans certains cas, le droit commun peut être mieux adapté que le droit spécial. Sur l'étendue de cette option, v. *infra*, n° 796.

²³³⁰ Ou, à tout le moins, d'un amoncellement empirique non réfléchi. Rapp. M. Foucault, « «*Omnes et singulatim*» : vers une critique de la raison politique », in *Philosophie - Anthologie*, Folio, 2011, p. 665 s., spéc. p. 667 : « Je tiens pour dangereux le mot même de rationalisation. Quand d'aucuns tentent de rationaliser quelque chose, le problème essentiel n'est pas de rechercher s'ils se conforment ou non aux principes de la rationalité, mais de découvrir à quel type de rationalité ils ont recours ».

²³³¹ 1) Plus généralement sur le gage, la doctrine estime que les « réglementations spéciales » sont d'une utilité « douteuse » depuis la réforme réalisée par l'ordonnance du 23 mars 2006 (*Rép. civ.* Dalloz, V° « Gage », par P. Crocq, 2007, n° 18). De telles considérations seraient à rapprocher de celles parfois faites pour le gage commercial : « pourquoi maintenir un régime spécial pour le gage commercial [...] alors que le nouveau droit du gage est parfaitement adapté ? » (D. Legeais, « La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz, 2006, p. 367 s., spéc. n° 14). Dans le même sens, M.-P. Dumont-Lefrand, « Le gage de meubles corporels », in *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, dir. S. Cabrillac, C. Albigès et C. Lisanti, Litec, 2007, p. 31 s., spéc. p. 43.

2) À propos des règles spéciales matérielles de cautionnement, la doctrine déplore leur prolifération et relève que « leur pertinence n'est pas toujours à l'abri de la critique » (Ph. Simler, « Codifier ou recodifier le droit des sûretés personnelles ? », in *Le Code civil 1804-2004 - Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 373 s., spéc. p. 375).

3) De même, certains auteurs, partant du constat que la fixation d'une durée de prescription est par essence arbitraire (v. juste *supra*), affirment que « cette multiplicité est contestable parce qu'elle n'est pas justifiée [...] ». Peut-on sérieusement justifier la différence entre le délai de six mois, d'un an ou de deux ans... ? » (M. Mignot, « Aperçu critique de l'avant-projet de loi sur la prescription », *RRJ* 2007, n° 4, p. 1639 s., spéc. p. 1653).

des biens spécifiques – stocks de matières premières et approvisionnements, etc. –, semble largement dépourvue d'intérêt par rapport aux règles de droit commun matériel. D'une part en effet, le droit commun matériel permet la constitution d'un gage sur stocks²³³². D'autre part et surtout, le gage spécial du code de commerce apparaît plus contraignant et moins intéressant pour le crédit que les règles de droit commun matériel²³³³ : davantage de mentions obligatoires à peine de nullité, inscription dans un délai de quinze jours sous peine de la même sanction, pacte comissoire interdit. En somme, ce régime spécial exceptionnel semble moins bien adapté aux situations régies que celui du droit commun matériel²³³⁴. L'édiction de ce régime n'aurait ainsi pas été dictée par des choix rationnels de technique ou de politique juridique. Signe que l'édiction des règles spéciales matérielles relèverait parfois d'un empirisme brut, et ne serait dictée par aucune considération rationnelle. Au-delà, la main du législateur serait parfois même guidée par des groupes de pression.

2. Raison complémentaire : l'influence des groupes de pression

755. **L'influence de groupes de pression.** Parce que cela implique un arbitrage entre les intérêts en présence, gouverner est un art difficile et force est de constater que les pouvoirs publics contemporains ne semblent pas toujours au sommet de leur art²³³⁵ : ils cèdent parfois aux revendications et pressions particulières ; il n'est en effet pas rare que des groupes de pression²³³⁶ incitent, de manière plus ou moins « subreptice »²³³⁷, les pouvoirs publics²³³⁸ à édicter

²³³² Outre que l'article 2336 du code civil dispose que l'écrit constatant le gage doit mentionner « la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature » (ceci supposant déjà que le gage sur choses fongibles peut être admis : v. *Rép. civ.* Dalloz, V° « Gage », par P. Crocq, 2007, n° 45 s.), les articles 2341 et 2342 du même code réglementent expressément le gage qui a pour objet des choses fongibles. Dans le même sens, v. not. V. Larribau-Terneyre, « La pluralité de régimes du gage », *RLDA* mars 2007, n° 14, étude 851, p. 73 s., spéc. III. *Adde* S. Cabrillac, « Le gage sur stocks du Code de commerce », in *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, dir. S. Cabrillac, C. Albigès et C. Lisanti, Litec, 2007, p. 45 s.

²³³³ 1) Pour ce constat, v. par ex. *Rép. civ.* Dalloz, V° « Gage », par P. Crocq, 2007, n° 48 ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 713 ; V. Larribau-Terneyre, « La pluralité de régimes du gage », *RLDA* mars 2007, n° 14, étude 851, p. 73 s., spéc. III ; P. Bouteiller, « Le gage de stocks de biens ou de marchandises », *JCP E*, 2006, 1698.

2) Moins intéressant, sauf peut-être quant au mécanisme « d'arrosage » (possibilité pour le créancier qui constate que le stock a baissé en valeur de 20 % de mettre en demeure le débiteur de rétablir la valeur initiale, ou de le rembourser en proportion de la diminution, faute de quoi le créancier peut prononcer la déchéance du terme) de l'article L. 527-7 du code de commerce (S. Cabrillac, « Le gage sur stocks du Code de commerce », in *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, dir. S. Cabrillac, C. Albigès et C. Lisanti, Litec, 2007, p. 45 s., spéc. p. 47, note 16).

²³³⁴ En effet, l'existence des règles spéciales relatives au gage des stocks « aurait pu, éventuellement, se comprendre si l'objectif poursuivi avait été d'assouplir, au profit des professionnels, le gage de stocks de droit commun mais tel n'est absolument pas le cas » (*Rép. civ.* Dalloz, V° « Gage », par P. Crocq, 2007, n° 48). *Adde* la majorité des commentaires et observations sur Com. 19 févr. 2013, préc. *supra*, n° 16. Comp. H. Guillou, obs. sur Com. 19 févr. 2013, *D.* 2013, p. 1172 s., spéc. n° 5 ; M. Bourassin, « La force d'attraction du gage des stocks », *D.* 2013, p. 1363 s.

²³³⁵ Rapp. M.-F. Garaud, « La vertu du politique », in *La vertu*, dir. J. Foyer, C. Puigelier et F. Terré, PUF, 2009, p. 227 s., spéc. p. 238 s.

²³³⁶ Groupes qui ont « pour activité d'influer sur les pôles décisionnels qu'ils soient de nature politique ou juridique » (M. Mekki, « L'influence normative des groupes d'intérêt : force vive ou force subversive ? Identification », *JCP G* 2009, 370, spéc. n° 14) et qui vise « la promotion et la protection d'intérêts particuliers » (*ibid.*, n° 18). Sur les groupes de pression, aux références citées *supra* et *infra*, *adde* J. Meynaud, *Les groupes de pression*, 1960 ; F. Terré, « La "crise de la loi" », *APD* 1980, t. 25, *La loi*, p. 17 s., spéc. p. 20-21.

²³³⁷ J. Lapousterle, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes*, Dalloz, 2009, n° 407. L'une des manières de le déceler pourrait être de rechercher, non pas pour quoi, mais « pour qui » une institution a été réformée (v. par ex. N. Kanayama, « Regards d'un civiliste étranger sur le nouveau droit français de la prescription », *RDC* 2008,

des règles spéciales matérielles en leur faveur²³³⁹. Carbonnier faisait tomber les masques en relevant que « les intrigues et les pressions particulières qui agissent aujourd’hui sur la législation »²³⁴⁰ ne sont plus contestables. Et Ripert relevait déjà que « sous la poussée des différentes forces sociales la règle juridique qui était autrefois générale se fragmente pour ne plus s’appliquer qu’à une catégorie de personnes ou de biens »²³⁴¹. Pour partie, les règles spéciales matérielles exceptionnelles ne seraient autre chose que des « faveurs *ad hoc* » à des groupes « qui ont su convaincre »²³⁴². Constat d’autant plus préoccupant qu’une règle de ce type est souvent édictée « dans l’indifférence générale », « sous le prétexte qu’elle n’intéresse pas les autres »²³⁴³. Avoir conscience de la part qui revient à ces groupes dans la création ou le maintien de ces règles

p. 1445 s., spéc. III : « pour qui le droit de la prescription a-t-il dû être réformé ? ») et de consulter les travaux parlementaires : qui a été consulté et à qui profite la règle nouvelle, en quelque sorte.

²³³⁸ Souvent le législateur, mais pas exclusivement : les juridictions et l’administration sont également concernées (M. Mekki, « L’influence normative des groupes d’intérêt : force vive ou force subversive ? Identification », *JCP G* 2009, 370, spéc. n° 9 s.). V. par ex. les débats auxquels donnèrent lieu les propos de l’ex-ministre Delphine Batho, dénonçant l’action des groupes de pression lors de son limogeage (not. M.-B. Baudet et G. Paris, « L’ancienne ministre de l’écologie se dit victime du travail de sape des lobbies économiques », *Le Monde* du 6 juill. 2013, p. 8 ; « Batho accuse le gouvernement de céder aux lobbies », *AFP* 4 juill. 2013).

²³³⁹ 1) Parmi des références abondantes, v. not. J. Dabin, « Droit et politique », in *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 183 s., spéc. p. 194, qui fait remarquer qu’il n’est pas rare que les « droits spéciaux » émergent « avec le concours ou sous la pression de la catégorie bénéficiaire » ; B. Saintourens, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse Bordeaux, 1986, n° 8 (pour l’auteur, une grande part du droit spécial résulte du jeu des groupes de pression) ; G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, n° 126, p. 314 (« la généralité de la loi [...] est compromise par la lutte des forces sociales, car chacune de ces forces ne travaille que pour le succès d’intérêts particuliers ») ; L. Josserand, « Sur la reconstitution d’un droit de classe », *DH* 1937, chron. p. 1 s. ; M. Mekki, « La force normative des groupes d’intérêt : entre ombre et lumière », in *La force normative*, dir. C. Thibierge, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 233 s., spéc. p. 239 et « L’influence normative des groupes d’intérêt : force vive ou force subversive ? Identification », *JCP G* 2009, 370, spéc. n° 9 ; C. Pérès, « L’intérêt général et les lois restrictives des responsabilités », in *Mélanges G. Viney*, 2008, p. 805 s., spéc. n° 2, p. 807 ; J. Lapousterle, *L’influence des groupes de pression sur l’élaboration des normes*, Dalloz, 2009, n° 408 s. (« L’influence exercée sur le champ d’application matériel de la norme » ; constat à partir du droit de la propriété littéraire et artistique). *Adde* L. Vallée, « Élaboration de la norme et influences », *Justice & cassation* 2012, p. 99 s.

2) Rapp. F. Terré, « La “crise de la loi” », *APD* 1980, t. 25, *La loi*, p. 17 s., spéc. p. 20-21 : pour l’auteur, « ces groupes de pression, exprimant les intérêts de catégories sociales ou professionnelles déterminées – commerçants, agriculteurs, salariés, ... – [...] prennent, selon les cas, une allure offensive ou défensive : on obtient des avantages au profit de catégories socioprofessionnelles déterminées (commerçants, fermiers, etc.) ou de groupes de dimension moindre, mais suffisamment agissants (avocats, syndicats de faillite, etc.) ; on parvient à échapper à l’application d’une réforme générale, dans son principe, en obtenant la survivance d’un système ayant perdu sa justification (bouilleurs de cru, avoués près les cours d’appel, etc.) ».

²³⁴⁰ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, « Quadrige », 2004, p. 255. Sur leurs modalités techniques d’intervention, v. not. F. Fages et F. Rouvillois, « *Lobbying* : la nouvelle donne constitutionnelle », *D.* 2010, p. 277 s.

²³⁴¹ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, n° 126, p. 315. V. aussi, du même auteur, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, n° 198, p. 398 : « Chaque profession, chaque corporation, chaque classe obtient peu à peu un droit qui lui est propre. [...] Bien entendu, dès que ce droit de classe a été créé sur la demande instantane des intéressés, les juristes se sont empressés de le justifier. [...] Ainsi est abandonné chaque jour un Code civil qui a établi en France l’unité du droit. Chaque profession demande son droit propre » (et n° 199, p. 399 : les professions formeraient « dans l’État une petite société particulière qui veut être régie par des dispositions spéciales »). *Adde* J.-P. Gridel, « La loi parlementaire française : bilan des évolutions d’une source du droit », in *Introduction au droit et au droit français*, 2^e éd., Dalloz, 1994, p. 661 s., spéc. p. 683 : la règle juridique ne fait souvent « qu’habiller d’oripeaux juridiques la vindicte socio-professionnelle ou le favoritisme clanique ».

²³⁴² N. Molfessis, « La loi de la course », *RTD civ.* 1998, p. 778 s., spéc. p. 783 (pour les deux dernières citations) ; l’auteur cite, pour illustrer son propos, les « bouilleurs de cru », les « concierges » et enfin, les journalistes, « profession sensible » dont « il est bien difficile de supprimer les privilèges ».

²³⁴³ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, n° 126, p. 316-317 (pour les deux dernières citations).

se révèle un enjeu important. Quelques exemples de ce phénomène, parmi d'autres²³⁴⁴, peuvent être développés.

756. **Illustration : sûretés.** Pour les sûretés, les illustrations abondent²³⁴⁵. L'on peut penser notamment aux privilèges. Le professeur Théry le relève, l'octroi d'un privilège serait toujours une décision politique, ici en un sens second de « "politicien", un privilège n'étant pas toujours éloigné de ce que l'on appelle un "avantage catégoriel" »²³⁴⁶; la « pression des groupes d'intérêts professionnels »²³⁴⁷ serait souvent à l'origine des privilèges²³⁴⁸. Et *quid* de l'article 2015, alinéa 2, du code civil, qui étend la qualité de fiduciaire aux avocats²³⁴⁹? L'on peut en effet se demander pour quelle raison objective le législateur a décidé, par une loi du 4 août 2008²³⁵⁰, de placer la profession à côté des établissements de crédit pour leur réserver la qualité de fiduciaire. Si certains avocats estiment qu'« il faut s'en réjouir »²³⁵¹, pourquoi cet ajout²³⁵², et pourquoi l'avoir limité aux avocats, alors que les notaires, par exemple, sont eux aussi membres d'une profession réglementée et que l'administration d'un patrimoine semble tout aussi traditionnellement, sinon

²³⁴⁴ 1) La responsabilité civile n'est pas épargnée et figurerait parmi les institutions les plus touchées (elle est d'ailleurs partiellement liée à l'exemple de la prescription extinctive développé ci-après). De nombreux groupes « ont bien tour à tour persuadé nos représentants de la nécessité d'alléger sensiblement leur responsabilité en brandissant chacun l'irréductible spécificité de leur activité, mise à mal par l'irrépressible expansion de l'indemnisation des dommages » (C. Pérès, « Intérêt général et lois restrictives de responsabilité civile », in *Mélanges G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 805 s., spéc. n° 3, p. 810 – salariés et membres des institutions représentatives du personnel, dirigeants de certains organismes et sociétés publics, intermédiaires de l'Internet, médecins, banques).

2) *Adde* l'accusation générale, certainement excessive, portée par Ripert : « Quand le suffrage était censitaire, les commerçants exerçaient déjà une influence politique. Cette puissance [...] a grandi [...], malgré les apparences, sous le régime démocratique. [...] Il n'est pas étonnant dès lors de voir toutes les réformes du droit commercial faites en faveur des commerçants. [...] Le législateur cède sans cesse, créant à leur profit une législation particulière » (G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, n° 201, p. 403-404). Les employés (n° 202, p. 407), les artisans (n° 203, p. 408 s.) et les ouvriers (n° 204, p. 411 s.) font aussi l'objet des critiques de l'auteur.

²³⁴⁵ Notamment, les règles relatives au gage portant sur un véhicule automobile furent initialement instituées par une loi du 29 décembre 1934 « pour protéger ce groupe de pression que sont les fabricants d'automobiles et leurs filiales » (Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 707), même si l'exemple n'est plus aujourd'hui d'actualité (depuis lors en effet, le bénéfice du gage portant sur les véhicules automobiles a été étendu au-delà des seuls membres des groupes de pression ayant incité le législateur à légiférer : *ibid.*, n° 708). V. aussi H. Capitant, « La vente à tempérament des automobiles », *DH* 1935, chron. p. 9 s.

²³⁴⁶ Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, 2^e éd., PUF, 1998, n° 269, note 1. Pour le premier sens, v. *supra*, n° 737 s.

²³⁴⁷ M. Dagot, *Les sûretés*, PUF, 1981, p. 167 et 384 (cité par N. Sempé, *Essai de contribution à une théorie générale des privilèges*, thèse Toulouse I, 1996, p. 194).

²³⁴⁸ Comp. N. Sempé, *Essai de contribution à une théorie générale des privilèges*, thèse Toulouse I, 1996, p. 189-190, qui estime que la mention selon laquelle un privilège est attribué « en raison de la "qualité de la créance" » suffit à le justifier objectivement et à vider la critique politique de toute substance. L'on pourra rester sceptique : l'utilisation de cette expression apparaissant souvent incantatoire, elle fait douter du fondement technique des privilèges (v. *supra*, n° 734) : l'expression « qualité de la créance » est proche d'être une coquille vide, masquant un pouvoir discrétionnaire à disposition du législateur – ce qui n'est pas *nécessairement* un mal, mais il faut s'en expliquer ainsi.

²³⁴⁹ Exemple étudié ici car, si la fiducie est plus vaste (v. l'article 2011 du code civil), elle peut notamment être utilisée pour constituer une sûreté (v. not. l'article 2372-1 du code civil).

²³⁵⁰ Date symbolique s'il en est : le 4 août (1789) renvoie, davantage qu'au rétablissement subreptice d'un « privilège », à leur abolition générale. V. « Nuit du 4 août », J. Michelet, *Histoire de la Révolution française*, t. 1, Gallimard, « La Pléiade », 1976, p. 216-217. *Adde* J.-P. Hirsch, *La nuit du 4 août*, Gallimard, 1978, rééd. 2013.

²³⁵¹ R. Dammann et A. Albertini, « L'avocat face à la fiducie », *JCP G*, supplément au n° 41, 10 oct. 2011, étude 4, p. 15 s., spéc. n° 20.

²³⁵² Qui ne s'imposait pas techniquement : par exemple, dans les droits qui réglementent depuis longtemps la fiducie, les avocats ne figurent pas parmi les catégories de fiduciaires autorisés. Cette qualité est réservée aux établissements de crédit. V. par ex., en droit péruvien, l'article 242, alinéa 1^{er}, de la *ley general del sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica de la Superintendencia de banca y seguros* modifiée (n° 26702).

d'avantage, entrer dans leurs attributions²³⁵³ ? Cet article témoigne probablement d'une lutte entre les professions du droit et d'un *lobbying* efficace auprès des pouvoirs publics.

757. **Illustration : prescription extinctive.** Pour la prescription extinctive, des « pressions catégorielles »²³⁵⁴ seraient également à l'origine de certaines règles spéciales matérielles. Carbonnier estimait, sous l'empire du droit ancien, que pour certains courts délais²³⁵⁵ « il ne faut pas chercher le motif de la réforme ailleurs que dans l'influence électorale exercée sur les partis alors au pouvoir par [les] corporations »²³⁵⁶. Le phénomène semble se perpétuer sous le droit nouveau. Le professeur Lasserre-Kiesow a ainsi pu qualifier l'article 2 *bis* de la loi du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers, instituant un délai de deux ans au profit de ceux-ci, de « disposition corporatiste », qui « illustre la faiblesse du législateur à l'égard des professions les mieux organisées »²³⁵⁷. De même, l'on a remarqué que le point de départ de la prescription en matière de dommages causés à l'environnement, fixé par l'article L. 152-1 du code de l'environnement, permettrait d'apprécier « à sa juste efficacité l'action des *lobbies* industriels »²³⁵⁸ : la faveur pour l'environnement manifestée par un délai trentenaire est tempérée par un point de départ objectif – le « fait générateur du dommage » –, qui pourra faire échec à un certain nombre de prétentions. La liste n'est pas exhaustive²³⁵⁹.

²³⁵³ Pour une étude historique sur le rôle du notaire dans la gestion patrimoniale, v. B. Monassier, « Notariat et gestion de patrimoine : un « vieux couple en instance de divorce ? » - Ou l'histoire du rôle, de la place du notariat dans la gestion du patrimoine au fil des siècles », in *Mélanges J. Prieur*, à paraître.

²³⁵⁴ A. Bénabent, « Sept clefs pour une réforme de la prescription extinctive », *D.* 2007, p. 1800 s., spéc. n° 27.

²³⁵⁵ L'auteur visait ici ceux des anciens articles 2271 à 2273 du code civil.

²³⁵⁶ J. Carbonnier, « Notes sur la prescription extinctive », *RTD civ.* 1952, p. 171 s., spéc. p. 173. Ainsi, encore, la loi du 26 février 1911 qui, remplaça le délai d'un an par un délai de deux ans pour l'action des marchands pour les marchandises vendues à des non commerçants, fut décrite comme une « victoire du petit commerce, alors très puissant » (C. Brenner, « La prescription commerciale », in *Le code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 501 s., spéc. n° 7, p. 507).

²³⁵⁷ 1) V. Lasserre-Kiesow, « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *RDC* 2008, p. 1449 s., spéc. p. 1466. *Adde* A. Guégan, « La nouvelle durée de la prescription : unité ou pluralité ? », in *La réforme de la prescription en matière civile*, dir. Ph. Casson et Ph. Pierre, Dalloz, 2010, p. 11 s., spéc. n° 21, p. 21.

2) Les arguments invoqués par les professionnels persuadent souvent les dirigeants politiques ; v. not. L. Béteille, *Rapport au Sénat* n° 83, 14 nov. 2007, p. 60 : « selon la Chambre nationale des huissiers de justice, ces professionnels délivrent chaque année plus de dix millions d'actes de procédure judiciaire. En conséquence, il semblerait disproportionné d'imposer à ces officiers ministériels l'obligation de conservation de ces actes [...] de cinq ans, prévue pour les autres professions juridiques ».

²³⁵⁸ Ph. Billet, « Prescription des obligations financières liées à la réparation des atteintes à l'environnement : les affres du temps », *JCP A* 2008, act. 697, spéc. n° 7, et « La prescription de la réparation des atteintes à l'environnement », in *La responsabilité environnementale*, dir. C. Cans, Dalloz, 2008, p. 193.

²³⁵⁹ Une démarche pourrait consister à étudier la liste des personnes entendues au cours de l'élaboration de la loi du 17 juin 2008 (par ex. : É. Blessig, *Rapport AN n° 847, 2007-2008, « Personnes entendues par le rapporteur* », p. 117 s.). S'y trouvent notamment des membres de l'association française des sociétés d'assurance, ou encore de l'association des avocats de victimes de dommages corporels ; ne peut-on faire le lien entre ces auditions et le maintien ou la création de règles spéciales exceptionnelles favorables (art. L. 114-1 s. du code des assurances, art. 2226 du code civil) ? V. aussi (critique des délais de prescription de la responsabilité de la responsabilité de produits défectueux) M. Béhar-Touchais, « Foisonnement des délais », in *Les désordres de la prescription*, dir. P. Courbe, PU Rouen, 2000, p. 7 s., spéc. n° 11. *Adde* les exemples in V. Lasserre-Kiesow, art. préc., spéc. p. 1465-1466 ; A. Guégan, art. préc., spéc. n° 21 ; Ph. Casson, « Le nouveau régime de la prescription », in *La réforme de la prescription en matière civile*, dir. Ph. Casson et Ph. Pierre, Dalloz, 2010, p. 25 s., spéc. p. 30-31.

§ II – La recherche de justification des règles spéciales matérielles non exceptionnelles

758. **Plan.** L’opportunité des règles spéciales matérielles non exceptionnelles appelle une distinction. D’un côté, le droit spécial d’application apparaît justifié par son utilité, qui est de compléter les règles de droit commun (A) ; d’un autre côté, le droit spécial de reproduction ou de renvoi, véhicule d’une redondance, n’apporterait rien (B).

A. Le droit spécial matériel d’application

759. **Utilité du droit spécial matériel d’application.** L’utilité des règles spéciales matérielles d’application du droit commun²³⁶⁰ apparaît peu discutable. Elles réalisent la mise en œuvre, pour un cas déterminé, d’une règle de droit commun souvent rédigée sous la forme d’un principe directeur²³⁶¹. Cette technique repose sur un équilibre raisonné²³⁶² ; les règles spéciales matérielles qui en relèvent sont un modèle d’utilité.

760. **Illustration : règles d’application du principe de nécessité des mesures de protection des majeurs.** Ainsi, par exemple, l’utilité des règles spéciales qui font application des principes directeurs de la protection des majeurs²³⁶³ ne semble pouvoir être mise en doute : l’articulation entre règles de droit commun matériel et règles spéciales matérielles apparaît satisfaisante. Notamment, sans les règles spéciales d’application prévues aux articles 439, 441 et 442 du code civil, qui fixent des durées maximales de protection, le principe de nécessité contenu à l’article 428, alinéa 1^{er}, du même code, pouvait apparaître trop vague²³⁶⁴.

B. Le droit spécial matériel de reproduction ou de renvoi

761. **Inutilité du droit spécial matériel de reproduction.** S’il existe deux règles, l’une commune et l’autre spéciale, qui prévoient la même solution, l’une des deux apparaît de trop. Et il semble que ce soit la règle spéciale, puisque son domaine d’application est limité. Contrairement aux règles spéciales d’application, les règles spéciales qui se contentent de reproduire servilement une règle de droit commun matériel se révèlent superflues²³⁶⁵. Elles se

²³⁶⁰ V. *supra*, n° 697 s.

²³⁶¹ V. *supra*, n° 508 s. La technique est utilisée lorsque la règle de droit commun ne peut appréhender toutes les situations dans leur diversité (v. *supra*, n° 697).

²³⁶² V. *supra* : édicton de principes de droit commun matériel et de mesures concrètes d’application par des règles spéciales matérielles.

²³⁶³ Sur celles-ci, v. *supra*, n° 698 s.

²³⁶⁴ Ce n’est pas à dire que la mise en œuvre de ces principes par les règles spéciales soit toujours idéale et exempte de reproche dans ses modalités techniques ; par exemple, de l’avis de certains, la mise en œuvre du principe de nécessité pourrait aller plus loin (v. déjà T. Verheyde, obs. sous Civ. 1^{re}, 31 janv. 1995, *D.* 1996, jur. p. 123 s., spéc. p. 124).

²³⁶⁵ 1) Dans le même sens, J. Huet et al., *Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd., LGDJ, 2012, n° 7, p. 16 : le procédé « peut [...] sembler inutile ». Adde N. Delegove, *Le droit commun et le droit spécial*, thèse Paris II, 2011, n° 354 : « en reprenant à l’identique une solution du droit commun, le droit spécial ne lui ajoute rien ». Rapp. N. Molfessis, « Le code civil et le pullulement des codes », in *1804-2004, Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 309 s., spéc. n° 27, p. 332-333 (et les exemples cités).

bornent à créer un doublon²³⁶⁶, « qui n'apporte ni ne retire rien » à la solution du droit commun matériel²³⁶⁷. En outre, ces règles, qui pourraient être vues comme l'expression d'une absence de maîtrise des pouvoirs publics²³⁶⁸, entraînent formellement une éviction induite de la règle de droit commun matériel – mais non de la solution qu'elle prévoit ! – là où elle aurait pu s'appliquer. La justification d'opportunité de ces règles de reproduction apparaît introuvable.

762. **Inutilité du droit spécial matériel de renvoi.** Les règles spéciales matérielles qui renvoient au droit commun matériel seraient tout aussi peu utiles : nul besoin qu'une règle spéciale renvoie au droit commun pour que celui-ci ait vocation à s'appliquer à titre subsidiaire. Le renvoi n'est pas nécessaire²³⁶⁹. La justification d'opportunité de ces règles apparaît encore difficile à trouver²³⁷⁰.

763. **Dangerosité du droit spécial matériel de reproduction ou de renvoi ?** Plus encore, le droit spécial de reproduction ou de renvoi ne pourrait-il pas apparaître dangereux ? Ces règles, relève le professeur Molfessis, pourraient là où elles ne sont pas édictées « laisser croire, *a contrario*, que le retour au droit commun n'a plus lieu de s'opérer »²³⁷¹ ; « par où l'on saisit qu'une seule intégration du droit commun revient ni plus ni moins à jeter le doute sur l'application des règles générales aux autres hypothèses »²³⁷². Ces règles pourraient donner à penser que le droit commun matériel n'est applicable que par autorisation de leur part²³⁷³. Ce n'est évidemment pas le cas²³⁷⁴ et, pour cette raison d'ailleurs, le recours à ces techniques est apparu « inopportun » à la Commission supérieure de codification²³⁷⁵.

2) Ce constat vise néanmoins les seules règles spéciales matérielles qui reproduisent exactement le droit commun matériel ; les règles spéciales qui ne sont pas exactement le calque de la règle de droit commun ne peuvent se voir reprocher cette inutilité, puisqu'elles en modifient (même légèrement) la solution. V. *supra*, n° 690 et la note.

²³⁶⁶ F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial - et retour », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 s., spéc. p. 948 ; C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 81, p. 119 (les doublons désignent le phénomène selon lequel « une même règle substantielle est reprise dans plusieurs dispositions distinctes »).

²³⁶⁷ F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial - et retour », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 s., spéc. p. 948. En ce sens, v. J.-M. Pastor, « Les dispositions d'un code suiveur n'ont pas valeur normative », obs. sur CE 23 oct. 2013, *Dalloz actualité* 6 nov. 2013 : jugé que, suite à la suppression de la règle de référence, la règle instituant un renvoi doit – en raison de la vacuité du renvoi – être considérée comme vidée de sa portée normative.

²³⁶⁸ Pour reprendre un exemple précité (*supra*, n° 695 et la note), peut-être eût-il suffi au législateur de rédiger autrement l'article 3 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation (qui aurait pu préciser qu'il ne s'appliquait qu'aux victimes non conductrices ayant subi des dommages autres qu'aux biens) pour épargner l'existence des articles 4 (relatif au conducteur victime) et 5 (relatif aux dommages aux biens) de la même loi.

²³⁶⁹ V. *supra*, n° 92. Adde C. Brenner et H. Lécuyer, « La réforme de la prescription », *JCP E* 2009, 1169 et 1197, spéc. n° 45 : la technique procède « de manière redondante » (sur l'article L. 3245-1 du code du travail qui, avant la loi du 14 juin 2013, fixait une règle de reproduction et de renvoi).

²³⁷⁰ Au-delà de cette première inutilité considérée depuis la perspective de la règle spéciale elle-même, le phénomène constitue aussi une négation du caractère automatique de la subsidiarité du droit commun matériel : v. *infra*, n° 824 s.

²³⁷¹ N. Molfessis, « Le code civil et le pullulement des codes », in *1804-2004, Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 309 s., spéc. n° 27, p. 333.

²³⁷² *Ibid.*

²³⁷³ Rappr. Ph. Rémy, « Regards sur le Code », in *Le Code civil, 1804-2004 - Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 99 s., spéc. p. 112 : l'idée sous-jacente (et fautive) véhiculée par ces doublons serait qu'une règle édictée dans le code civil ne pourrait conserver son statut de droit commun « qu'au prix d'[une] redite dans un Code spécial ».

²³⁷⁴ V. *supra*, n° 92, en général, et *infra*, n° 812 s., pour l'application au droit commun matériel.

²³⁷⁵ Cinquième rapport annuel de la Commission supérieure de codification, 1994.

764. **Illustration : réalisation du gage automobile.** Par exemple, quel est l'intérêt l'article 2353 du code civil, qui renvoie, pour la réalisation du gage sur véhicule automobile, aux articles 2346 à 2348 du même code ? Cette règle de renvoi au droit commun matériel du gage apparaît, comme toutes les autres, inutile. Comme d'autres, elle pourrait disparaître sans dommage.

Section II – La question du maintien

765. **Intérêt de la question : pour la suppression des règles spéciales matérielles inopportunes.** L'intérêt de la question du maintien des règles spéciales matérielles se mesure à l'aune d'une autre question : peut-on soutenir que la situation actuelle est satisfaisante ? Y répondre sans nuance par l'affirmative apparaît difficile²³⁷⁶ : c'est dans un univers kafkaïen que plonge l'observateur qui chercherait à déterminer pourquoi il existe autant de règles spéciales matérielles²³⁷⁷. Leur prolifération semble aller bien plus loin que ce qu'exigent les besoins techniques ou sociaux, confinant parfois à l'absurde ou à l'inutile²³⁷⁸. Les pouvoirs publics ne devraient-ils pas prendre conscience des responsabilités qui leur incombent ? Domat relevait qu'« il n'y a point de science humaine où la conséquence des égarements soit plus importante qu'en celle des Loix »²³⁷⁹. Remédier à cet « égarement » contemporain semble prioritaire et conforme à l'intérêt général²³⁸⁰. L'on peut proposer la suppression des règles spéciales matérielles inopportunes²³⁸¹.

766. **Plan.** Seront successivement envisagées la question du maintien des règles spéciales matérielles exceptionnelles (§ I) et celle du maintien des règles spéciales matérielles non exceptionnelles (§ II).

²³⁷⁶ V. la liste des effets néfastes engendrés par la spécialisation à outrance, et les références citées *supra* : hésitations sur le droit applicable, conflits de qualifications, instrumentalisation du droit, etc. V. par ex. J. Dabin, « Droit de classe et droit commun. Quelques réflexions critiques », in *Mélanges É. Lambert*, t. 3, Sirey-LGDJ, 1938, p. 66 s., spéc. p. 78 ; et, pour une illustration concrète, M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, t. 7, 2^e éd., 1954, n° 1327, p. 736 (la profusion de délais différents ne peut « être qu'une cause d'erreurs et de surprises et qui donnent lieu à des difficultés constantes d'interprétation »).

²³⁷⁷ Dans *Le procès*, Josef K. cherche vainement la logique et la raison d'être des règles qui gouvernent le système juridique dans lequel il se trouve plongé (F. Kafka, *Le procès*, trad. A. Vialatte, Folio, 1977). Faudra-t-il voir dans la fiction l'amorce d'une prophétie ?

²³⁷⁸ En guise de résultat, ce curieux paradoxe : chacun revendiquerait des règles spéciales matérielles en particulier, mais tout le monde se plaindrait de l'existence de tant de règles spéciales en général (A. Holleaux, « La fin des règles générales », *Bull. LAP* 1976, p. 419 s., spéc. n° 5, p. 425 : la dérogation est « à la fois populaire et honnie. Populaire car chacun croit pouvoir y prétendre et honnie car sous ce mot, on hume l'abus »).

²³⁷⁹ J. Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Bailly, rééd. 1777, préface, p. II.

²³⁸⁰ Pourtant, peut-être ce souhait relève-t-il en partie de l'utopie (rapp. du scepticisme affiché par S. Cabrillac, « Le gage sur stocks du Code de commerce », in *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, dir. S. Cabrillac, C. Albigès et C. Lisanti, Litec, 2007, p. 45 s., spéc. p. 51) : au regard de l'évolution du droit contemporain, il est douteux que les pouvoirs publics ouvrent prochainement ce chantier ; la volonté – le courage ? – n'y serait pas.

²³⁸¹ Rapp. sur une question spécifique, F. Pollaud-Dulian, « De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires », *RTD com.* 1997, p. 349 s. Avec, en toile de fond, le constat précédemment fait selon lequel le « choix entre droit commun et droit spécial [...] incombe à l'État » (J. Dabin, « Droit et politique », in *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 183 s., spéc. p. 194).

§ I – La question du maintien des règles spéciales matérielles exceptionnelles

767. **Plan.** Cette question du maintien des règles spéciales exceptionnelles en impliquerait une autre, plus facile : pour savoir ce qu'il faut maintenir, ne peut-on avant tout étudier ce qui pourrait opportunément être supprimé (A) et comment (B) ?

A. L'objet de la suppression

768. **Les règles inopportunes.** On l'a vu, certaines règles spéciales matérielles exceptionnelles peinent à trouver une justification d'opportunité satisfaisante, tandis que d'autres le peuvent²³⁸². Il apparaîtrait de bonne politique, dès lors, d'envisager la suppression des premières. Les illustrations qui suivent concernent les sûretés²³⁸³.

769. **Illustration : gages spéciaux.** La réglementation du gage de stocks contenue aux articles L. 527-1 et suivants du code de commerce mérite peut-être ce type de réflexion : il a été vu qu'un gage portant sur des stocks pouvait s'insérer dans le cadre de la réglementation de droit commun matériel du gage, sans que soit nécessaire un régime spécial dérogatoire, plus contraignant, inséré au code de commerce²³⁸⁴. Comment ne pas songer à la suppression de ces dispositions²³⁸⁵ ? Une partie de la doctrine le propose et souhaite au gage de stocks « une disparition rapide »²³⁸⁶. Plus généralement, pour les gages spéciaux, les professeurs Aynès et

²³⁸² V. *supra*, n° 725 s.

²³⁸³ Il ne s'agit que de quelques exemples pris parmi beaucoup d'autres.

1) Pour la prescription extinctive, la doctrine a fait de la critique de la spécialisation excessive des règles un cheval de bataille : v. not. J. Carbonnier (« Notes sur la prescription extinctive », *RTD civ.* 1952, p. 171 s., not. p. 172, « ce défaut signalé de la législation française », A. Bénabent (« Le chaos du droit de la prescription extinctive », in *Mélanges L. Boyer*, PU Toulouse, 1996, p. 123 s. ; « Sept clefs pour une réforme de la prescription extinctive », *D.* 2007, p. 1800 s.), Ph. Malaurie (« La réforme de la prescription civile », *Deffrénois* 2008, p. 2029 s.). Ainsi, les règles spéciales de prescription extinctive qui ne trouvent pas de justification satisfaisante ne mériteraient-elles pas d'être supprimées ? Pour des exemples, v. *supra* et V. Lasserre-Kiesow, « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *RDC* 2008, p. 1449 s., spéc. p. 1465-1466.

2) Pour les successions, un auteur milite pour la suppression de l'article L. 123-7 du code de la propriété intellectuelle, qui organise la dévolution du droit de suite au décès de l'auteur : cet article « exclut les légataires, précisant qu'ils ne peuvent hériter du droit de suite, par dérogation au droit commun des successions » (A. Favreau, « Le droit d'auteur et le droit des successions », in *Propriété intellectuelle et droit commun*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, p. 181 s., spéc. p. 186) : cette règle, en plus d'être techniquement contestable, défavoriserait injustement les légataires, et devrait donc être abandonnée ; la dévolution du droit de suite pourrait et, en opportunité, devrait, obéir aux « règles du droit commun des successions » (art. préc., spéc. p. 189).

3) Pour la responsabilité civile, *adde* M. Poumarède, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, n° 343.

²³⁸⁴ V. *supra*, n° 754.

²³⁸⁵ Sous réserve peut-être du mécanisme d'« arrosage » prévu par l'article L. 527-7 du code de commerce (sur lequel v. *supra* et S. Cabrillac, « Le gage sur stocks du Code de commerce », in *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, dir. S. Cabrillac, C. Albigès et C. Lisanti, Litec, 2007, p. 45 s.).

²³⁸⁶ S. Cabrillac, « Le gage sur stocks du Code de commerce », in *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, dir. S. Cabrillac, C. Albigès et C. Lisanti, Litec, 2007, p. 45 s., spéc. p. 51. *Adde* P. Crocq, obs. sur *Com.* 19 févr. 2013, *RTD civ.* 2013, p. 418 s. *Comp.* M. Bourassin, « La force d'attraction du gage des stocks », *D.* 2013, p. 1363 s. La doctrine le souhaite sans peut-être y croire entièrement : v. not. S. Cabrillac, « Le gage sur stocks du Code de commerce », in *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, dir. S. Cabrillac, C. Albigès et C. Lisanti, Litec, 2007, p. 45 s., spéc. p. 51 : « Que souhaiter au gage sur stocks du Code de commerce : une disparition rapide ! Toutefois, la mode des débats participatifs semblant décroître, il est peu probable que le législateur entende cette suggestion... »

Crocq relèvent que « Depuis la réforme du Code civil, la question se pose de savoir s'il est légitime, et dans quelle mesure, de maintenir certains gages à l'écart, au moins en partie, du droit commun. [...] C'est une question de politique législative qui devrait être abordée franchement et résolue dans le sens de la simplification, donc de l'unité »²³⁸⁷. La réflexion pourrait être engagée sur ce point.

770. **Illustration : privilèges.** De même, des auteurs ont proposé, sur le modèle de certains droits étrangers, de supprimer les privilèges qui ne reposeraient pas sur une justification d'opportunité appropriée autre qu'une pure faveur politique faite aux intéressés²³⁸⁸. Y faisant partiellement écho, la commission Grimaldi proposait d'ouvrir la voie²³⁸⁹. L'ordonnance du 23 mars 2006 les a pourtant laissés intacts.

771. **Illustration : obligations d'informer la caution.** L'on pourrait même aller au-delà et songer à améliorer des règles spéciales matérielles justifiées, mais qui perdent de leur efficacité du fait de leur prolifération. L'exemple déjà mentionné des obligations d'information dans le cautionnement, imposées par des règles édictées par couches successives, démontre ces effets néfastes de l'excès de spécialité²³⁹⁰ : si elles apparaissent légitimées par la volonté de protéger certaines cautions²³⁹¹, leur multiplication improvisée contredirait cet objectif²³⁹². Le maintien de cette multiplicité de règles serait une illustration, selon l'expression du professeur Legeais, de « l'art de mal légiférer »²³⁹³. Ne peut-on envisager d'abroger ces textes spéciaux²³⁹⁴, quitte à les remplacer par un texte unique qui, sans être de droit commun matériel, viserait toutes les cautions personnes physiques profanes ? La commission Grimaldi avait montré la voie en ce sens²³⁹⁵.

²³⁸⁷ L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés*, 7^e éd., LGDJ, 2013, n° 517.

²³⁸⁸ En ce sens, v. not. M. Rouland, *La qualité de la créance*, thèse Paris X, 2007, n° 129 : « les exemples des droits anglais et québécois montrent que la réduction des privilèges est, non seulement souhaitable, mais encore réalisable ».

²³⁸⁹ En refondant la liste des privilèges pour la rendre plus lisible, ainsi qu'en supprimant purement et simplement les privilèges immobiliers spéciaux. V. le *Rapport du groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés*, dir. M. Grimaldi, remis le 31 mars 2005, p. 9 et p. 16-17. Il était certes proposé de remplacer ces privilèges immobiliers spéciaux par des hypothèques légales spéciales (p. 17, et article 2418 de l'avant-projet), ce qui ne faisait peut-être que déplacer la difficulté.

²³⁹⁰ V. *supra*, n° 675.

²³⁹¹ Elles pourraient donc relever de la justification par le choix de valeurs sociales (cf. *supra*, n° 737 s.).

²³⁹² Elle rend le droit peu lisible et implique certains chevauchements non maîtrisés : les pouvoirs publics visent une fin (la protection de certaines cautions), mais s'empêchent de l'atteindre par l'inadaptation des moyens mis en œuvre pour la poursuivre. Ainsi que le relève la doctrine en effet, « un tel foisonnement d'obligations d'information [...] constitue l'illustration paroxystique d'une méthode législative détestable, placée sous le signe de l'improvisation la plus incohérente » (Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés - La publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 168).

²³⁹³ D. Legeais, « La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz, 2006, p. 367 s.

²³⁹⁴ Dans le même sens, v. D. Houtcieff, « Le droit des sûretés hors le Code civil », *LPA* 22 juin 2005, p. 8 s., spéc. n° 30, qui suggère de « faire table rase des articles L. 341-1 et suivants du Code de la consommation ».

²³⁹⁵ L'avant-projet proposait de remplacer les articles existants par un article 2307 : « Le créancier professionnel est tenu, avant le 31 mars de chaque année, de faire connaître à toute caution personne physique le montant du principal de la dette et de ses accessoires restant dus au 31 décembre de l'année précédente, sous peine de déchéance des intérêts et accessoires échus depuis la date de la précédente information et jusqu'à celle de la communication de la nouvelle information. Dans les rapports entre le créancier et la caution, les paiements effectués pendant cette période sont imputés prioritairement sur le principal de la dette » (al. 1^{er}) ; « Si le cautionnement est à durée indéterminée, le créancier professionnel est, en outre, tenu de rappeler à la caution sa faculté de résiliation » (al. 2).

B. Les moyens de la suppression

772. **Abrogation par le législateur.** Le législateur – ou le pouvoir réglementaire lorsque les règles sont de source réglementaire – pourrait abroger lui-même un certain nombre de règles. Par exemple, de telles abrogations avaient eu lieu pour un certain nombre de délais spéciaux de prescription extinctive, à l'occasion de la réforme du 17 juin 2008²³⁹⁶. Les pouvoirs publics peuvent également y être incités par d'autres voies²³⁹⁷.

773. **Contestation de la constitutionnalité sur le fondement du principe d'égalité.** La conformité à la Constitution des règles spéciales matérielles exceptionnelles visées pourrait être contestée par la voie du contrôle *a priori* lorsqu'une nouvelle règle spéciale est édictée par le législateur, ou par celle de la question prioritaire de constitutionnalité. Sur quel fondement ? L'on peut notamment songer au principe d'égalité devant la loi²³⁹⁸. La loi « doit être la même pour tous », dispose l'article 6 de la Déclaration des droits de 1789 ; ainsi que le rappelle le Conseil constitutionnel, ce principe ne signifie pas que l'on ne puisse pas traiter différemment des situations différentes, mais il faut encore que les différences instituées soient objectivement justifiées²³⁹⁹. Ce dernier opère un contrôle de la « pertinence » du « lien de causalité » entre la différence de situation et la différence de traitement²⁴⁰⁰ : il exige une relation appropriée entre la circonstance qui conduit le législateur à prévoir une solution dérogatoire et la différence de traitement instituée²⁴⁰¹. Or, sur ce point, les règles spéciales matérielles exceptionnelles pèchent parfois²⁴⁰². Le principe d'égalité semble ainsi pouvoir être invoqué pour contester la

²³⁹⁶ Par exemple, la substance de l'ancien article 2270-1, alinéa 1^{er}, du code civil, qui édictait un délai de dix ans pour la responsabilité civile extracontractuelle, n'a pas été reprise.

²³⁹⁷ Outre la voie du contrôle de constitutionnalité, développée ci-après, d'autres moyens existeraient. Les plaideurs pourraient notamment songer à contester la conventionnalité de certaines dispositions spéciales sur le fondement de l'article 14 de la convention européenne des droits de l'Homme (interdiction de discrimination), combiné avec un autre article de cette convention, selon l'objet de la règle contestée (pour les règles spéciales en lien avec les biens par exemple, l'article 1^{er} du premier protocole additionnel). À cette occasion, la légitimité ainsi que la proportionnalité au but poursuivi pourraient être discutées.

²³⁹⁸ La question de la conformité des dispositions spéciales à celui-ci est classique. V. not. B. Saintourens, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse Bordeaux IV, 1986, n° 7 ; J. Dabin, « Droit de classe et droit commun. Quelques réflexions critiques », in *Mélanges É. Lambert*, 5^e partie, Sirey-LGDJ, 1938, p. 66 s., spéc. p. 74-75. Adde G. Ripert, qui estime que la question est éludée dans le débat juridique (*Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, n° 198, p. 398), car « on se défend d'abandonner le principe révolutionnaire ; bien au contraire on prétend le développer » (*ibid.*, n° 222, p. 447). Sur les liens entre droit commun, droit spécial et principe d'égalité, adde N. Delegove, *Le droit commun et le droit spécial*, thèse, Paris II, 2011, n° 98 s.

²³⁹⁹ V. par ex., parmi une jurisprudence foisonnante, Cons. const. 6 août 2010, n° 2010-24 QPC, spéc. consid. n° 5 : « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que [...] la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ». C'est le sens de la formule selon laquelle une « différence qui s'applique à des situations elles-mêmes différentes ne constitue pas une atteinte au principe d'égalité » (Cons. const. 20 juill. 1983, n° 83-162 DC, *Loi relative à la démocratisation du service public*, consid. n° 47 – jurisprudence constante).

²⁴⁰⁰ N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, n° 335. V. aussi, pour des constats similaires dans le cadre d'une étude plus ciblée, J. Klein, *Le point de départ de la prescription*, thèse Paris II, 2010, n° 544.

²⁴⁰¹ Encore une fois, Batiffol l'écrivait ainsi : « s'il est admissible qu'à faits différents, règles différentes, encore faut-il justifier d'un lien entre la distinction si réelle soit-elle, et la conséquence légale qui en est tirée » (*Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p. 172).

²⁴⁰² V. *supra*, not. n° 727 s.

constitutionnalité des règles spéciales exceptionnelles non justifiées en opportunité²⁴⁰³, en insistant sur l'absence de lien pertinent entre la règle posée et la situation régie²⁴⁰⁴.

774. **Décisions récentes sur le contrôle de constitutionnalité des règles spéciales matérielles exceptionnelles.** Le Conseil constitutionnel aurait d'ailleurs récemment ouvert la voie. Il a déjà retenu la non-conformité à la Constitution de telles règles dans des cas où ce lien entre la dérogation et la situation régie n'a pas été jugé suffisamment pertinent. C'est l'exemple de l'abrogation du droit de prélèvement au profit des héritiers français : l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction disposait que « dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales », instituant ainsi, pour le cas visé dans l'article, une règle spéciale dérogatoire à la règle de conflit qui fige le droit commun matériel des successions²⁴⁰⁵. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a décidé que « cette différence de traitement n'est pas en rapport direct avec l'objet de la loi qui tend, notamment, à protéger la réserve héréditaire et l'égalité entre héritiers garanties par la loi française ; que, par suite, elle méconnaît le principe d'égalité devant la loi » et est contraire à la Constitution²⁴⁰⁶. À l'inverse, le Conseil déclare la règle dérogatoire conforme à la Constitution lorsqu'il estime que la différence instituée est en rapport avec l'« objet » de la loi, c'est-à-dire avec la circonstance particulière qui pousse le législateur à édicter la règle spéciale²⁴⁰⁷. Sur ce modèle, il semblerait possible d'utiliser cette technique d'« élagage » afin de faire disparaître de l'ordonnement juridique les règles spéciales matérielles exceptionnelles non justifiées²⁴⁰⁸.

²⁴⁰³ Dans le même sens, pour un exemple, v. J. Klein, *Le point de départ de la prescription*, thèse Paris II, 2010, n° 543 s., et la conclusion de l'auteur : « s'il est loisible au législateur de fixer des points de départ de la prescription spéciaux, leur particularisme doit être une réponse adéquate à une véritable différence de situation » (n° 549).

²⁴⁰⁴ Toute la question est alors de savoir « quand le rapport entre la différence de traitement et la finalité de la loi qui l'établit sera jugé suffisamment direct pour justifier la fixation [d'une règle] dérogatoire » (J. Klein, *Le point de départ de la prescription*, thèse Paris II, 2010, n° 544). Pour un essai de typologie, v. déjà N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, n° 336 s.

²⁴⁰⁵ Il instituait une « règle matérielle » au sens du droit international, règle qui établit directement la solution au fond.

²⁴⁰⁶ Cons. const. 5 août 2011, n° 2011-159 QPC, spéc. consid. n° 6. Sur cette décision, v. not. M. Revillard, « L'abrogation du droit de prélèvement des héritiers français », *Deffrénois* 2011, 40097, p. 1351 s.

²⁴⁰⁷ V. par ex., à propos du régime de prescription institué par la loi du 31 décembre 1968 au profit des personnes publiques, Cons. const. 18 juin 2012, n° 2012-256 QPC, spéc. consid. n° 5 : jugé, à propos de l'article 3 de cette loi, qu'« aucune exigence constitutionnelle n'impose que les créances sur les personnes publiques soient soumises aux mêmes règles que les créances civiles ; qu'en instituant un régime particulier applicable aux créances contre certaines personnes publiques, le législateur pouvait prévoir des causes de suspension de la prescription différentes de celles applicables aux relations entre personnes privées ; qu'ainsi la différence de traitement instaurée par le législateur [...] est fondée sur une différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; que le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité doit être écarté ». V. aussi, pour le privilège de *new money* de l'article L. 611-11 du code de commerce, Cons. const. 22 juill. 2005, n° 2005-522 DC, *Loi de sauvegarde des entreprises*, consid. n° 5.

²⁴⁰⁸ Si toutefois, dans le cadre de la procédure de QPC, la Cour de cassation et le Conseil d'État acceptent de considérer que la question présente un caractère sérieux. La Cour de cassation ne semble pas particulièrement encline à le retenir lorsque la question conteste les différences de régimes entre une règle de droit commun et une règle spéciale sur le fondement du principe d'égalité (v. par ex. Civ. 2^e, 31 mars 2011, n° 10-25.281 : « la question ne présente pas un caractère sérieux en ce que le régime de droit commun de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du code civil répond à la situation objective dans laquelle se trouvent toutes les victimes d'un dommage ayant pour origine l'intervention d'une chose autre qu'un véhicule terrestre à moteur, soumis au régime particulier de la loi du 5 juillet 1985, et ne porte manifestement pas atteinte au principe d'égalité »).

§ II – La question du maintien des règles spéciales matérielles non exceptionnelles

775. **Plan.** Pour les règles spéciales matérielles non exceptionnelles, les deux mêmes questions se posent : que supprimer (A) ? Comment supprimer (B) ?

A. L'objet de la suppression

776. **Les règles spéciales matérielles de reproduction et de renvoi.** Les règles d'application du droit commun matériel sont apparues utiles²⁴⁰⁹ : aucune raison n'existe de les remettre en cause. En revanche, l'utilité des règles spéciales de reproduction ou de renvoi est apparue plus douteuse²⁴¹⁰ : ne convient-il pas, dès lors, d'envisager leur suppression ? La question ne devrait pas faire débat, dans la mesure où ces règles ne profitent à personne²⁴¹¹ : elles nuisent simplement à la simplicité et à la clarté de l'ordre juridique. Ces règles spéciales non exceptionnelles seraient l'expression d'une dérive contribuant à l'inflation normative. Par souci de clarté et d'économie de moyens, l'on pourra donc plaider pour leur suppression²⁴¹².

777. **Illustrations.** Exemple parmi d'autres, pourquoï ne pas envisager l'abrogation de l'article 2353 du code civil qui renvoie, pour la réalisation du gage sur véhicule automobile, au droit commun matériel du gage, contenu aux articles 2346 à 2348 du même code, qui apparaît, de ce fait, inutile ? De même, et quoique la règle reproduite ne soit pas véritablement de droit commun²⁴¹³, l'on pourrait songer à supprimer les dispositions qui se contentent de reproduire, pour des droits personnels ou réels mobiliers spécifiques, le délai de cinq ans posé par l'article 2224 du code civil²⁴¹⁴.

²⁴⁰⁹ V. *supra*, n° 759 s.

²⁴¹⁰ V. *supra*, n° 761 s.

²⁴¹¹ Peut-être pourrait-on considérer que certaines règles de reproduction ou de renvoi auraient fonction d'étendard et figureraient au rang des « spécificités de la matière qui fondent l'existence d'un code propre » et la « légitimité » de celui-ci (C. Brenner, « La prescription commerciale », in *Le code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 501 s., spéc. n°s 24 et 23, à propos de l'article L. 110-4, I, du code de commerce [critique]). Il n'y aurait pas là pour autant une raison suffisamment convaincante (v. C. Brenner, *ibid.*) : la légitimité d'une discipline peut-elle être préservée par la reproduction littérale de règles plus générales ? L'argument conduit, au rebours des intentions, à affaiblir la spécificité de la discipline en montrant qu'elle n'est que de façade. Le « code autonome » défendu règne alors sur un royaume d'apparences : il consacre des solutions qui ne sont spéciales qu'en la forme ; au fond, les solutions sont celles déjà contenues dans une règle plus générale.

²⁴¹² Quitte même à les remplacer, si un particularisme est souhaité, par une véritable règle spéciale dérogatoire – sur le modèle de l'adaptation de l'article L. 3245-1 du code du travail. Avant sa modification par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, cet article prévoyait un délai de cinq ans et renvoyait à l'article 2224 du code civil ; il dispose désormais que « l'action en paiement ou en répétition du salaire se prescrit par trois ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ». Sur le droit nouveau, v. not. B. Gauriau, « La diminution des délais de prescription », *Dr. soc.* 2013, p. 833 s.

²⁴¹³ V. *supra*, n° 566.

²⁴¹⁴ Dans le même sens, C. Brenner et H. Lécuyer, « La réforme de la prescription », *JCP E* 2009, 1169 et 1197, spéc. n° 41.

B. Les moyens de la suppression

778. **Abrogation par le législateur.** Ici encore, le législateur – ou le pouvoir réglementaire lorsque les règles sont de source réglementaire – pourrait abroger lui-même un certain nombre de règles de reproduction ou de renvoi, notamment dans le cadre d'une nouvelle loi de simplification du droit. Certains précédents montrent d'ailleurs la voie. Ainsi, pour la vente, l'article L. 211-1 ancien du code de la consommation se bornait à reproduire, avec des guillemets, les articles 1641 à 1648 du code civil ; par une ordonnance du 17 février 2005, le législateur a profité de la transposition de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation pour supprimer les doublons générés par cet article²⁴¹⁵. Au-delà de l'intervention directe du législateur, d'autres moyens pourraient être mis en œuvre.

779. **Contestation de la constitutionnalité sur le fondement de l'intelligibilité et de la clarté de la loi ?** La saisine du Conseil constitutionnel, *a priori* ou par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité, pourrait également être envisagée pour endiguer le phénomène. Des fondements se détachent : l'exigence de clarté et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi²⁴¹⁶. À première vue et à suivre la position majoritaire de la Cour de cassation, ces fondements offriraient pourtant peu d'espoir : dans le cadre de la procédure résultant de l'article 61-1 de la Constitution, les hauts magistrats semblent peu enclins à transmettre au Conseil constitutionnel les questions posées relativement à la constitutionnalité de ces règles spéciales, faute d'y voir le « caractère sérieux » exigé par les textes. Par exemple, la constitutionnalité de l'article L. 3245-1 du code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi du 14 juin 2013 – qui, à la fois, reproduisait le délai posé à l'article 2224 du code civil et y renvoyait – était contestée sur ces fondements ; pour la Cour de cassation, « la question posée, relative à la durée de la prescription des actions en paiement des salaires, au demeurant conforme au droit commun, ne présente pas de caractère sérieux »²⁴¹⁷. Peu d'espoir, car le message contenu dans l'incise – « au demeurant conforme au droit commun » – semble clair : contester la constitutionnalité d'une disposition spéciale qui reproduit la disposition de droit commun ou y renvoie serait dépourvu de caractère sérieux²⁴¹⁸. L'on pourra toutefois ne pas être d'accord avec

²⁴¹⁵ Il existe un certain nombre d'autres précédents. Par exemple, avant la réforme des sûretés opérée par l'ordonnance du 23 mars 2006, l'ancien article 2081 du code civil prévoyait que, lorsque le créancier percevait les intérêts de la créance nantie, ceux-ci s'imputaient en priorité sur les intérêts de la créance nantie et, à défaut, sur son capital. Du point de vue de l'obligation personnelle, il s'agissait d'une règle non exceptionnelle, qui se contentait de reproduire, pour une obligation particulière – née d'un contrat de nantissement –, une règle plus générale, applicable à toutes les obligations, contenue à l'article 1254 du code civil, et selon laquelle le paiement « s'impute d'abord sur les intérêts ». Le législateur de 2006 a opportunément abrogé la règle spéciale (v. *Rép. civ.* Dalloz, V^o « Nantissement », par P. Crocq, 2008, n^o 22).

²⁴¹⁶ Pour une mention de ces fondements, v. par ex. Cons. const. 27 nov. 2001, n^o 2001-451 DC, *Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles* – Cons. const. 7 déc. 2000, n^o 2000-435 DC, *Loi d'orientation pour l'outre-mer*. Pour des études, v. par ex. M.-A. Frison-Roche et W. Baranès, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, p. 361 s. ; L. Boré, « L'obscurité de la loi », in *Mélanges J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 27 s.

²⁴¹⁷ Ass. plén., 25 juin 2010, n^o 10-40.009, *Bull.* AP.

²⁴¹⁸ 1) La même incise permettrait de comprendre pourquoi le fondement du principe d'égalité devant la loi – qui était également invoqué dans la même affaire – est ici peu pertinent : puisque la règle spéciale, « conforme au droit commun », n'institue aucun régime dérogatoire et, partant, n'est la source d'aucune discrimination, le moyen tiré du principe d'égalité est inopérant.

cette position : contre l'opinion des hauts magistrats, l'on peut penser que les dispositions spéciales de reproduction ou de renvoi au droit commun matériel sont manifestement contraires aux principes d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, et que ceux-ci devraient pouvoir être invoqués en eux-mêmes, dans le cadre de la saisine *a priori* comme dans celui de la question prioritaire de constitutionnalité²⁴¹⁹ ; elles encombrant le droit inutilement, créent la confusion par les doublons qu'elles instituent et jettent un doute infondé sur l'application subsidiaire du droit commun matériel en leur absence²⁴²⁰. Ces questions semblent donc mériter le renvoi au Conseil constitutionnel ; et le Conseil constitutionnel pourrait être saisi des mêmes arguments dans le cadre de la saisine *a priori*. Ces instruments permettent aujourd'hui, dans une certaine mesure, de remédier à ces défauts de la loi²⁴²¹ ; pourquoi ne pas les utiliser ?

780. **Conclusion de chapitre.** Parce que les règles spéciales matérielles s'écartent de la solution applicable à tous et à tout, leur opportunité peut être mesurée, et ce, d'autant plus lorsqu'elles prolifèrent. La tentative esquissée en ce sens a débouché sur un constat nuancé. D'un côté, certaines règles spéciales matérielles apparaissent justifiées en opportunité, parmi lesquelles les règles exceptionnelles dont la raison d'être se trouve notamment dans des arguments de technique ou traduit un choix de valeurs sociales à promouvoir ; sont aussi concernées les règles non exceptionnelles d'application du droit commun matériel. D'un autre côté, d'autres règles spéciales matérielles ne trouveraient pas ces justifications : ce sont notamment les règles exceptionnelles édictées sans véritable réflexion ou sous la pression de certains groupes, ainsi que les règles non exceptionnelles qui se contentent de reproduire une solution plus générale ou d'y renvoyer. L'on pourrait envisager la suppression de ces dernières, soit directement par l'action du législateur, soit par le biais d'une saisine du Conseil constitutionnel.

781. **Conclusion de sous-titre.** Le droit commun matériel doit coexister avec une multiplicité de règles spéciales matérielles, qu'elles soient exceptionnelles (dérogatoires) ou non exceptionnelles (non dérogatoires). L'ampleur du phénomène varie en fonction des institutions étudiées. La confrontation des institutions rongées par les règles spéciales matérielles avec les institutions davantage préservées amène à s'interroger sur la raison d'être de ces disparités. Elle invite à réfléchir à la justification en opportunité des règles spéciales matérielles ; pour un certain nombre de ces règles, l'étude débouche sur un constat de carence. Celles-ci pourraient faire l'objet d'une abrogation directe ou d'une déclaration de non-conformité à la Constitution, soit sur le fondement du principe d'égalité, soit sur celui de l'intelligibilité et de la clarté de la loi. Il reste à envisager les relations entre droit commun matériel et droit spécial matériel.

2) Ce n'est pas à dire qu'elle apparaît plus favorable aux questions prioritaires qui portent sur la constitutionnalité des règles spéciales matérielles exceptionnelles ; v. juste *supra*.

²⁴¹⁹ Comp. cep. la position avec, pour la « QPC », Cons. const. 22 juill. 2010, n° 2010-4/17 QPC, consid. n° 9, Cons. const. 23 nov. 2012, n° 2012-283 QPC, consid. n° 28, et not. Com. 29 nov. 2013, n° 13-40.055, dont les affirmations pourraient toutefois être débattues (v. aussi *supra*, n° 429).

²⁴²⁰ V. *supra*, n° 761 s.

²⁴²¹ L. Boré, « L'obscurité de la loi », in *Mélanges J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 27 s., spéc. n° 1.

SOUS-TITRE II – LA RELATION NUANCEE AVEC LES REGLES SPECIALES MATERIELLES

782. Régir les rapports entre droit commun matériel et droit spécial matériel.

Cette question fondamentale a souvent retenu l'attention de la doctrine²⁴²². La coexistence de règles spéciales matérielles et de règles de droit commun matériel suscite la question de savoir comment régler leurs relations. Notamment, comment résoudre les conflits susceptibles de se présenter entre deux règles incompatibles, l'une de droit commun matériel, et l'autre de droit spécial matériel ?

783. **Plan.** La relation entre droit commun matériel et droit spécial matériel comprend deux temps : d'abord, une absence de primauté du droit commun sur la règle spéciale, qui n'équivaut pas toujours à la primauté de cette dernière (Chapitre I) ; ensuite, une applicabilité subsidiaire du droit commun en cas de défaillance de la règle spéciale (Chapitre II).

²⁴²² V. par ex. C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., qui y consacre son étude (n° 5 s.).

Chapitre I – L’absence de primauté du droit commun matériel

784. **Plan.** L’absence de primauté du droit commun matériel sur le droit spécial renvoie à deux questions. D’abord, le droit positif navigue entre primauté du droit spécial et option avec le droit commun (Section I). Ensuite, par-delà des hypothèses ponctuelles « anormales », l’interprétation stricte du droit spécial matériel apparaît souvent respectée (Section II).

Section I – L’incertaine fonction du droit spécial matériel

785. **Plan.** Le constat dressé plus haut²⁴²³ trouve ici une vérification pratique : les hésitations entre primauté du droit spécial matériel et option avec le droit commun matériel ne sont pas absentes. Si la primauté reste de loin la solution la plus courante (§ I), des hypothèses d’option se rencontrent toutefois (§ II).

§ I – La fréquence de la primauté du droit spécial matériel sur le droit commun matériel

786. **Plan : nombreuses applications.** Fréquente, la primauté d’une règle spéciale matérielle signifie que, confrontée à une règle de droit commun matériel, la première s’applique de manière prioritaire²⁴²⁴. La loi la rend parfois obligatoire (A) et la jurisprudence en fait souvent application (B).

A. La primauté affirmée par la loi

787. **Reconnaissances législatives explicites.** Si, ainsi qu’étudié, l’adage *specialia generalibus derogant* ne suffit pas à conférer force obligatoire à la primauté du droit spécial, il reste qu’une fois consacrée législativement sur un point donné, la primauté du droit spécial est obligatoire²⁴²⁵. En ce sens, la loi consacre parfois, par une disposition spécifique et pour des institutions ponctuelles, la primauté du droit spécial matériel sur le droit commun matériel. Sous

²⁴²³ V. *supra*, n° 174.

²⁴²⁴ Sur ce mécanisme en général, v. *supra*, n° 168 s. Dans le cadre d’un rapport de commun à spécial – lorsque la règle spéciale matérielle et la règle de droit commun matériel réglementent le même objet et que le domaine d’application de la première est inclus dans celui de la seconde –, la règle spéciale s’applique de manière prioritaire. Cette primauté de la règle spéciale ne revient pas nécessairement à son exclusivité ; dans le cas d’un droit commun matériel organisé sous la forme de principe directeur, la primauté du droit spécial matériel conduit à l’application cumulative des deux types de règles. L’application de l’article 439 du code civil, qui pose que la sauvegarde de justice est d’une durée maximale d’un an renouvelable une fois, implique de se référer aux principes de nécessité et de proportionnalité des mesures, contenus à l’article 428 du même code, et dont cette règle spéciale à la sauvegarde de justice fait application : la règle spéciale fixe une durée maximale, mais ne contient pas en elle le critère qui permet au juge de déterminer la durée adéquate pour chaque cas particulier ; c’est la règle de droit commun matériel qui donne ce critère. Une application combinée de ces deux règles permet donc de fixer la durée pour chaque cas.

²⁴²⁵ V. *supra*, n° 170.

peine de violation de la loi, cette solution doit alors être respectée. La technique, utile²⁴²⁶, fait disparaître les incertitudes. Deux exemples peuvent en être développés²⁴²⁷.

788. **Gage et article 2354 du code civil.** Un premier exemple peut être donné pour le gage²⁴²⁸. L'article 2354 du code civil précise que les dispositions contenues aux articles 2333 et suivants – siège de la réglementation de gage de meubles corporels –, « ne font pas obstacle à l'application des règles particulières prévues en matière commerciale ou en faveur des établissements de prêt sur gage autorisés ». En dépit de sa lettre peu claire (pourquoi l'expression négative « ne font pas obstacle » ?), ce texte semble devoir être lu comme une consécration de la solution indiquée par l'adage : il donnerait force obligatoire à la primauté des règles spéciales matérielles relatives au gage sur les règles de droit commun matériel²⁴²⁹.

789. **Prescription extinctive et article 2223 du code civil.** Pour la prescription extinctive, la règle de conflit est exprimée à l'article 2223 du code civil : « les dispositions du présent titre ne font pas obstacle à l'application des règles spéciales prévues par d'autres lois ». Bien que reconnue, la primauté des règles spéciales matérielles serait pourtant ici imparfaitement exprimée : l'article fait référence aux « règles spéciales prévues par d'autres lois », et aux « dispositions du présent titre » en opposition, ce dont l'on peut déduire que sont visées les règles de droit commun matériel ; cependant, n'existe-t-il pas du droit spécial matériel de la prescription extinctive dans le titre visé par l'article, de même que du droit commun hors de ce titre²⁴³⁰ ? Le sens qu'a entendu donner le législateur à cette disposition ne semble pas véritablement

²⁴²⁶ Comp. V. Lasserre-Kiesow, « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *RDC* 2008, p. 1449 s., spéc. p. 1464, qui estime que des règles de ce type sont inutiles, dans la mesure où elles ne font que reprendre les solutions indiquées par l'adage *specialia generalibus derogant* ; cet avis peut être nuancé notamment au regard de l'absence de force obligatoire des solutions de l'adage (v. *supra*, n° 170).

²⁴²⁷ 1) V. aussi l'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques : « sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public ».

2) Pour les sociétés, v. l'article 1834 du code civil.

3) Pour les contrats, la lettre de l'article 1107 du code civil apparaît beaucoup plus ambiguë.

²⁴²⁸ 1) *Quid* de l'article 2287 du code civil pour les sûretés en général ? Il prévoit que « les dispositions du présent livre ne font pas obstacle à l'application des règles prévues en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou encore en cas d'ouverture d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers ». L'article exprimerait ainsi (maladroitement : *Rép. civ.* Dalloz, *V°* « Gage », par P. Crocq, 2007, n° 114) que les règles applicables en cas de procédure collective et qui concernent les sûretés, priment les règles du livre IV du code civil en cas de conflit.

2) La commission Grimaldi proposait un article 2334 du code civil qui constituait, pour le rang conféré par un gage ou un nantissement, une autre consécration des solutions de l'adage : « sauf loi spéciale, le droit de préférence conféré par le gage ou le nantissement s'exerce au rang du privilège du vendeur de meuble ». La proposition n'a pas été reprise, faute d'habilitation suffisante (*Rép. civ.* Dalloz, *V°* « Gage », par P. Crocq, 2007, n° 87).

²⁴²⁹ 1) Pour certains auteurs, cet article pourrait au contraire être lu comme consacrant une option entre droit commun et droit spécial. Rapp. not. Ph. Delebecque, obs. sur Com. 19 févr. 2013, *JCP E* 2013, chron. 1314, n° 16, qui semble estimer que la formule « ne font pas obstacle à l'application des règles particulières » n'exclurait pas le droit commun, mais en autoriserait l'application. S'agit-il pour autant d'une option ? Peu de choses, dans la formulation de l'article, semblent pouvoir le laisser penser. Ainsi, même dans cette deuxième interprétation, ne faut-il pas conclure que l'application du droit commun n'est autorisée que dans la mesure où les « règles particulières » n'y dérogent pas ? Ce serait encore de primauté du droit spécial qu'il s'agirait.

2) Certaines règles visées par l'article 2354 précité ne relèvent pas du droit commun matériel du gage : il en est notamment ainsi des articles 2351 à 2353 du code civil (gage portant sur un véhicule automobile).

²⁴³⁰ La règle repose ainsi en partie sur une assimilation approximative entre droit commun et code civil (sur cette assimilation, v. *supra*, n° 104 s.).

contestable pour autant : elle rendrait la primauté du droit spécial matériel de la prescription extinctive juridiquement obligatoire²⁴³¹. Au-delà de ces consécutions législatives ponctuelles de la primauté du droit spécial matériel, la jurisprudence en fait fréquemment application.

B. La primauté appliquée par la jurisprudence

790. **Une reconnaissance fréquente.** Face à un conflit entre une règle de droit commun matériel et une règle spéciale matérielle, le juge reconnaît souvent la primauté de la seconde pour l'appliquer. Parmi de nombreux autres²⁴³², quelques exemples liés aux institutions fixées à titre de référence peuvent être développés.

791. **Rapports entre gage de stocks et gage de droit commun matériel.** C'est la solution retenue en 2013 par la Cour de cassation pour les rapports entre régime du gage de stocks et régime de droit commun matériel du gage. La question était de savoir si, en présence de stocks affectés en garantie, les parties ont le choix entre le régime spécial du gage des stocks établi par les articles L. 527-1 et suivants du code de commerce et le régime de droit commun matériel du gage posé par les articles 2333 et suivants du code civil, ou doivent obligatoirement soumettre leur contrat au régime spécial. Par un arrêt rendu le 19 février 2013, la chambre commerciale de la Cour de cassation a tranché la question en faveur de la primauté du droit spécial et de l'exclusion du droit commun : « s'agissant d'un gage portant sur des éléments visés à l'article L. 527-3 du code de commerce, les parties, dont l'une est un établissement de crédit, ne peuvent soumettre leur contrat au droit commun du gage de meubles sans dépossession »²⁴³³. Non pourvu d'une justification explicite²⁴³⁴, cet arrêt pourrait, par-delà l'obscurité de sa motivation, trouver une justification de substitution dans la primauté du droit spécial matériel. Au demeurant, celle-ci n'était-elle pas ici rendue obligatoire par l'article 2354 du code civil²⁴³⁵ ?

²⁴³¹ Une disposition comparable est contenue à l'article 1938 du *código civil* espagnol : « les dispositions du présent titre s'entendent sans préjudice de ce qui est établi dans ce présent Code ou dans des lois spéciales relativement à certains cas de prescription » (trad. libre).

²⁴³² Ils pourraient probablement être multipliés. Par exemple, un régime spécial (matériel) de responsabilité pour faute prime les règles de droit commun (matériel) de la responsabilité pour faute posées par les articles 1382 et 1383 du code civil : c'est notamment ce que décide la jurisprudence lorsqu'elle rappelle que les règles de l'abordage maritime sont exclusives des règles posées par l'article 1382 du code civil (Civ. 2^e, 1^{er} avr. 1999, n° 97-12.216, *Bull. civ.* II, n° 63 ; *DMF* 2000, p. 315 s., obs. Ph. Delebecque ; sur l'apport de cet arrêt, v. aussi D. Le Prado, « Abordage et droit commun : dernières précisions de la Cour de cassation », *DMF* 2006, p. 990 s.). V. encore, pour l'atteinte aux droits de la personnalité par voie de presse, la relation entre le régime spécial posé par la loi du 29 juillet 1881 et l'article 1382 du code civil : parmi de nombreuses références, Ass. plén. 12 juill. 2000, n° 98-10-160 et n° 98-11.155, *Bull. AP*, n° 8 (et en doctrine, par ex. B. de Lamy, « Les tribulations de l'article 1382 du Code civil au pays de la liberté d'expression », in *Mélanges Ph. le Tourneau*, Dalloz 2007, p. 275 s.).

²⁴³³ Com. 19 févr. 2013, n° 11-21.763, *Bull. civ.* IV, n° 29, préc. *supra*, n° 16.

²⁴³⁴ Il n'est pas précisé la raison de l'interdiction faite aux parties, son fondement : si la Cour de cassation se contente de poser que ce comportement est interdit (« les parties [...] ne peuvent soumettre... »), elle laisse en suspens la question de savoir pourquoi (« car ?... » : cette partie est manquante). Les commentateurs ont pu se livrer, en quelque sorte, au jeu des devinettes (rapp. C. Gijsbers, « L'exclusion du droit commun du gage par le régime spécial du gage des stocks », *RLDC* n° 103, avr. 2013, étude 5047, p. 26 s., spéc. n° 3 s.), la réponse la plus fréquente et probable étant de recourir à *specialia generalibus derogant* (par ex. H. Guillou, obs. sur Com. 19 févr. 2013, *D.* 2013 p. 1172 s., spéc. n° 5).

²⁴³⁵ V. juste *supra*. L'interprétation a cependant pu être discutée. Comp. avec les motifs retenus par la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt cassé : le terme « peut », contenu à l'article L. 527-1 du code de commerce, a pu être lu comme une incitation à considérer que le législateur entendait laisser le choix entre les deux régimes (CA Paris, 3 mai 2011,

792. Interdiction d'attribution judiciaire du fonds de commerce nanti.

L'article 2347 du code civil permet l'attribution judiciaire du bien gagé et, par l'effet du renvoi de l'article 2355, alinéa 5, du code civil, il exprime le droit commun matériel du nantissement sur ce point²⁴³⁶. Pour autant, cette règle n'exclut pas l'existence de règles spéciales matérielles qui prohiberaient l'attribution judiciaire du bien nanti dans une situation spécifique. Tel est le cas de l'article L. 142-1, alinéa 2, du code de commerce, qui interdit l'attribution judiciaire du fonds de commerce au créancier nanti. La jurisprudence a décidé que cette dernière règle, matériellement spéciale, prime la règle de droit commun et l'exclut²⁴³⁷.

793. Prescription extinctive des demandes adressées au fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante. De même, s'était posée la question du délai applicable à la prescription des demandes adressées au fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante, établissement public institué par l'article 53 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001. La loi de 2000 était initialement silencieuse sur ce point²⁴³⁸. Même si la solution n'est plus de droit positif²⁴³⁹, dans un avis rendu le 18 janvier 2010, la Cour de cassation a estimé qu'il convenait d'appliquer le délai de prescription quadriennal institué par l'article 1^{er} de la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'État, les départements, les communes et les établissements publics²⁴⁴⁰. Elle reconnaissait par là la prévalence de la règle la plus spéciale matériellement sur des règles au domaine d'application plus vaste²⁴⁴¹.

794. Prescription extinctive des droits nés d'un contrat de crédit immobilier.

C'est encore ainsi qu'il a pu être décidé, par un arrêt du 28 novembre 2012, que pour la prescription des droits nés d'un contrat de crédit immobilier consenti par un professionnel à un consommateur, il convient d'appliquer la règle la plus spéciale, à savoir celle posée par l'article L. 137-2 du code de la consommation, et qu'en ne le faisant pas, les juges du fond violent

n° 10/13656, préc.). Comp. aussi avec les motifs de l'arrêt rendu sur renvoi après cassation, qui résiste à la solution posée par la chambre commerciale : CA Paris, 27 févr. 2014, n° 13/03840.

²⁴³⁶ Sur ce renvoi, v. *supra*, not. n° 608 s. Pour la solution, v. déjà, avant la réforme de 2006, Com. 6 janv. 1998, n° 95-17.399, *Bull. civ.* IV, n° 9 : « tout créancier nanti peut demander l'attribution judiciaire du gage ». *Adde Rép. civ.* Dalloz, V° « Gage », par P. Crocq, 2007, n° 125.

²⁴³⁷ V. not. Com. 13 oct. 1998, n° 94-20.560, *Bull. civ.* IV, n° 233 (rendu sur le fondement de l'ancien article 8, alinéa 2, de la loi du 17 mars 1909, codifié depuis lors, à droit constant, à l'article précité) : « le nantissement d'un fonds de commerce ne donne pas au créancier gagiste [lire, à la lumière de la réforme du 23 mars 2006, nanti] le droit de se faire attribuer le fonds en paiement et jusqu'à due concurrence ».

²⁴³⁸ Depuis lors, un délai et un point de départ spécifiques à ces demandes ont été institués par l'article 92-I de la loi du 20 décembre 2010 de financement de la sécurité sociale pour 2011, modifiant la loi de 2000. C'est le nouvel article 53, III *bis*, de la loi de 2000, qui dispose que « les droits à l'indemnisation [...] se prescrivent par dix ans à compter de la date du premier certificat médical établissant le lien entre la maladie et l'exposition à l'amiante », et prévoit ensuite deux points de départs particuliers. Sur ces dispositions, v. *RTD civ.* 2011, p. 185 s., obs. M. Bacache.

²⁴³⁹ C'est en effet le délai cité juste *supra* qui est reconnu aujourd'hui applicable aux demandes.

²⁴⁴⁰ Cass. avis, 18 janv. 2010, n° 09-00.004, *Bull. avis*, n° 1. *Adde Civ.* 2^e, 3 juin 2010, n°s 09-13.372, 09-13.373 et 09-14.605, *Bull. civ.* II, n°s 102, 103 et 104 – Civ. 2^e, 8 juill. 2010, n°s 09-15.016, 09-68.057, 09-15.952, 09-70.493, *NPB*. Sur ces décisions, v. H. Adida-Canac, « Prescription et victimes de l'amiante : vers un débat sur la prescription en matière de maladie ? », *D.* 2010, p. 2076 s.

²⁴⁴¹ Ici encore d'ailleurs, un texte, l'article 2223 du code civil, qui rend obligatoire la primauté du droit spécial matériel de la prescription, semble l'impliquer.

cet article²⁴⁴². Ces applications fréquentes ne doivent néanmoins pas masquer que la primauté est parfois en concurrence avec une option laissée aux intéressés.

§ II – La persistance d’options entre droit commun matériel et droit spécial matériel

795. **Plan.** La primauté ne s’imposant pas de manière obligatoire²⁴⁴³, le législateur ou le juge restent libres de la remplacer par une autre solution qu’ils jugeraient plus opportune²⁴⁴⁴. Et de fait, il arrive qu’une option²⁴⁴⁵ avec le droit commun matériel soit reconnue en droit positif (A) et préférée à la primauté selon un critère difficile à identifier avec certitude (B)²⁴⁴⁶.

A. Exemples d’options

796. **Droit spécial matériel de la responsabilité du fait des produits défectueux et droit commun matériel de la responsabilité civile.** S’ils le souhaitent, les pouvoirs publics peuvent offrir à l’un des intéressés une option entre règle de droit commun matériel et règle spéciale matérielle²⁴⁴⁷. Un exemple type est donné, pour la responsabilité civile, par l’article 1386-18, alinéa 1^{er}, du code civil. Ce texte prévoit en substance que la victime d’un dommage causé par un produit défectueux peut se prévaloir, à son choix – c’est l’option –, des règles spéciales au fait des produits défectueux, des règles de droit commun de la responsabilité contractuelle ou délictuelle, ou d’un autre régime spécial de responsabilité civile²⁴⁴⁸. Il faut cependant aujourd’hui lire ce texte à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne : lorsqu’elle était encore Cour de justice « des communautés européennes », elle a en effet décidé que l’article 13 de la directive du 25 juillet 1985, à l’origine de la règle précitée, « ne saurait être interprété comme laissant aux États membres la possibilité de maintenir un régime général de responsabilité du fait des produits défectueux différent de celui prévu par la directive »²⁴⁴⁹. La Cour a réduit la portée de l’option, mais sans la fermer néanmoins²⁴⁵⁰ ; elle

²⁴⁴² Com. 28 nov. 2012, n° 11-26.508, *Bull. civ.* IV, n° 247, préc.

²⁴⁴³ V. *supra*, n° 170.

²⁴⁴⁴ À moins, encore une fois, qu’ils n’aient « compétence liée » par une norme supérieure – par exemple, le juge doit respecter la loi qui impose la primauté de la règle spéciale pour tel cas particulier.

²⁴⁴⁵ Le mécanisme a déjà fait l’objet de développements généraux : v. *supra*, n° 172 s.

²⁴⁴⁶ Pour des exemples en droit de la responsabilité civile, v. not. l’inventaire dressé par M. Poumarède, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, not. n° 1.

²⁴⁴⁷ Les exemples sont ici empruntés au travail législatif. Pourtant, puisque la primauté n’apparaît pas juridiquement obligatoire sauf texte, le juge, toutes les fois qu’il n’est pas lié par un texte, pourrait décider d’ouvrir une option au lieu d’imposer la primauté (rapp. N. Delegove, *Le droit commun et le droit spécial*, thèse Paris II, 2011, n° 384 ; v. aussi et surtout F. Bussy-Dunaud, *Le concours d’actions en justice entre les mêmes parties*, LGDJ, 1988, n° 347 s.). V. not. la rédaction de l’attendu principal de Com. 15 janv. 2002, n° 99-18.774, *Bull. civ.* IV, n° 11 : « les dispositions spéciales de [...] l’article L. 141-3 du Code de commerce, n’interdisent pas à l’acquéreur d’un fonds de commerce de rechercher la responsabilité de droit commun du vendeur » (spéc. les obs. de B. Saintourens, *RTD com.* 2002, p. 265).

²⁴⁴⁸ Article ainsi libellé : « Les dispositions du présent titre ne portent pas atteinte aux droits dont la victime peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ou au titre d’un régime spécial de responsabilité ».

²⁴⁴⁹ CJCE 25 avr. 2002, n° C-183/00, spéc. n° 30 ; D. 2002, p. 2462 s., note C. Larroumet et 2003, somm. p. 463, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2002, p. 523 s., obs. P. Jourdain ; *JCP G* 2002, I, 177, note G. Viney. La censure partielle de l’option peut apparaître audacieuse lorsqu’on rappelle que l’article 13 dispose que « la présente directive ne porte pas atteinte aux droits dont la victime d’un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité ».

continue d'admettre « l'application d'autres régimes de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle reposant sur des fondements différents, tels que la garantie des vices cachés ou la faute »²⁴⁵¹.

797. **Garantie spéciale de conformité dans la vente de consommation et droit commun matériel de la vente.** Dans le même esprit, l'article L. 211-13 du code de la consommation prévoit que les dispositions relatives à la garantie de conformité dans la vente de consommation portant sur des biens meubles corporels « ne privent pas l'acheteur du droit d'exercer l'action résultant des vices rédhibitoires telle qu'elle résulte des articles 1641 à 1649 du code civil ou toute autre action de nature contractuelle ou extracontractuelle qui lui est reconnue par la loi »²⁴⁵². L'acheteur se voit offrir une option avec les règles de droit commun matériel de la vente ainsi que, s'il le souhaite, avec les règles de droit commun matériel du contrat ; la primauté est encore évincée. Au-delà, il reste pourtant difficile de déterminer dans quels cas les pouvoirs publics préfèrent l'option à la primauté.

B. Imprévisibilité des solutions

798. **Plan.** Entre la primauté et l'option, l'on peut constater l'imprévisibilité des solutions et en rechercher les raisons (1). Un remède pourrait consister dans l'édition d'un texte qui hiérarchiserait le recours à la primauté et à l'option (2).

1. Constat l'imprévisibilité

799. **La possibilité de recourir indifféremment à la primauté ou à l'option.** Les conclusions tirées jusqu'alors tiennent en ce que, si la primauté du droit spécial matériel est la solution la plus souvent retenue, l'option lui est parfois préférée. Pourtant, comme constaté dans des propos généraux, au-delà de ce *simple constat statistique*, il semble difficile d'aboutir à davantage de certitudes²⁴⁵³. C'est ce qui a pu faire affirmer à plusieurs auteurs que le juge ferait application de la règle la plus opportune²⁴⁵⁴ ; quant à savoir de laquelle il s'agit, la réponse n'est pas évidente

contractuelle ou extracontractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité existant au moment de la notification de la présente directive » – formule reprise au mot près par l'article 1386-18 du code civil. Sur la portée de la condamnation (qui concernait également la transposition espagnole), v. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 987.

²⁴⁵⁰ V. par ex., très clair, D. Mazeaud, obs. sur CJCE 25 avr. 2002, *D.* 2003, somm. p. 463, *in fine*.

²⁴⁵¹ CJCE 25 avr. 2002, préc., n° 31. L'expression pourrait renvoyer aux cas dans lesquels « la responsabilité est soumise à des conditions supplémentaires et restrictives, à prouver par la victime », par exemple les vices cachés dans la vente (*Rép. civ.* Dalloz, *V*^o « Responsabilité du fait des produits défectueux », par C. Caillé, 2008, n° 90 et les réf.). Adde T. Riehm, « Produits défectueux : quel avenir pour les droits communs ? », *D.* 2007, p. 2749 s., spéc. n° 25.

²⁴⁵² Sur ce texte, v. Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation*, 2^e éd., Sirey, 2010, n° 370 s.

²⁴⁵³ V. *supra*, n° 168 s. : sauf texte, ni la primauté du droit spécial matériel sur le droit commun matériel, ni l'option entre les deux corps de règles, n'apparaissent juridiquement obligatoires ; chacune des deux solutions peut en outre se prévaloir d'assises d'opportunité convaincantes – *specialia generalibus derogant* pour la primauté, liberté pour l'option.

²⁴⁵⁴ C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009. Ainsi, pour trancher les conflits entre règle commune et règle spéciale en droit des contrats, le juge ferait « de l'opportunité son seul guide » (Y. Lequette, préf. à C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, p. VI). V. aussi R. Libchaber, « Propos hésitants sur l'incertaine

et relèverait d'une certaine casuistique²⁴⁵⁵. D'ailleurs, à peine une question est-elle résolue par la jurisprudence que d'autres se présentent : par exemple, la résolution de la difficulté tenant aux rapports entre gage de stocks et régime de droit commun matériel du gage en 2013²⁴⁵⁶ – résolution somme toute relative puisque, saisie sur renvoi après cassation, la Cour d'appel de Paris a pu rendre le 27 février 2014 un arrêt résistant à la solution posée par la Cour de cassation²⁴⁵⁷ – a laissé place, en 2014, à de nouvelles incertitudes sur les rapports entre gage sur véhicule automobile et régime de droit commun matériel et à la question d'une éventuelle option²⁴⁵⁸. Un problème récalcitrant de prévisibilité se pose.

800. **Mêmes hésitations hors du droit français : exemple du droit argentin.** Un regard du côté des droits étrangers confirme le partage du droit positif entre option et primauté. Par exemple, alors que le droit argentin retient souvent la primauté du droit spécial matériel²⁴⁵⁹, il connaît également des hypothèses d'option avec le droit commun matériel, sans qu'un critère de choix *a priori* ne puisse davantage être mis en évidence. Ainsi, l'article 4, alinéa 2, de la loi 26.773 du 24 octobre 2012 relative à la réparation des dommages causés par les accidents du travail et les maladies professionnelles, ouvre à la victime une option entre ce régime spécial et, notamment, celui de droit commun matériel²⁴⁶⁰. Cette option trouve son origine dans l'article 17 de la loi 9688 du 29 septembre 1915 sur les accidents de travail²⁴⁶¹, à laquelle ont succédé d'autres lois²⁴⁶²

solution des conflits de normes », *RTD civ.* 1997, p. 792 s., spéc. p. 796, pour lequel *specialia generalibus derogant* ne serait qu'un guide pour l'interprète, « dont la seule vraie boussole est [...] l'équité ». *Adde*, de manière générale, N. Delegove, *Le droit commun et le droit spécial*, th. Paris II, 2011, *passim*.

²⁴⁵⁵ Rapp. É. Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, LGDJ, 2011, n° 1377 : « redoutable » « dilemme antédiluvien ». *Adde* A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, thèse Paris II, 2011, n° 157, qui conclut à « l'impossibilité de forger un critère de résolution des conflits entre droit commun et droit spécial » ; C. Desnoyer, « Du bon usage de la règle *specialia generalibus derogant* : le contre-exemple de la jurisprudence relative à l'articulation des articles 1386 et 1384 alinéa 1^{er} du code civil », in *Les conflits de normes - Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes*, dir. F. Peraldi-Leneuf et S. Schiller, CRDP Lille II et Mission de recherche droit et justice, 2012, p. 128 s.

²⁴⁵⁶ V. *supra*, n° 791.

²⁴⁵⁷ CA Paris, 27 févr. 2014, n° 13/03840 : « aucune disposition n'interdisant aux parties de choisir l'application du droit commun du gage, issu de la réforme de 2006, pour garantir un crédit consenti par un établissement financier à une personne dans le cadre de son activité professionnelle, [les parties] ont pu valablement choisir, comme elles l'ont fait, de se référer aux dispositions des articles 2333 et suivants du code civil, comme étant, de leur point de vue, le régime le mieux adapté pour garantir leur opération principale de financement ».

²⁴⁵⁸ E. Le Corre-Broly, « Le gage sur véhicule automobile source d'interrogations », *D.* 2014, p. 440 s., spéc. n° 11 s.

²⁴⁵⁹ Par exemple : *Cámara nacional de apelación en lo civil, sala A*, 21 nov. 2012, R., F. y otro c. *Parque de la Costa SA y otro*, AR/JUR/63681/2012 (« il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 1113 du *código civil*, mais la réglementation spéciale qui régit les relations de consommation » [trad. libre]) – *Cámara nacional de apelación en lo civil, sala F*, 15 sept. 2009, *Barletta c. Gijón SA*, AR/JUR/36228/2009 (« il n'y a pas de raison d'éluder l'application de la règle spéciale » [trad. libre]). V. aussi les articles 963 et 1709 du projet de réforme du *código civil* discuté au *Congreso*.

²⁴⁶⁰ Cet article 4, alinéa 2, dispose : « *los damnificados podrán optar de modo excluyente entre las indemnizaciones previstas en este régimen de reparación o las que les pudieran corresponder con fundamento en otros sistemas de responsabilidad* ».

²⁴⁶¹ 1) Cet article 17 disposait : « *los obreros y empleados a que se refiere esta ley podrán optar entre la acción de indemnización especial que les confiere la misma, o las que pudieran corresponderles según el derecho común, por causa de dolo o negligencia del patrón* ». L'alinéa 2 de cet article 17 interdisait le cumul entre régime spécial et régime de droit commun, à travers l'application de l'adage *electa una via non datur recursus ad alteram* ; v. I. H. Goldenberg, « *Acción de derecho común en los accidentes laborales* », in *Temas de responsabilidad civil - En honor al Doctor Augusto M. Morello*, La Plata, Platense, 1981, p. 167 s., spéc. p. 171 et 174.

2) La loi argentine de 1915 était largement inspirée de la loi française du 9 avril 1898. Pourtant, si la loi française retenait une solution comparable, son dispositif était moins clair : une lecture rapide pouvait donner à penser qu'elle rejetait purement et simplement le système de l'option entre le droit commun et le droit spécial au bénéfice des employés, au profit d'une exclusivité d'applicabilité du droit spécial ; c'est ce qui pouvait être déduit de son article 2, alinéa 1^{er}, qui disposait que « les ouvriers et employés [...] ne peuvent se prévaloir, à raison des accidents dont ils sont victimes dans leur travail, d'aucune disposition autre que celle de la présente loi ». Cependant, la doctrine put

jusqu’à celle de 2012. Une « alternative »²⁴⁶³ entre droit commun matériel et droit spécial matériel est ainsi consacrée depuis longtemps au profit de l’employé, lequel se voit octroyer la possibilité d’« opter »²⁴⁶⁴ pour le corps de règles de son choix, sur un critère tout aussi fuyant.

801. **Une question insoluble *a priori*.** Puisque primauté et option semblent pouvoir être utilisées indifféremment dans les rapports entre droit commun matériel et droit spécial matériel, les questions de savoir quelle solution appliquera le juge à défaut de texte, ou quelle solution retiendra le législateur qui souhaite édicter une règle de conflit, apparaissent insolubles *a priori* : en l’état du droit positif, ni la décision du juge, ni celle du législateur, ne semblent réellement pouvoir être anticipées de manière certaine²⁴⁶⁵. Ne peut-on songer à des moyens qui permettraient de restaurer la prévisibilité ?

2. Remédier à l’imprévisibilité ?

802. **Les raisons conduisant au choix de l’option.** S’interroger sur les critères de choix entre option et primauté²⁴⁶⁶ conduit à constater que c’est probablement la volonté de faveur pour une partie qui pousse les pouvoirs publics à prévoir une option, moins fréquente, au lieu d’une simple primauté du droit spécial, censée plus neutre²⁴⁶⁷. Au regard des exemples développés, l’option peut en effet apparaître comme un mécanisme de faveur pour la personne qui en bénéficie : celle-ci dispose d’un choix de fondements qui lui serait fermé si la primauté était retenue²⁴⁶⁸. Par exemple, l’option prévue par l’article 1386-18 du code civil traduit une faveur à la victime, tandis que celle prévue par l’article L. 211-13 du code de la consommation protège

considérer que l’alinéa 2 du même article avait pour effet de consacrer « un droit d’option » entre ce régime spécial et les règles des articles 1382 et suivants du code civil au profit de certains ouvriers (É. Thoulon, *La responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail*, Rousseau, 1898, p. 134) ; aussi et surtout, l’article 7 de la loi prévoyait qu’« indépendamment de l’action résultant de la présente loi, la victime ou ses représentants conservent, contre les auteurs de l’accident autres que le patron ou ses ouvriers et préposés, le droit de réclamer la réparation du préjudice causé, conformément aux règles du droit commun ». Pour une étude détaillée, E. Tollard, *Des actions de droit commun sous le régime de la loi du 9 avril 1898*, Rousseau, 1911.

²⁴⁶² À cet article a notamment succédé l’article 18 de la loi 24028 du 14 novembre 1991, qui maintenait l’option. La loi 24577 du 13 septembre 1995 avait initialement supprimé l’option par son article 39, al. 1^{er}, qui n’autorisait le recours au droit commun matériel de la responsabilité qu’en cas de dol de l’employeur ; cet article fut cependant déclaré contraire à la Constitution argentine (CJSN, 21 sept. 2004, *Aquino*), et l’option, rouverte de ce fait.

²⁴⁶³ I. H. Goldenberg, « Acción de derecho común en los accidentes laborales », in *Temas de responsabilidad civil - En honor al Doctor Augusto M. Morello*, La Plata, Platense, 1981, p. 167 s., spéc. p. 170 (trad. libre).

²⁴⁶⁴ O. J. Lima, « Accidentes de trabajo y acción de derecho común », *Trabajo y seguridad social* (Buenos Aires) t. 9, 1982, p. 105 s., spéc. p. 105 (trad. libre).

²⁴⁶⁵ Ces questions ne pourraient ainsi trouver une réponse certaine qu’*a posteriori* – après que la solution aura été posée par le législateur ou par le juge, ainsi que l’illustre l’épisode du gage de stocks, où doctrine majoritaire et juges du fond prônaient l’option entre règles spéciales matérielles et règles de droit commun matériel, avant que la Cour de cassation ne prenne ces opinions à contre-pied en décidant, sans exposer le fondement de son choix, de recourir à la primauté et à l’exclusivité des règles spéciales matérielles (v. *supra*).

²⁴⁶⁶ Démarche qui aide seulement à comprendre pourquoi l’option est parfois préférée à la primauté, mais non à combler directement l’incertitude.

²⁴⁶⁷ Rapp., pour l’exemple de la responsabilité civile, M. Poumarède, « Les régimes particuliers de responsabilité civile, ces oubliés de l’avant-projet Catala », *D.* 2006, p. 2420 s., spéc. p. 2423, qui relève que la généralisation de la technique de l’option entre les différents fondements favoriserait la « réparation optimale » pour la victime, mais « conduirait à une fragilisation de la situation des responsables » et que « rien, si ce n’est “l’idéologie de la réparation”, ne justifie que le responsable soit ainsi sacrifié ».

²⁴⁶⁸ Et, censée rationnelle, elle choisira au mieux de ses intérêts.

l'acheteur : les bénéficiaires peuvent choisir le fondement qui leur permet d'escompter le plus grand avantage²⁴⁶⁹.

803. **Critère de la faveur légitime.** Le critère pourrait ainsi tenir en ce que, lorsqu'une faveur à une personne dans une situation donnée est jugée légitime, l'option est concevable ; dans les autres cas, la primauté semble plus indiquée. L'option devrait donc être utilisée avec parcimonie, et il faudrait s'assurer que la faculté de l'accorder soit encadrée. Pourquoi, alors, ne pas considérer que c'est au législateur qu'il doit revenir de décider de cette faveur ? Une solution pour sortir du cas par cas et de l'imprévisibilité tiendrait dans l'édiction d'un texte le prévoyant.

804. **Proposition : édicter un texte.** L'on pourrait d'abord songer à l'édiction d'un texte général qui prévoirait que tous les conflits entre deux règles incompatibles, l'une de droit commun matériel, et l'autre de droit spécial matériel, se résoudraient en faveur de la seconde. Il s'agirait d'une consécration légale générale de l'adage *specialia generalibus derogant*, à l'image des consécrations ponctuelles déjà contenues, par exemple, aux articles 2223 et 2354 du code civil²⁴⁷⁰. Néanmoins, une telle solution apparaîtrait seulement partiellement satisfaisante : elle aurait l'inconvénient de priver le système juridique de la flexibilité offerte par le mécanisme de l'option²⁴⁷¹ – celle reconnue par l'article L. 211-13 du code de la consommation est par exemple un outil précieux pour la protection des droits de l'acheteur. Il n'est donc pas certain qu'un texte si rigoureux soit souhaitable. Peut-être une solution plus satisfaisante pourrait-elle consister à assortir cette première proposition, prévoyant la primauté du droit spécial matériel, d'une seconde, qui rappellerait la possibilité pour le législateur – et pour le législateur seulement²⁴⁷² – de déroger à cette consigne par une disposition expresse²⁴⁷³. Serait ainsi restaurée une partie de la sécurité et de la prévisibilité ; il ne resterait plus alors au législateur qu'à peser la légitimité des options qu'il accorderait et des faveurs qu'elles sous-tendent²⁴⁷⁴.

²⁴⁶⁹ Pour ces options accordées en droit de la responsabilité, l'objectif non masqué est de faire une faveur à la victime qui bénéficie du choix, afin de « faciliter la réparation » grâce à l'existence de la règle spéciale, mais « en laissant ouverte à la victime l'alternative de se soumettre [...] aux prévisions du droit commun » (I. H. Goldenberg, « *Acción de derecho común en los accidentes laborales* », in *Temas de responsabilidad civil - En honor al Doctor Augusto M. Morello*, La Plata, Platense, 1981, p. 167 s., spéc. p. 171, à propos ici du droit argentin qui offre depuis 1915 une option entre droit commun et droit spécial à la victime d'un accident du travail – trad. libre).

²⁴⁷⁰ Rappr., pour la responsabilité civile, M. Poumarède, « Les régimes particuliers de responsabilité civile, ces oubliés de l'avant-projet Catala », *D.* 2006, p. 2420 s., spéc. p. 2423, qui souhaite l'adoption d'« une règle générale fondée sur l'adage *specialia generalibus derogant* » et propose un avant-projet de texte en ce sens.

²⁴⁷¹ V. *supra*, n° 173 s.

²⁴⁷² Dans la mesure où accorder une option revient à octroyer une faveur à celui qui en bénéficie, faveur que le législateur devrait être le seul à pouvoir accorder, la loi étant réputée l'expression de la volonté générale par l'article 6 de la déclaration des droits de 1789.

²⁴⁷³ Par exemple : « Lorsqu'une règle de droit commun et une règle spéciale sont incompatibles, la seconde reçoit application. Il ne peut être dérogé à ce principe, pour accorder une option entre règle de droit commun et règle spéciale, que par une disposition législative expresse. »

²⁴⁷⁴ Ce qui n'est pas la tâche la plus facile, au regard de la nécessité de se garder de l'influence de groupes de pression qui réclameraient le bénéfice d'une telle option (v. *supra*, n° 755 s.).

Section II – La fréquente interprétation stricte du droit spécial matériel

805. Rareté relative des interprétations extensives du droit spécial matériel.

Une règle spéciale matérielle ne peut être appliquée hors de son domaine²⁴⁷⁵ : interprétée de manière stricte, elle doit être appliquée dans la mesure commandée par son domaine d'application et dans cette seule mesure²⁴⁷⁶. Certaines hypothèses d'interprétation *non stricte* du droit spécial matériel existent pourtant de fait. Parmi d'autres exemples, pour la responsabilité civile, la jurisprudence avait paru décider d'interpréter les régimes spéciaux liés aux abus de la liberté d'expression de manière si extensive qu'ils excluaient entièrement l'application de l'article 1382 du code civil²⁴⁷⁷. C'est, entre autres, ce qui résultait d'un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 27 septembre 2005 : visant l'article 1382 du code civil, cette dernière avait décidé de manière générale que « les abus de la liberté d'expression envers les personnes ne peuvent être poursuivis sur le fondement de ce texte »²⁴⁷⁸. Cette affirmation était contestable : la technique juridique commande au contraire, dans les silences des régimes spéciaux et hors de leur domaine limité, d'appliquer subsidiairement l'article 1382 du code civil si les conditions en sont réunies²⁴⁷⁹ ; en le refusant, le juge violait à la fois le régime spécial matériel par fausse application et la règle de droit commun matériel par refus d'application²⁴⁸⁰. La Cour de cassation a d'ailleurs pu, par la suite, sembler revenir à davantage de rigueur dans l'interprétation²⁴⁸¹. D'autres hypothèses pourraient encore être mentionnées pour des institutions diverses²⁴⁸². Elles font figure

²⁴⁷⁵ Dans le même sens, v. not. C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 10 : « la règle spéciale ne l'emporte sur la règle générale que dans son strict domaine d'application. En dehors de la sphère de compétence de la norme spéciale, la norme générale retrouve son empire. L'adage *specialia generalibus derogant* doit en effet être compris en lien avec la maxime *exceptio est strictissima interpretationis* », et la primauté est « bornée par le champ d'application de la disposition spéciale ».

²⁴⁷⁶ 1) V. *supra*, n° 165 s. V. not. M. Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois - Essai de méthodologie*, thèse Paris II, 2007 ; C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 10. *Adde* F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 s., spéc. p. 935 : le droit spécial doit être appliqué, « mais dans la stricte mesure de sa finalité et de son champ d'application, de sa spécialité ». L'article 4.2 du *código civil* espagnol le prévoit expressément pour les règles spéciales exceptionnelles.

2) La consigne d'interprétation stricte reçoit un tempérament dans l'hypothèse où aucune règle existante ne permet de régir une question soumise au juge : dans ces situations, le juge peut être incité à interpréter une règle spéciale par analogie (v. *supra*, n° 626 s.).

²⁴⁷⁷ Rappr. P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., LGDJ, 2013 (qui cite spécifiquement la loi du 29 juillet 1881, ainsi que l'arrêt mentionné juste *infra*).

²⁴⁷⁸ Civ. 1^{re}, 27 sept. 2005, n° 03-13.622, *Bull. civ.* I, n° 348.

²⁴⁷⁹ Dans le même sens, v. not. P. Jourdain, obs. sur l'arrêt, *RTD civ.* 2006, p. 126 s. ; T. Massis, panor. in *D.* 2007, p. 1038 s. *Adde* J. Traullé, *L'éviction de l'article 1382 du code civil en matière extracontractuelle*, LGDJ, 2007. Sur cette question, *adde* G. Lardeux, « “*Specialia generalibus derogant*” ou la simplicité apparente des fausses évidences », obs. sur Civ. 3^e, 28 mai 2008, *RDC* 2008, p. 1251 s.

²⁴⁸⁰ V. *supra*, n° 167.

²⁴⁸¹ V. not. Civ. 1^{re}, 30 oct. 2008, n° 07-19.223, *Bull. civ.* I, n° 244.

²⁴⁸² 1) Pour une étude sur cette question en droit de la responsabilité civile, v. not. J. Traullé, *L'éviction de l'article 1382 du code civil en matière extracontractuelle*, LGDJ, 2007.

2) Pour le contrat, v. not. C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n°s 260-261.

3) Plus spécifiquement encore, pour le bail, v. R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron. p. 91 s., spéc. n° 20, p. 97-98 ; N. Damas, « Droit du bail et droit des obligations », in *Mélanges B. Gross*, PU Nancy, 2009, p. 167 s., spéc. p. 168-169 (qui explique que la tacite reconduction est un mécanisme réservé au contrat de bail par l'article 1738 du code civil, et qui a été interprété extensivement par la jurisprudence – v. not., pour un contrat d'assurance, Com. 13 mars 1990, n° 88-18.251, *Bull. civ.* IV, n° 77).

d'anomalies techniques : aboutissant à une double violation des règles de droit, elles doivent être combattues. En proportion, ces hypothèses restent pourtant relativement rares.

806. **Plan : bon fonctionnement général et rappels de l'interprétation stricte du droit spécial matériel.** Au-delà en effet, l'interprétation stricte du droit spécial matériel semble relativement bien fonctionner²⁴⁸³ : elle apparaît généralement respectée, et même parfois explicitement rappelée par la jurisprudence. Quelques exemples peuvent être pris pour les successions (§ I), les sûretés (§ II) et la prescription extinctive (§ III)²⁴⁸⁴.

§ I – Successions

807. **Interprétation stricte des règles spéciales de dévolution des souvenirs de famille.** Parmi d'autres, un exemple d'interprétation stricte des règles spéciales matérielles relatives aux successions peut être développé²⁴⁸⁵. Les souvenirs de famille, on l'a vu, sont régis par des règles spéciales de dévolution²⁴⁸⁶. Or, parce que ces règles sont matériellement spéciales, la Cour de cassation en fait une application stricte, refusant de les étendre au-delà du domaine d'application *ratione materiae* et *personae* qui fait leur raison d'être : elle retient en particulier que, s'agissant d'une « exception » aux règles de droit commun, les règles de dévolution des souvenirs

²⁴⁸³ V. déjà R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron. p. 91 s., spéc. n° 11, p. 94 : « la jurisprudence s'efforce manifestement de contenir les lois spéciales dans les limites les plus étroites ».

²⁴⁸⁴ D'autres exemples pourraient être développés.

1) Pour la prescription acquisitive, l'article 2272, alinéa 2, du code civil, qui pose un délai d'usucapion exceptionnel, fait à juste titre l'objet d'une interprétation stricte. V. par ex. (rendus sous l'empire du droit antérieur à la réforme du 17 mai 2008, à propos de l'ancien article 2265 du code civil, mais les solutions apparaissent transposables à l'actuel article 2272, alinéa 2, du code civil) : Civ. 3^e, 27 mai 1998, n° 96-17.801, *Bull. civ.* III, n° 113 (inapplicabilité lorsque le bien est acquis du véritable propriétaire) – Civ. 1^{re}, 7 déc. 1976, n° 75-13.306, *Bull. civ.* I, n° 388 (la prescription abrégée, « qui protège celui qui a juste titre et bonne foi contre le défaut de propriété de celui dont il tient son droit, est inapplicable à l'action en réduction exercée par l'héritier contre celui qui a bénéficié d'une donation qui excède la quotité disponible »). V. aussi Civ. 3^e, 21 mai 1979, n° 77-14.873, *Bull. civ.* III, n° 111. *Adde* F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 476.

2) Pour les mesures de protection des majeurs, v. par ex., avant la réforme de 2007, Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1994, n° 92-13.926, *NPB*, où le juge avait rappelé que l'ancien article 497 du code civil autorisait exceptionnellement à choisir l'administrateur légal du majeur sous tutelle que parmi les parents ou alliés, les autres proches du majeur étant exclus.

3) Pour les contrats, v. C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 10, qui cite le refus d'étendre l'application de l'article 1978 du code civil – interdisant la résolution du contrat de rente viagère pour défaut de paiement des arrérages par le débirentier – hors de son domaine limité (v. not. Civ. 1^{re}, 8 févr. 1960, *Bull. civ.* I, n° 85 : « cette disposition, strictement exceptionnelle, ne saurait être étendue en dehors du cas précis qu'elle prévoit »). *Adde*, pour une illustration récente, Civ. 2^e, 4 juill. 2013, n° 12-17.427, *Bull. civ.* I, n° 150.

²⁴⁸⁵ 1) *Adde*, pour les incapacités de recevoir à titre gratuit édictées par l'article 909 du code civil par dérogation au principe posé à l'article 902 du même code, CA Pau, 28 févr. 1968, *JCP G* 1968, II, 15538, note J. Pageot : « les incapacités de l'article 909 du code civil sont de droit étroit et ne peuvent être étendues de façon arbitraire par le juge » (affaire de la « succession Ravel »).

2) Pour l'interprétation stricte de la règle de dévolution spéciale à la divulgation des œuvres posthumes, Civ. 1^{re}, 11 janv. 1989, n° 87-11.976, *Bull. civ.* I, n° 9 (affaire *Utrillo*) ; *JCP G* 1989, II, 21378, note A. Lucas ; *D.* 1989, jur. p. 308 s., note B. Edelman ; *RTD civ.* 1989, p. 365 s., obs. J. Patarin : « l'article 9 de la loi du 11 mars 1957 [ci-devant L. 121-2, alinéa 2, du code de la propriété intellectuelle] régit exclusivement la divulgation des œuvres posthumes » et n'est pas applicable au « droit de l'auteur au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre ». Comp. la solution contraire autrefois défendue par H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Dalloz, 1978, n° 467.

²⁴⁸⁶ V. *supra*, n° 710.

de famille « ne sauraient être étendues à des documents qui ne concernent pas la famille, n'émanent pas de ses membres et ne leur ont pas été adressés »²⁴⁸⁷. La motivation est explicite.

§ II – Sûretés

808. **Interprétation stricte des privilèges.** Le cas des privilèges constitue un autre exemple d'interprétation stricte des règles spéciales matérielles. Ceux-ci sont nécessairement « de droit strict », ainsi que l'indiquait l'avant-projet de réforme du droit des sûretés élaboré par la commission Grimaldi²⁴⁸⁸ et que le rappelle fréquemment la doctrine²⁴⁸⁹. Ils doivent être interprétés strictement parce qu'ils sont, précisément, des *privilèges*, des règles privées, matériellement spéciales, limitées à une catégorie d'activité ou de personne²⁴⁹⁰. C'est le sens de l'adage « pas de privilège sans texte ». La Cour de cassation le décide depuis longtemps : « les privilèges sont de droit étroit et ne s'étendent pas d'un cas à un autre »²⁴⁹¹ ; ou encore, « tout privilège [...] doit être strictement restreint dans les cas expressément spécifiés par les actes législatifs qui l'ont établi »²⁴⁹². Il a par exemple été jugé que c'est à bon droit qu'une cour d'appel retient que l'ancien article 2103, 1^o *bis* – ci-devant 2374, 1^o *bis* – du code civil, qui institue un privilège spécial au profit du syndicat des copropriétaires, doit être interprété strictement et ne porte que sur le lot vendu pour le paiement des charges et travaux relatifs à certaines périodes²⁴⁹³. Ainsi, encore, la Cour de cassation a pu décider, interprétant strictement le privilège contenu à l'article L. 131-8 du code de la propriété intellectuelle, qu'il n'est pas extensible aux créances de nature délictuelle²⁴⁹⁴.

²⁴⁸⁷ Civ. 1^{re}, 21 févr. 1978, n° 76-10.561, *Bull. civ.* I, n° 71 ; *JCP G* 1978, II, 18836, concl. Gulphe (pour les deux dernières citations).

²⁴⁸⁸ Pour les privilèges mobiliers, v. l'article 2328, alinéa 3, de l'avant-projet et, pour les privilèges immobiliers, v. l'article 2389, alinéa 3, du même texte. Bien que l'ordonnance du 23 mars 2006 n'ait pas expressément repris la consigne, cette dernière n'en apparaît pas moins obligatoire, puisque l'absence d'interprétation stricte du droit spécial en présence d'une règle de droit commun (en l'espèce, l'égalité des créanciers déduite de l'article 2285 du code civil) équivaut à une violation des règles de droit (v. *supra*, n° 167).

²⁴⁸⁹ V. not. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés - La publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 746 ; N. Sempé, *Essai de contribution à une théorie générale des privilèges*, thèse Toulouse I, 1996, p. 22 s. (« la règle d'interprétation stricte ») ; M. Rouland, *La qualité de la créance*, thèse Paris X, 2007, n° 246 s. *Adde* L. Aynès et P.-Y. Gautier, « De l'application stricte des privilèges », *D.* 1994, chron. p. 13 s.

²⁴⁹⁰ Leur objet étant en effet *nécessairement* de désigner une catégorie particulière de créanciers pour leur accorder un droit de préférence légal, leur domaine *ratione materiae* et *personae* est toujours par essence limité. V. *supra*, n° 680. Rapp. M. Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois - Essai de méthodologie*, thèse Paris II, 2007, n° 113. *Adde* L. Aynès et P.-Y. Gautier, « De l'application stricte des privilèges », *D.* 1994, chron. p. 13 s., spéc. n° 2 : « dans le souci de ne pas porter atteinte à l'égalité des créanciers ».

²⁴⁹¹ Req. 26 avr. 1827, *S.* 1827, 1, p. 582 s.

²⁴⁹² Req. 18 mai 1831, *GAJC*, t. 2, 12^e éd., 2008, n° 302 (« il y aurait abus manifeste » à considérer que le « service de la guerre » inclut les « transports de tabacs de l'administration des contributions indirectes »).

²⁴⁹³ Civ. 3^e, 6 mai 2003, n° 02-10.712, *Bull. civ.* III, n° 96.

²⁴⁹⁴ 1) Civ. 1^{re}, 24 mars 1993, n° 91-16.193, *Bull. civ.* I, n° 125. Sur cet arrêt, v. L. Aynès et P.-Y. Gautier, « De l'application stricte des privilèges », *D.* 1994, chron. p. 13 s. (critiques, et qui estiment qu'il est permis de considérer que les créances de nature délictuelle sont visées par le texte).

2) Semblablement, le juge ne peut étendre l'assiette du privilège du bailleur – actuellement prévu par l'article 2332 du code civil –, par exemple en y incluant des indemnités d'occupation dues après la résiliation du bail : la Cour de cassation avait autrefois décidé que dans sa rédaction initiale, ce privilège, alors consacré par l'article 2102, 1^o, « de droit strict, ne peut être étendu à l'indemnité d'occupation » due au bailleur du fait du maintien indu du preneur dans les lieux non restitués à l'expiration du contrat (Civ. 30 juill. 1946, *DP* 1946, jur. p. 393) ; le législateur intervint pour remédier à la situation en prévoyant dans le texte, par une loi du 25 août 1948, un privilège du propriétaire

809. **Interprétation stricte des interdictions spéciales d'attribution judiciaire de la propriété d'un bien nanti.** Par dérogation aux articles 2355, alinéa 5, et 2347 du code civil, dont la combinaison permet de demander l'attribution judiciaire d'un bien nanti, l'article L. 142-1, alinéa 2, du code de commerce, interdit cette faculté lorsqu'est nanti un fonds de commerce²⁴⁹⁵. L'interdiction posée par le texte ne concerne néanmoins que le nantissement de fonds de commerce ; l'interprétation stricte doit commander de ne pas étendre cette interdiction spéciale à des nantissements portant sur d'autres objets. Ainsi et par exemple, lorsque la sûreté porte non pas sur un fonds de commerce, mais sur du matériel et de l'outillage²⁴⁹⁶, le créancier doit se voir reconnaître le droit de demander l'attribution judiciaire. La jurisprudence l'a reconnu²⁴⁹⁷, approuvée par la doctrine²⁴⁹⁸.

§ III – Prescription extinctive

810. **Interprétation stricte des règles spéciales de prescription extinctive : actions personnelles liées à la copropriété des immeubles bâtis.** La Cour de cassation le rappelle parfois, dans une formule sans ambiguïté : les règles spéciales de prescription « sont de droit étroit »²⁴⁹⁹. Un exemple²⁵⁰⁰ : l'article 42, alinéa 1^{er}, de la loi du 10 juillet 1965 fixant le statut

d'immeuble résultant « de l'occupation des lieux à quelque titre que ce soit ». V. L. Aynès et P.-Y. Gautier, « De l'application stricte des privilèges », *D.* 1994, chron. p. 13 s., spéc. n° 9. V. encore Com. 19 déc. 2006, n° 05-11.290, *Bull. civ.* IV, n° 264, et les décisions citées par M. Rouland, *La qualité de la créance*, thèse Paris X, 2007, n° 247.

²⁴⁹⁵ Pour une application, v. Com. 13 oct. 1998, n° 94-20.560, *Bull. civ.* IV, n° 233 (rendu sur le fondement de l'ancien article 8, alinéa 2, de la loi du 17 mars 1909, codifié depuis lors à l'article précité) ; *JCP G* 1999, I, 116, n° 16, obs Ph. Delebecque (qui estime que, en raison de l'existence du texte spécial, la Cour de cassation ne pouvait pas juger autrement) ; *RTD com.* 1999, p. 66, obs. J. Derruppé (qui écrit que « l'intérêt de cet arrêt est de faire application d'une règle édictée sans équivoque ») ; *D.* 1999, somm. 299, obs. S. Piedelièvre : « le nantissement d'un fonds de commerce ne donne pas au créancier gagiste le droit de se faire attribuer le fonds en paiement et jusqu'à due concurrence ».

²⁴⁹⁶ Quoique les textes évoquent encore aujourd'hui le « nantissement » pour cet objet, il conviendrait, à la lumière des définitions posées par les articles 2333 et 2355 du code civil, de lire « gage ».

²⁴⁹⁷ Ass. plén. 24 oct. 1984, n° 83-10.055, *Bull. AP*, n° 6 ; *D.* 1985, jur. p. 33 s., concl. J. Cabannes, note F. Derrida – Com. 6 mars 1990, n° 88-16.036, *Bull. civ.* IV, n° 67 ; *D.* 1990, jur. p. 311 s., note F. Derrida ; *RTD com.* 1990, p. 264 s., obs. A. Martin-Serf.

²⁴⁹⁸ V. partic. J. Derruppé, *RTD com.* 1999, p. 66, obs. sous Com. 13 oct. 1998 : « si le matériel et l'outillage font l'objet d'un nantissement distinct de celui portant sur le fonds de commerce [...], le créancier nanti peut prétendre à l'attribution du gage ».

²⁴⁹⁹ Not. Civ. 1^{re}, 19 mai 1998, n° 96-18.963, *Bull. civ.* I, n° 179 – Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1994, 92-13.589, *Bull. civ.* I, n° 198 – Civ. 2^e, 21 avr. 1982, n° 80-11.463, *Bull. civ.* II, n° 60 – Com. 12 févr. 1980, n° 78-12.226, *Bull. civ.* IV, n° 75 – Com. 26 juin 1979, n° 78-12.263, *Bull. civ.* IV, n° 217.

²⁵⁰⁰ 1) *Adde* not. l'interprétation stricte par la jurisprudence de l'article L. 133-6 du code de commerce. Les règles spéciales de prescription édictées par ce texte sont appliquées dans toute la mesure de ce qu'autorise leur domaine (par ex. : Com. 3 mai 2011, n° 10-11.983, *Bull. civ.* IV, n° 68, application du texte à une action en répétition de l'indu lorsqu'elle est une action auquel le contrat de transport a donné lieu – Com. 22 avr. 1997, n° 94-15.241, *Bull. civ.* IV, n° 106, action fondée sur un contrat de mandat, mais en lien avec la mauvaise exécution du contrat de transport), mais non au-delà : ainsi, le juge n'applique le texte qu'aux actions nées du contrat de transport, seul visé par le texte, et non aux actions nées d'un contrat de déménagement (Com. 26 juin 2001, n° 98-22.908, *NPB*) ou aux actions en paiement d'un transitaire à l'encontre de son mandant (Com. 31 janv. 2012, n° 10-24.731, *Bull. civ.* IV, n° 23).

2) De même pour la loi du 31 décembre 1968 sur la prescription des créances sur l'État, les départements, les communes et les établissements publics. En particulier, si elles sont applicables lorsque la personne publique est débitrice, elles ne le sont pas lorsque cette dernière est créancière (par ex. CE Ass., 8 juill. 2005, *Société Alusuisse-Lonzac-France*, n° 247.976, *Lebon* p. 311, concl. M. Guyomar). De même, les droits réels échapperaient à l'emprise de la loi : celle-ci concerne les *créances*, droits personnels (*Rép. contentieux administratif* Dalloz, V° « Prescription quadriennale », 2009, par É. Picard, n° 118 et n° 180 s.). Les régions n'y seraient pas soumises – elles n'existaient pas en 1968 et ne sont pas visées (*ibid.*, n°s 98-99).

de la copropriété des immeubles bâtis, dispose que « les actions personnelles nées de l'application de la présente loi entre des copropriétaires, ou entre un copropriétaire et le syndicat, se prescrivent par un délai de dix ans ». La jurisprudence l'interprète strictement. D'abord, parce que l'article 42, alinéa 1^{er}, vise les seules « actions personnelles », la jurisprudence refuse de faire application de la prescription spéciale qui y est édictée aux « actions réelles »²⁵⁰¹. Ensuite, parce qu'il fait référence aux seules actions personnelles « entre des copropriétaires, ou entre un copropriétaire et le syndicat », la jurisprudence en fait application à ces seules hypothèses et non, par exemple, aux actions d'un syndicat contre un autre syndicat²⁵⁰², ou d'un locataire contre un copropriétaire²⁵⁰³. Enfin, l'article visant les seules actions personnelles « nées de l'application de la présente loi » entre des copropriétaires ou entre un copropriétaire et le syndicat, la jurisprudence refuse d'y soumettre les actions qui ne seraient pas nées de l'application de la loi de 1965²⁵⁰⁴.

811. **Conclusion de chapitre.** En cas d'incompatibilité entre droit commun matériel et droit spécial matériel, le droit positif est partagé entre primauté de la règle spéciale et option avec le droit commun. Sur la base d'un constat de fréquence, l'on peut affirmer que la primauté a la préférence des juges et du législateur ; mais pour autant, sauf texte, la porte de l'option n'est jamais totalement fermée. Une règle de conflit pourrait venir restaurer la prévisibilité en prévoyant par exemple que, sauf disposition légale contraire, la primauté s'imposerait. L'interprétation stricte du droit spécial matériel, juridiquement obligatoire en présence de règles plus générales, est généralement reconnue et appliquée, hors des hypothèses ponctuelles qui apparaissent comme des anomalies. Cette interprétation stricte ouvre la voie à la subsidiarité du droit commun matériel.

²⁵⁰¹ Par exemple, v. Civ. 3^e, 17 mai 1995, n° 93-14.872, *Bull. civ.* III, n° 123 : viole l'article 42, al. 1^{er}, de la loi du 10 juillet 1965, la cour d'appel qui fait application de ce texte à une action tendant à restituer aux parties communes ce qu'un copropriétaire s'est indûment approprié pour son usage exclusif, alors qu'il s'agit d'une « action réelle ». V. aussi Civ. 3^e, 10 janv. 2001, n° 99-11.607, *Bull. civ.* III, n° 4 – Civ. 3^e, 24 septembre 2003, n° 02-12.558, *NPB*.

²⁵⁰² Civ. 3^e, 26 mai 2004, n° 02-19.047, *NPB*.

²⁵⁰³ CA Paris, 25 janv. 2007, *Juris-Data* n° 2007-326608.

²⁵⁰⁴ V. les exemples cités par J. Lafond, J.-M. Roux et B. Stemmer, *Code de la copropriété commenté*, Litec, 2011, loi du 10 juill. 1965, art. 42, et les commentaires.

Chapitre II – La subsidiarité du droit commun matériel

812. **Plan : fonctionnement de la subsidiarité du droit commun matériel.** Les règles spéciales matérielles ne font jamais obstacle à un recours subsidiaire au droit commun matériel *pour les questions qu'elles ne règlent pas*²⁵⁰⁵. Par sa subsidiarité, le droit commun matériel prend le relais hors du strict cadre du droit spécial matériel²⁵⁰⁶. Obligatoire²⁵⁰⁷, elle fonctionne généralement bien (Section I). Les rares hypothèses de dysfonctionnement se résument à la présence ponctuelle de textes rappelant inutilement cette subsidiarité, ainsi qu'à quelques refus d'appliquer subsidiairement les règles de droit commun matériel (Section II).

Section I – Le bon fonctionnement général

813. **Plan.** Meilleure des preuves que le droit commun matériel ne va pas si mal, sa subsidiarité fonctionne généralement bien et les illustrations en sont nombreuses. Parmi ces très nombreuses illustrations, quelques-unes relatives aux successions (§ I), aux sûretés (§ II) et à la prescription extinctive (§ III)²⁵⁰⁸, peuvent en être développées.

²⁵⁰⁵ Cela vaut tout aussi bien pour le droit commun matériel au contenu classique que pour le droit commun composé de principes directeurs (v. *supra*, n° 508 s.). Ce qui ne nécessite pas de précision pour le premier appelle, en revanche, une explication pour le second : les règles de droit commun matériel qui ont le contenu de principes directeurs ont également vocation à s'appliquer subsidiairement par rapport aux règles spéciales ; qu'il manque une règle spéciale sur le point développé par le principe directeur de droit commun, et le juge appliquera subsidiairement le principe directeur, car celui-ci resterait, du fait de son domaine d'application *ratione materiae* et *personae* indéfini, une règle de droit commun (par exemple, aucune règle spécifique à la sauvegarde de justice ne rappelle le principe de subsidiarité des mesures ; le juge applique alors subsidiairement l'article 428 du code civil). Simplement, le droit commun composé de principes généraux a, outre la fonction subsidiaire qui se manifeste en l'absence de règle spéciale, la fonction d'éclairer l'application des règles spéciales qui existent (rapp. G. Cornu, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes [fragments d'un état des questions] », in *Mélanges P. Bellet*, Litec, 1991, p. 83 s., spéc. p. 85) : il a donc un rôle supplémentaire par rapport au droit commun « classique ». Le droit commun composé de principes directeurs serait donc à la fois droit de collaboration (en présence de règles spéciales, qu'il éclaire) et droit de complément (en l'absence de règles spéciales, qu'il complète) : les principes directeurs « commandent l'interprétation et permettent [de] combler les lacunes éventuelles » des règles spéciales (*Dictionnaire de la justice*, dir. L. Cadet, V° « Principes directeurs du procès », par J. Normand, PUF, 2004, spéc. p. 1039).

²⁵⁰⁶ Sur la subsidiarité en général, v. *supra*, n° 82 s. Rapp. A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, thèse Paris II, 2011, n° 166 ; F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 s., spéc. p. 935.

²⁵⁰⁷ Sur le caractère obligatoire de la subsidiarité, v. *supra*, n° 84 s.

²⁵⁰⁸ Des exemples pourraient également être proposés pour d'autres institutions.

1) Le droit commun des contrats en fournirait un certain nombre. V. not. la clarté des motifs de CA Paris, 14 déc. 1999, *Dr. fam.* févr. 2001, comm. 19, obs. B. Beignier : le contrat de mariage est, « comme toute convention, susceptible d'annulation lorsqu'il a été conclu en violation des règles du droit commun du contrat concernant le consentement ». V. aussi, à propos de la vente mobilière : Civ. 1^{re}, 7 déc. 2004, n° 01-10.271, *Bull. civ.* I, n° 307 ; CCC 2005, comm. 60, obs. L. Leveneur ; RDC 2005, p. 681 s., obs. D. Mazeaud. Le demandeur en cassation faisait valoir que « la cession d'un office ministériel, qui constitue un contrat *sui generis* intéressant l'ordre public, doit être traitée sur la base de sa valeur exacte ; que cette règle dérogatoire du droit commun, permet au cessionnaire d'un office notarial de demander en justice la réduction du prix de cession à sa valeur réelle ». La première chambre civile rejette le pourvoi aux motifs que « s'appliquent aux cessions d'offices publics ou ministériels les règles de droit commun de la vente mobilière qui n'admettent pas la révision du prix » (v. cep., avant ce revirement, Req. 13 juin 1910, *S.* 1913, 1, p. 347-348, en sens contraire). V. encore, pour la responsabilité contractuelle : Soc. 7 déc. 2011, n° 10-22.875, *Bull. civ.* V, n° 287 – Civ. 3^e, 4 nov. 2010, n° 09-70.235, *Bull. civ.* III, n° 198 – v. aussi Civ. 3^e, 11 sept. 2013, n° 12-19.483, *Bull. civ.* III, n° 103. Adde C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des*

§ I – Successions

814. **Subsidiarité du droit commun matériel des successions.** Pour les successions, la jurisprudence reconnaît que les règles de droit commun matériel ont pleine vocation à s’appliquer subsidiairement, hors du champ des règles spéciales matérielles²⁵⁰⁹.

815. **Application du droit commun matériel à la dévolution des droits patrimoniaux de l’auteur d’une œuvre.** Notamment, aucune règle spéciale n’existait pour la dévolution des droits patrimoniaux de l’auteur d’une œuvre, le droit commun matériel des successions, contenu sur ce point aux articles 731 et suivants du code civil, doit s’appliquer²⁵¹⁰. À l’occasion d’une affaire relative à la succession d’un peintre et à la dévolution des tableaux qu’il laissait, la Cour de cassation a décidé que faute de dispositions législatives spéciales concernant la dévolution des droits patrimoniaux sur une œuvre, les règles de droit commun relatives à la réserve héréditaire avaient vocation subsidiaire à s’appliquer et devaient être respectées, censurant un arrêt d’appel qui avait décidé du contraire²⁵¹¹. Pour les mêmes raisons, il a été rappelé dans une affaire *Braque* que la dévolution du droit de suite sur les œuvres est soumise aux règles de droit commun matériel des successions²⁵¹², ce que l’actuel article L. 123-7 du code de la propriété intellectuelle ne dément pas.

contrats, LGDJ, 2009, n° 288 ; D. Mazeaud, « L’imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Dalloz, 2005, p. 73 s., spéc. n° 13 s.

2) Pour la responsabilité civile délictuelle, par ex. Ass. plén. 22 déc. 1988, n° 85-16.497, *Bull. AP*, n° 9. Pour les relations entre l’article 266 et l’article 1382 du code civil, v. par ex. Civ. 1^{re}, 18 janv. 2012, n° 11-10.959, *NPB* : puisque « les dommages-intérêts prévus par l’article 266 du code civil réparent le préjudice causé par la rupture du lien conjugal tandis que ceux prévus par l’article 1382 du même code réparent celui résultant de toute autre circonstance », les juges du fond doivent faire application subsidiaire de l’article 1382 du code civil lorsque les conditions en sont réunies, sous peine de le violer (v. déjà Civ. 2^e, 12 juin 1996, n° 94-18.103, *Bull. civ. II*, n° 149 – Civ. 1^{re}, 6 juill. 2005, n° 04-10.081, *Bull. civ. I*, n° 307). V. enfin Com. 11 mars 2003, n° 00-22.722, *Bull. civ. IV*, n° 44 ; *JCP G* 2004, II, 10034, note O. Debat ; D. 2003, somm. comm. p. 2688 s., obs. S. Durrande, qui applique l’article 1382 du code civil hors du domaine spécial de l’article L. 713-5 du code de la propriété intellectuelle.

3) En droit des biens, v. par ex. C. Simler, *Droit d’auteur et droit commun des biens*, Litec, 2010, 2^e partie, et la conclusion, n° 660.

4) Pour les voies de recours en procédure civile, v. par ex. Com. 7 févr. 2012, n° 10-26.164, *Bull. civ. IV*, n° 29.

²⁵⁰⁹ Dans le même sens, v. par ex. A. Favreau, « Le droit d’auteur et le droit des successions », in *Propriété intellectuelle et droit commun*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, p. 181 s., spéc. p. 197 s. ; A. Lucas, note sous Civ. 1^{re}, 11 janv. 1989 (deux arrêts), *JCP G* 1989, II, 21378.

²⁵¹⁰ A. Favreau, « Le droit d’auteur et le droit des successions », in *Propriété intellectuelle et droit commun*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, p. 181 s., spéc. p. 200-201.

²⁵¹¹ Civ. 1^{re}, 22 févr. 1977, n° 74-14.824, *Bull. civ. I*, n° 100 : viole l’article 913 du code civil, dont il résulte qu’« aucune disposition testamentaire ne peut modifier les droits que les héritiers réservataires tiennent de la loi », la cour d’appel qui, « pour déclarer valable la disposition testamentaire par laquelle [le *de cuius*], léguant à sa femme tous les tableaux dépendant de sa succession, a spécifié qu’elle en aurait la gestion et la disposition et que même ceux qui seraient la part de sa fille [...] resteraient groupés entre les mains de [l’épouse] », « énonce que la loi du 11 mars 1957 pose en principe l’indépendance de la propriété incorporelle de l’œuvre par rapport à la propriété de l’objet matériel et que rien n’empêche l’auteur de l’œuvre d’art de céder tout ou partie des droits patrimoniaux attachés à son œuvre tout en s’en réservant la détention matérielle », « alors que la clause susvisée avait pour effet de priver l’héritière réservataire du droit de jouir et de disposer de biens compris dans sa réserve ».

²⁵¹² Civ. 1^{re}, 11 janv. 1989, n° 86-19.496, *Bull. civ. I*, n° 10 (affaire *Braque*), *JCP G* 1989, II, 21378, note A. Lucas ; D. 1989, jur. p. 308 s., note B. Edelman ; *RTD civ.* 1989, p. 365 s., obs. J. Patarin (application de l’article 42, alinéa 2, de la loi du 11 mars 1957, dont la substance se retrouve, avec quelques modifications, à l’actuel article L. 123-7 du code de la propriété intellectuelle). V. partic. la note de A. Lucas, préc.

816. **Application du droit commun matériel à la dévolution des droits moraux de l'auteur non visés par un texte spécial.** De même, les droits moraux dont la dévolution n'est pas soumise à une règle spéciale²⁵¹³ se voient appliquer le droit commun matériel des successions. Tel est le cas, en particulier, du droit de l'auteur au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre visé par l'article L. 121-1 du code de la propriété intellectuelle : faute de règle spéciale, le droit commun matériel des successions a vocation à s'appliquer ; c'est, logiquement, ce qu'a décidé la jurisprudence dans un arrêt concernant la succession *Utrillo*²⁵¹⁴. La solution, limpide, apparaît à l'abri des critiques techniques²⁵¹⁵.

§ II – Sûretés

817. **Subsidiarité du droit commun matériel de certaines sûretés.** Les exemples d'application subsidiaire des règles de droit commun matériel ne manquent pas pour les sûretés.

818. **Cautionnement : caution personne physique et application des règles de droit commun matériel sur l'opposabilité des exceptions.** Pour le cautionnement, par exemple, aucune règle spéciale à la caution personne physique n'existe concernant l'opposabilité des exceptions ; la jurisprudence applique subsidiairement à cette hypothèse les règles de droit commun matériel du cautionnement, contenues à l'article 2313 du code civil et selon lesquelles, si la caution peut opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette, elle ne peut utilement lui opposer, en revanche, les exceptions purement personnelles au débiteur principal²⁵¹⁶.

819. **Nantissement de fonds de commerce : validité du pacte comissoire par application subsidiaire du droit commun matériel.** De même, la question s'est posée de la validité du pacte comissoire dans le nantissement de fonds de commerce²⁵¹⁷. Les articles L. 142-1 et suivants du code de commerce, qui réglementent ce nantissement matériellement spécial, sont silencieux. La subsidiarité du droit commun matériel entraîne alors l'application – par le renvoi opéré par l'article 2355, alinéa 5 – de l'article 2348 du code civil, qui reconnaît la validité du pacte comissoire : un tel pacte doit par conséquent être déclaré valable

²⁵¹³ Pour un exemple de règle spéciale matérielle, v. l'article L. 121-2, alinéa 2, du code de la propriété intellectuelle (dévolution du droit de divulgation des œuvres posthumes ; v. *supra*, n° 709).

²⁵¹⁴ Civ. 1^{re}, 11 janv. 1989, n° 87-11.976, *Bull. civ.* I, n° 9 (affaire *Utrillo*) ; *JCP G* 1989, II, 21378, note A. Lucas ; *D.* 1989, jur. p. 308 s., note B. Edelman et 1990, somm. p. 57, obs. C. Colombet ; *RTD civ.* 1989, p. 365 s., obs. J. Patarin : « le droit de l'auteur au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre est transmissible à cause de mort à ses héritiers selon les règles ordinaires de la dévolution successorale ».

²⁵¹⁵ A. Lucas, note sous Civ. 1^{re}, 11 janv. 1989 (deux arrêts), *JCP G* 1989, II, 21378 : elle « mérite l'approbation ». Comp. C. Colombet, obs. sur l'arrêt, *D.* 1990, somm. p. 57, qui estime que l'application du texte spécial relatif au droit de divulgation des œuvres posthumes aurait dû être étendue à cette hypothèse ; cela semblerait néanmoins impliquer une double violation des règles de droit (de la règle spéciale par fausse application, de la règle de droit commun par refus d'application).

²⁵¹⁶ V. par ex. Ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602, *Bull. mixte*, n° 5 (rendu en application des anciens articles 2012 et 2036, devenus 2289 et 2313 du code civil). Si l'arrêt a pu être critiqué par une doctrine majoritaire, ce n'est pas en raison de ce qu'il fait application de la règle de droit commun à la caution personne physique mais, bien différemment, en raison de l'interprétation qu'il retient de cette règle de droit commun – c'est là une autre question. V. not. la synthèse de P. Crocq, obs. sur l'arrêt, *RTD civ.* 2008, p. 331 s. (et les références citées).

²⁵¹⁷ V. C. Lisanti, « Le nantissement des meubles incorporels : une sûreté d'un genre pluriel ? », in *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, dir. S. Cabrillac, C. Albigès et C. Lisanti, Litec, 2007, p. 53 s., spéc. p. 57.

dans le nantissement de fonds de commerce²⁵¹⁸ ; le contraire reviendrait à violer ces règles par refus d’application²⁵¹⁹. Il ne s’agit que d’exemples parmi d’autres²⁵²⁰.

§ III – Prescription extinctive

820. **Subsidiarité du droit commun matériel de la prescription extinctive.** Le constat vaut à l’identique pour la prescription extinctive : en dehors du domaine des règles spéciales matérielles, le juge reconnaît généralement que la règle de droit commun matériel, par sa généralité, retrouve pleine vocation subsidiaire à s’appliquer²⁵²¹. Quelques illustrations²⁵²².

²⁵¹⁸ En ce sens également, L. Aynès, *RLDC* 2006, supplément au n° 29, p. 12. Plus réservé, P. Crocq, *RLDC* 2006, supplément au n° 29, p. 12 (tirant argument du fait que l’attribution judiciaire du fonds de commerce est, elle, expressément exclue).

²⁵¹⁹ C’est au mieux l’opportunité de cette solution qui pourrait être discutée, notamment au regard de l’impossibilité d’attribution judiciaire prévue par l’article L. 142-1, alinéa 2, du code de commerce ; mais, dans le cas où la validité du pacte comissoire dans le nantissement de fonds de commerce apparaîtrait inopportune, il n’appartiendrait pas au seul juge d’écarter la faculté de stipuler un pacte comissoire, mais davantage au législateur de compléter le régime spécial du nantissement de fonds de commerce en ce sens.

²⁵²⁰ 1) De même, faute de règle spéciale applicable au nantissement de parts d’une société en nom collectif (comp. avec l’article 1866 du code civil pour les sociétés civiles et, dans une certaine mesure, avec l’article L. 223-15 du code de commerce pour les sociétés à responsabilité limitée), ce seraient ainsi les règles de droit commun matériel du nantissement qui s’appliqueraient à cette opération (v. not. F. Jacob, « Le nantissement de parts sociales », *Dr. et patr.* n° 161, juill.-août 2007, p. 68 s.). Une question divise toutefois : s’agit-il des règles applicables au nantissement de créance (en ce sens, H. Synvet, « Le nantissement des meubles incorporels », *Dr. et patr.* n° 140, sept. 2005, p. 64 s., spéc. p. 70), ou, par renvoi, des règles applicables au gage (en ce sens, refusant d’assimiler les parts sociales à des créances, L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés*, 7^e éd., LGDJ, 2013, n° 529 ; D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 8^e éd., LGDJ, 2011, n° 532 ; M. Cabrillac et al., *Droit des sûretés*, 9^e éd., Litec, 2010, n° 789 ; *Lamy droit des sûretés*, étude 253, « Nantissement conventionnel de parts sociales », par F.-X. Lucas, 2007, n° 253-3 ; et F. Jacob, art. préc. – v. aussi l’arrêté du 1^{er} février 2007 [JO 10 févr.] pris conformément au décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 d’application de l’article 2336 du code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession, qui énumère les biens susceptibles d’être nantis, et qui institue une catégorie « parts sociales » [12°] : puisque le pouvoir réglementaire soumet ce nantissement à la réglementation du gage, ce serait qu’il considère qu’il entre dans le champ du renvoi opéré par l’article 2355, alinéa 5, du code civil et n’est pas assimilé à un nantissement de créances) ? Quoi qu’il en soit, la subsidiarité dans son principe ne ferait pas de doute.

2) Pour des questions similaires concernant le nantissement de sommes d’argent bloquées en compte, v. C. Lisanti, « Le nantissement des meubles incorporels : une sûreté d’un genre pluriel ? », in *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, dir. S. Cabrillac, C. Albigès et C. Lisanti, Litec, 2007, p. 53 s., spéc. p. 57 (la commission Grimaldi proposait, sur ce point, l’introduction de règles relatives au nantissement de monnaie scripturale, ce qui n’a pas été retenu par l’ordonnance du 23 mars 2006).

3) De même, aucune règle spéciale n’est prévue concernant la forme du gage sur un véhicule automobile ; ce sont alors les règles de droit commun du gage qui s’appliquent sur ce point (Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 708), exprimées à l’article 2336 du code civil.

²⁵²¹ V. déjà J. Carbonnier, « Notes sur la prescription extinctive », *RTD civ.* 1952, p. 171 s., spéc. p. 172 : « l’on peut retomber inopinément dans la prescription trentenaire [entendue comme prescription de droit commun] parce que les conditions légales prévues pour une prescription exceptionnelle ne sont pas réunies ».

²⁵²² Aux illustrations développées, *adde* notamment celles-ci.

1) Lorsqu’aucun texte n’existe concernant spécialement la prescription extinctive d’un droit subjectif, celui-ci est soumis en son entier au droit commun matériel (par ex. Com. 30 mars 2010, n° 08-17.556, *NPB* ; *RTD com.* 2010, p. 614 s., obs. A. Martin-Serf – *adde*, très clair, Com. 28 juin 1976, n° 75-10.012, *Bull. civ.* IV, n° 218). Notamment, si un délai et un point de départ spéciaux sont prévus pour la prescription des actions nées d’opérations de remorquage de navire (article L. 5342-6 du code des transports [ancien article 30 de la loi du 3 janv. 1969 relative à l’armement et aux ventes maritimes]), c’est, en revanche, le droit commun de la prescription qui s’applique concernant le remorquage d’engin (P. Bonassies et Ch. Scapel, *Traité de droit maritime*, 2^e éd., LGDJ, 2010, n° 710). De même, les droits qui découlent du contrat de bail sont, faute de texte spécial, soumis au droit commun de la prescription (rapp. M.-L. Cicile-Delfosse, « L’incidence de la réforme en droit immobilier », in *La réforme de la prescription en matière civile*, dir. Ph. Casson et Ph. Pierre, Dalloz, 2010, p. 79 s., spéc. p. 87). Il est en outre des hypothèses dans lesquelles la loi prévoit le caractère prescriptible d’un droit, sans en fixer les règles applicables (la prescription est prévue, mais

821. **Défaut de conformité dans la vente et application subsidiaire du droit commun matériel de la prescription.** Par exemple, la jurisprudence décide qu'à défaut de règle spéciale matérielle, les défauts de conformité dans la vente d'immeuble à construire relèvent « de la prescription de droit commun »²⁵²³ pour tous ses éléments ; la solution est d'ailleurs généralisable à toute obligation de conformité dans la vente, à l'exception de celles qui sont régies par des règles de prescription spéciales – telle la garantie de conformité dans les ventes de biens meubles corporels entre un vendeur professionnel et un acheteur consommateur qui, instituée par les articles L. 211-1 et suivants du code de la consommation, est soumise au délai spécial édicté par l'article L. 137-2 du même code.

822. **Autres illustrations.** Particulièrement clairs, les motifs d'un arrêt rendu en 1971 par la chambre commerciale de la Cour de cassation résument le fonctionnement de la subsidiarité du droit commun matériel de la prescription extinctive : la Haute juridiction y avait rappelé qu'une « action » qui ne figure pas parmi les « actions en responsabilité pour lesquelles des textes spéciaux ont prévu un court délai de prescription », mais qui est au contraire « instituée par un texte qui n'a fixé aucun délai particulier », « se trouve soumise au délai de droit commun de la prescription extinctive »²⁵²⁴. Semblablement, le Conseil d'État a pu rappeler que la prescription de l'action en garantie des vices cachés, fixée par l'article 1648, alinéa 1^{er}, du code civil, à deux ans à compter de la découverte du vice, est interrompue par les causes de droit commun matériel, notamment par une demande en référé²⁵²⁵. Ainsi, encore, l'action en responsabilité extracontractuelle contre l'armateur d'un navire est soumise aux règles de droit commun matériel de la prescription²⁵²⁶. La question de l'interversion des délais pourrait également être mentionnée²⁵²⁷. Ces illustrations parmi d'autres attestent que la subsidiarité du

aucune règle spéciale n'est édictée). C'était notamment le cas de l'ancien article 137 du code civil (abrogé par la loi du 28 décembre 1977) : « les dispositions des [articles 135 et 136] auront lieu sans préjudice des actions en pétition d'hérédité et d'autres droits, lesquels compéteront à l'absent ou à ses représentants ou ayant-cause, et ne s'éteindront que par le laps de temps établi pour la prescription ». Dans ces cas, « la loi s'en réfère [...] au droit commun de la prescription » (F. Mourlon, *Répétitions écrites*, t. 1, 9^e éd. par C. Demangeat, Marescq, 1873, n° 491, p. 257).

2) Lorsqu'un texte spécial n'établit que le délai de prescription, le droit est soumis au droit commun matériel de la prescription extinctive pour le surplus. Par exemple, l'article L. 137-2 du code de la consommation, qui dispose que « l'action des professionnels, pour les biens ou services qu'ils fournissent aux consommateurs, se prescrit par deux ans », établit un délai spécial, mais s'y limite ; les autres éléments de la prescription, point de départ, computation, etc., relèvent des règles de droit commun matériel ou de celles qui y sont assimilées (notamment le point de départ de l'article 2224 du code civil), sauf lorsqu'existe une règle de généralité intermédiaire (par ex., pour la prescription de la garantie des vices cachés dans la vente, article 1648 du code civil).

²⁵²³ Civ. 3^e, 4 nov. 2010, n° 09-70.235, *Bull. civ.* III, n° 198 (réponses aux neuvième et dixième [!] moyens).

²⁵²⁴ Com. 15 juin 1971, n° 70-10.803, *Bull. civ.* IV, n° 172 (« action en déchéance »).

²⁵²⁵ CE 7 avr. 2011, *Société Ajaccio Diesel*, n° 344.226, *Lebon T.*

²⁵²⁶ P. Bonassies et Ch. Scapel, *Traité de droit maritime*, 2^e éd., LGDJ, 2010, n° 382.

²⁵²⁷ La question dite de l'« interversion » des délais de prescription peut se rattacher à la subsidiarité du droit commun matériel. Rapp. Ph. Casson, « Le nouveau régime de la prescription », in *La réforme de la prescription en matière civile*, dir. Ph. Casson et Ph. Pierre, Dalloz, 2010, p. 25 s., spéc. p. 40 : l'interversion consiste à « substituer une prescription de droit commun plus longue à une prescription spéciale plus courte » (il peut aussi s'agir de substituer une prescription spéciale à une prescription plus spéciale). Une doctrine majoritaire enseigne que, dans la mesure où le nouvel article 2231 du code civil prévoit que l'interruption « fait courir un nouveau délai de même durée que l'ancien », il aurait fait disparaître l'interversion (v. par ex. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 1498) ; et il est certain qu'il résulte implicitement mais nécessairement de l'article précité que *l'interruption ne peut pas entraîner d'interversion*. Cette opinion appelle pourtant deux remarques.

1) D'abord, l'interversion a-t-elle jamais véritablement constitué un effet de l'interruption ? Un doute est possible : pour le cas des prescriptions présomptives de paiement, l'interversion pourrait ne pas être un effet de *l'interruption*,

droit commun matériel fonctionne généralement bien ; ses dysfonctionnements se révèlent marginaux.

Section II – Le mauvais fonctionnement marginal

823. **Plan.** Au rebours de l’expression populaire, il pourrait ici être affirmé que la forêt ne doit pas cacher l’arbre. Si les hypothèses de mauvais fonctionnement de la subsidiarité du droit commun matériel sont marginales, elles existent néanmoins et ne peuvent être masquées par son bon fonctionnement général. Les deux grands dysfonctionnements recensés procéderaient d’une occultation du caractère de plein droit de la subsidiarité du droit commun. En premier lieu, des textes rappellent inutilement la vocation subsidiaire du droit commun (§ I). En second lieu, des hypothèses de refus d’application du droit commun à titre subsidiaire peuvent être répertoriées (§ II).

§ I – Les rappels textuels inutiles de la subsidiarité

824. **Inutilité des textes invitant le droit commun matériel à s’appliquer subsidiairement.** Ce point sera évoqué rapidement ; la question a déjà été mentionnée, sous un autre angle, à propos du droit spécial matériel de renvoi au droit commun matériel²⁵²⁸. Certains textes renvoient, explicitement ou implicitement, au droit commun matériel d’une institution, pour les points non traités par un régime spécial matériel. En sus d’être des règles spéciales inutiles, ces textes constituent une négation de la subsidiarité automatique du droit commun matériel : simples rappels, ils tendraient pourtant à suggérer que le droit commun aurait besoin d’une invitation spécifique pour s’appliquer. Tel n’est pas le cas²⁵²⁹. Des illustrations en ont déjà

mais de la *reconnaissance* qu’un débiteur fait de ce que la présomption n’est pas fondée (l’article 2231 du code civil ne ferait alors qu’énoncer une évidence, et ne ferait pas disparaître l’interversion) ; il serait donc conforme à la technique juridique et à la logique, puisque cette reconnaissance porte le débat hors du domaine de la prescription présumptive de paiement, que l’on retombe *subsidiairement* dans le champ d’une autre prescription, qui a un objet plus vaste (ce n’est plus un droit présumé payé, mais un droit de créance classique). Autrement exprimé, la reconnaissance du droit aurait deux effets : interrompre le délai, parce que la loi le décide ; intervertir les délais, parce qu’elle fait *techniquement* changer l’objet de la prescription. Dans ce système, l’interruption est exactement sur le même plan que l’interversion : elle ne la génère pas, mais toutes deux sont au contraire des effets de la reconnaissance. Pour les prescriptions présumptives de paiement qui subsistent en droit positif (par ex. celle de l’article L. 511-78 du code de commerce), l’interversion pourrait donc encore avoir un sens ; gageons pourtant qu’elle n’a plus beaucoup d’avenir : il est probable que la jurisprudence se plie aux apparences résultant de l’article 2231 précité.

2) Ensuite, ce texte produira-t-il effet en matière pénale, où une jurisprudence constante décide que l’interruption d’un délai spécial de prescription a pour effet d’y substituer le délai de prescription de droit commun (v. not. Crim. 26 févr. 1906, *J.* 1909, 1, 281, note Roux – Crim. 9 mars 1929, *DP* 1930, 1, 56) ? Sur ce point, v. *Rép. dr. pén. et pr. pén.* Dalloz, *V*^o « Prescription pénale », 2008, par C. Courtin, n^o 88.

²⁵²⁸ V. *supra*, n^o 762 s.

²⁵²⁹ Puisque la règle de droit commun matériel a un domaine d’application indéfini, elle concerne tous les cas de figure ; elle vise donc nécessairement le cas qui n’est pas soumis à une règle spéciale, et doit y être appliquée subsidiairement ; cela est obligatoire, sous peine de violer la règle par refus d’application. V. *supra*, n^o 84 s. Il ne faut pas, tirant un argument discutable de ces textes, douter de l’applicabilité subsidiaire automatique du droit commun, et à considérer qu’une règle de droit commun n’est applicable que si une règle spéciale l’autorise. Rapp. J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 s., spéc. p. 305.

été développées pour le droit spécial matériel de renvoi. Deux peuvent ici être ajoutées, sous le prisme de la négation de l'automatisme du caractère subsidiaire.

825. **Illustrations.** C'est le cas, pour la prescription extinctive, de l'article L. 431-2, avant-dernier alinéa, du code de la sécurité sociale : des délais et points de départ spéciaux sont fixés mais, pour le reste, rappelle le texte, « les prescriptions prévues aux trois alinéas précédents sont soumises aux règles de droit commun »²⁵³⁰. C'est encore le cas pour l'article L. 1221-1 du code du travail, qui précise, selon toute apparence, inutilement, que « le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun » des contrats.

826. **Pour une abrogation.** Ces articles ne doivent pas donner à penser qu'ils « autorisent » l'applicabilité du droit commun matériel : techniquement inutiles, ils ne valent que comme des rappels – leur seule utilité étant de corriger un mal par un autre, en *confirmant* la subsidiarité du droit commun matériel, éloignant ainsi toute tentation de ne pas y recourir²⁵³¹. Ne pourrait-on envisager de les abroger ?

§ II – Les refus jurisprudentiels isolés d'appliquer la subsidiarité

827. **Existence mais rareté.** La seconde négation du caractère de plein droit de la subsidiarité du droit commun matériel provient de décisions semblant considérer que le juge aurait une marge de manœuvre pour décider d'appliquer subsidiairement le droit commun matériel ou non. Or, le juge est lié par cette subsidiarité, imposée par les propriétés mêmes du concept. En proportion, les exemples d'arrêts qui refusent l'application de règles de droit commun hors du domaine limité des règles spéciales semblent demeurer relativement rares²⁵³², mais il reste possible de relever, çà et là, quelques décisions ou courants jurisprudentiels discutables²⁵³³. Cette tendance trouve notamment une illustration topique dans la question des vices cachés dans la vente²⁵³⁴.

²⁵³⁰ L'article 4 de la loi du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritime était autrefois également concerné : il disposait notamment que la prescription des actions nées du contrat d'affrètement « est interrompue ou suspendue et produit ses effets conformément au droit commun » ; le législateur n'a pas repris le contenu de cet article dans le code des transports. Disparition heureuse car la précision apparaissait inutile, mais disparition étrange car la codification était censée faite à droit constant. Faisant remarquer cette omission, S. Miribel, « La codification du droit des transports dans le domaine maritime », *DMF* 2011, p. 182 s., spéc. p. 186. *Adde* Ph. Delebecque, « “Je le croyais constant, il était infidèle !” : une codification à droit “inconstant” », *Rev. dr. transports* oct. 2011, repère 9.

²⁵³¹ Rappr., pour l'article 2353 du code civil, Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 710.

²⁵³² En général, la jurisprudence applique de manière satisfaisante la subsidiarité du droit commun matériel, pour de nombreuses institutions : v. *supra*, n° 813 s.

²⁵³³ Outre l'exemple développé juste *infra*, v. encore, bloquant la subsidiarité d'une règle qui relève par renvoi du droit commun matériel du nantissement de meubles incorporels, sur le fondement d'un raisonnement discutable mentionnant des « textes spéciaux » qui n'existent pas sur le point de droit concerné, Com. 26 nov. 2013, n° 12-27.390, *NPB* ; *RTD civ.* 2014, n° 1, à paraître, obs. (critiques) P. Crocq : « ceci n'est pas vraiment convaincant car l'art. L. 142-1 et s. C. com. ne disent rien à propos de l'existence ou de l'inexistence d'un droit de rétention au profit du créancier nanti. Est-ce que cela voudrait dire, alors, que, pour la Cour de cassation, le renvoi effectué au droit commun du gage par l'art. 2355, al. 5, C. civ. serait exclu chaque fois que le nantissement concerné fait l'objet d'une réglementation spéciale peu importante le contenu de celle-ci et, notamment, peu importante le fait que cette

828. **Vices cachés spéciaux à la vente d’animaux domestiques et vices cachés de droit commun matériel de la vente.** Il est ici question d’un courant jurisprudentiel relatif aux rapports entre garantie des vices cachés de droit commun matériel dans la vente – régie par les articles 1641 et suivants du code civil –, et garantie des vices cachés spéciale dans la vente d’animaux domestiques – régie par les actuels articles L. 213-1 et suivants du code rural et de la pêche maritime. Notamment, un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 30 septembre 2010 a censuré un arrêt d’appel pour avoir décidé que, faute d’entrer dans le domaine des règles spéciales relatives à la vente d’animaux domestiques, un vice caché relève du régime de droit commun matériel de la vente²⁵³⁵ ; à suivre les motifs de cet arrêt de cassation, la situation litigieuse, bien qu’elle n’entre pas dans le domaine des règles matériellement spéciales à la vente d’animaux domestiques, ne peut se voir appliquer subsidiairement les règles de droit commun matériel de la vente. Plusieurs autres arrêts vont dans le même sens ; la jurisprudence apparaît constante²⁵³⁶ et la solution semblait déjà admise au XIX^e siècle²⁵³⁷. En somme, pour ces vices cachés matériellement spéciaux, « la jurisprudence et la doctrine ont reconnu que les indications [des textes spéciaux] étaient limitatives, non seulement en ce qui concerne les vices compris dans la nomenclature, mais encore en ce qui touche les espèces d’animaux, en sorte qu’il était interdit, pour les espèces non mentionnées, d’intenter l’action de l’article 1641 du code civil »²⁵³⁸. Qu’est-ce à dire, sinon que, hors du domaine des règles spéciales matérielles, pour les cas de vente d’animaux non visés par ces règles, la jurisprudence refuse d’appliquer subsidiairement les dispositions, pourtant générales, des articles 1641 et suivants précités ?

829. **Une solution discutable.** Trouver un fondement satisfaisant à cette solution apparaît difficile. À première vue, la position de la Cour de cassation pourrait certes se recommander de la lettre de l’article L. 213-1 du code rural et de la pêche maritime, qui dispose que « l’action en garantie, dans les ventes ou échanges d’animaux domestiques, est régie [...] par

réglementation soit muette à propos de l’existence d’un droit de rétention ? Cela constituerait alors une bien curieuse conception des rapports entre le droit commun et le droit spécial » (sur cet arrêt, v. aussi *supra*, n° 618).

²⁵³⁴ 1) Le thème des vices cachés dans la vente est riche de ce point de vue : au-delà de l’exemple développé, v. aussi la question des rapports entre la garantie spéciale à la vente d’immeuble à construire, prévue aux articles 1642-1 et 1646-1 du code civil, et la garantie de droit commun de la vente, prévue aux articles 1641 et suivants du même code, citée par A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 8^e éd., Montchrestien, 2008, n° 356 : il résulterait de certains arrêts que « le régime de droit commun est [...] exclu, même si l’on ne tombe pas dans le champ du régime spécifique, par exemple lorsque la vente ne porte pas sur un édifice » ; l’auteur juge la solution « contestable ».

2) Il en serait de même, pour le contrat en général, pour le refus de la jurisprudence d’admettre le cumul de fondements entre garantie des vices cachés des articles 1641 et suivants du code civil et erreur spontanée de l’article 1110 du même code (v. *supra*, n° 178).

²⁵³⁵ Civ. 1^{re}, 30 sept. 2010, n° 09-16.890, *Bull. civ.* I, n° 182 ; *D.* 2011, p. 659 s., note L. Mazeau.

²⁵³⁶ V. déjà, dans le même sens, Civ. 1^{re}, 29 janv. 2002, n° 99-18.343, *NPB* ; *CCC* 2002, comm. 74, obs. L. Leveneur – Civ. 1^{re}, 13 déc. 2005, n° 03-19.827, *NPB* ; *CCC* 2006, comm. 65, obs. L. Leveneur – CA Versailles, 24 févr. 2004, *Rev. dr. rural* 2005, comm. 334. Sur ce courant, v. *Rép. civ.* Dalloz, V^o « Vente (effets) », par O. Barret, 2007, n° 672 s.

²⁵³⁷ V. déjà Req. 10 nov. 1885, *DP* 1885, 1, p. 396-397 : les règles relatives aux vices cachés dans la vente d’animaux domestiques dans la loi du 2 août 1884 « sont limitatives, et [...] l’action résolutoire, dans les ventes ou échanges d’animaux domestiques, ne peut être intentée hors des cas qui y sont spécifiés » – Civ. 17 avr. 1855, *DP* 1855, 1, p. 176 : « la loi du 20 mai 1838 [...] est limitative en ce sens qu’elle n’admet comme vices rédhibitoires [...] que les maladies qu’elle désigne spécialement ; [...] elle est limitative également, en ce qu’elle détermine spécialement les espèces d’animaux dans lesquels ces vices et défauts cachés donneront lieu à cette action ; [...] ainsi elle ne lui donne ouverture que pour les animaux des espèces chevaline, ovine et bovine ».

²⁵³⁸ Obs. sous Req. 10 nov. 1885, *DP* 1885, 1, p. 396.

les dispositions de la présente section » ; mais l'argument ne peut entièrement convaincre. Les articles L. 213-1 et suivants précités ne régissent en effet que *certaines* ventes d'animaux domestiques et que *certaines* vices ; le régime spécial matériel qu'ils instituent est, en d'autres termes, partiel et incomplet. Or, un régime spécial n'exclut totalement l'applicabilité subsidiaire du droit commun que si ce régime spécial est complet. Comment une règle au domaine plus général que la règle spéciale, qui englobe tous les objets susceptibles de vente et non simplement les animaux domestiques, peut-elle être malgré tout déclarée non applicable à cette situation, alors même que le régime concerné est partiel et incomplet ? En outre, à suivre la Cour de cassation, c'est implicitement ce régime spécial incomplet qui commanderait l'exclusion du droit commun matériel de la vente à titre subsidiaire ; cependant, comment une règle spéciale, par essence limitée dans son domaine d'application au cas spécial qu'elle régit, pourrait-elle prétendre limiter, hors des cas qu'elle régit, l'application subsidiaire d'une règle plus générale ? Cela apparaît logiquement difficile et la solution pourrait ainsi partiellement reposer sur un non-sens. Elle consacrerait dans tous les cas une violation de la règle de droit commun matériel par refus d'application²⁵³⁹. Si une situation n'entre pas dans le champ d'application de la réglementation spécifique à la vente d'animaux domestiques, appliquer subsidiairement les règles de droit commun matériel de la vente se révèle obligatoire.

830. **Pour un revirement de jurisprudence.** Cette solution semble donc appeler des réserves. Sur le plan de la technique juridique, elle constituerait une violation des articles 1641 et suivants du code civil par refus d'application²⁵⁴⁰. Sur le plan de la politique juridique, elle prive certains acquéreurs d'animaux, ceux oubliés par les règles spéciales, de fondement utile, alors qu'un tel traitement ne semble pas dans les intentions du législateur – qui met à leur disposition le droit commun matériel de la vente²⁵⁴¹. La subsidiarité du droit commun matériel doit avoir lieu de plein droit ; sauf à violer la règle par refus d'application, le juge ne peut disposer d'aucune marge de manœuvre. Cette solution apparaît donc pouvoir être modifiée.

831. **Conclusion de chapitre.** La subsidiarité du droit commun matériel fonctionne généralement bien, pour de nombreuses institutions. Les points sur lesquels le droit positif gagnerait à évoluer sont marginaux. D'une part, les textes qui rappellent l'application subsidiaire du droit commun matériel apparaissent inutiles – parce que celle-ci opère de plein droit –, voire dangereux – parce qu'ils peuvent donner à penser que le droit commun matériel ne s'applique subsidiairement qu'en présence d'un tel texte. D'autre part, plus rare mais plus grave, le

²⁵³⁹ V. *supra*, n° 90.

²⁵⁴⁰ De deux choses l'une en effet : soit la solution précitée, reprise par tous les arrêts évoqués, doit être interprétée comme posant que, lorsque l'on se trouve dans le domaine d'une règle spéciale, il faut l'appliquer exclusivement, et alors il ne s'agit que de l'énoncer d'une évidence (primauté d'une règle spéciale dans le cadre strict de son domaine d'application ; mais il est difficile de le considérer, sauf à réécrire la formule) ; soit, comme cela est plus probable, elle doit être interprétée comme excluant le recours à une règle plus générale hors des limites posées par la règle spéciale, et elle aboutit alors à une violation, par refus d'application, de la règle qui avait pleine vocation à s'appliquer subsidiairement. Adde J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, 4^e éd., Dalloz, 2009-2010, n° 72.11.

²⁵⁴¹ Et si la privation de garantie pour les cas non visés par ce régime spécial correspond à la volonté du législateur, qu'il s'en explique, en ajoutant par exemple un nouvel alinéa à l'article L. 213-1 du code rural et de la pêche maritime, indiquant que hors des cas spécifiques visés par les textes, les propriétaires d'animaux domestiques ne disposent d'aucune garantie.

juge refuse parfois d'appliquer une règle de droit commun matériel, niant l'automaticité de sa subsidiarité et consacrant une violation de la règle par refus d'application ; ces hypothèses pourraient appeler des revirements de jurisprudence.

832. **Conclusion de sous-titre.** Le droit commun matériel ne prime pas le droit spécial matériel ; il s'applique subsidiairement à défaut de droit spécial matériel. La première partie de l'affirmation n'est pas aussi simple qu'il y paraît : affirmer que le droit commun matériel ne prime pas le droit spécial matériel ne signifie pas nécessairement que le droit spécial matériel prime toujours les règles de droit commun. Si la primauté du droit spécial matériel est de loin la solution la plus fréquente, une option avec le droit commun matériel lui est parfois préférée ; seul un texte général édictant une règle de conflit équilibrée – primauté de principe du droit spécial matériel, faculté pour le législateur d'accorder expressément des options ponctuelles – semble pouvoir venir restaurer la prévisibilité. Le respect de l'interprétation stricte du droit spécial matériel en présence de droit commun matériel est, quant à lui, relativement plus constant. La seconde partie de l'affirmation apparaît plus simple : la subsidiarité du droit commun matériel est généralement bien appliquée par la jurisprudence ; seuls quelques textes qui la rappellent inutilement, ainsi que certaines décisions qui la refusent indûment – ce qui entraîne la violation de du droit commun matériel par refus d'application – viennent tempérer le constat.

833. **Conclusion de titre.** Pour un certain nombre d'institutions, le droit commun matériel doit coexister avec une multiplicité de règles spéciales matérielles : les exemples de la prescription extinctive, du cautionnement, ou encore du gage et du nantissement, en témoignent. Cette prolifération contraste avec la situation d'institutions plus préservées – notamment, la prescription acquisitive ou l'hypothèque immobilière et, dans une certaine mesure, les successions et libéralités. De telles disparités conduisent à s'interroger sur la raison d'être des règles spéciales matérielles : pourquoi sont-elles parfois si nombreuses, au point de rendre le droit impraticable ? La question apparaît d'autant plus légitime que la justification en opportunité des règles spéciales matérielles est parfois défailante ; pour celles-ci, une abrogation gagnerait à être envisagée. Deux grandes directives résument les rapports du droit commun matériel avec le droit spécial matériel : le droit commun matériel ne prime pas le droit spécial matériel ; le droit commun matériel supplée à l'absence de droit spécial matériel. L'absence de primauté du droit commun matériel ne signifie pas nécessairement que le droit spécial matériel prime dans tous les cas : si la primauté du droit spécial est la solution la plus fréquente, elle apparaît néanmoins en concurrence avec une option parfois accordée aux intéressés entre droit commun matériel et droit spécial matériel. Au-delà, le droit spécial matériel fait l'objet d'une interprétation stricte généralement respectée, permettant au droit commun matériel de s'épanouir dans les vides laissés par lui. Dans son ensemble, la subsidiarité du droit commun matériel fonctionne bien : la jurisprudence en reconnaît le caractère de plein droit à travers les nombreuses applications qu'elle en fait ; quelques hypothèses de refus d'application peuvent néanmoins être recensées et constituent un point sur lequel le droit positif gagnerait à évoluer.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

834. Le droit commun matériel renvoie, pour une institution donnée, aux règles juridiques dont le domaine d'application *ratione materiae* et *personae* est indéfini. C'est à cette seconde application que se réfère le plus grand nombre des utilisations faites de la notion de droit commun par le droit positif contemporain. Le droit commun matériel révèle, en fonction des institutions étudiées, des *tendances contraires*.

Si le droit commun matériel de certaines institutions apparaît développé et satisfaisant – c'est notamment le cas des successions ou des mesures de protection des majeurs –, il se révèle en revanche insuffisant pour d'autres institutions – telle la prescription acquisitive, qui ne connaît pas de délai général –, voire inexistant – notamment les sûretés. La doctrine propose souvent aux pouvoirs publics d'édicter les règles manquantes. Faute de règles de droit commun matériel à même d'appréhender subsidiairement toutes les situations à régir, des solutions de secours doivent être trouvées pour celles oubliées de tout texte. Ces solutions peuvent consister dans des renvois textuels – par exemple, d'une institution à une autre –, ou dans l'application par analogie d'une solution prévue pour une autre hypothèse. Il ne s'agit néanmoins que de remèdes imparfaits qui ne garantissent pas l'adéquation de la solution à la situation à régir.

Pour certaines institutions, le droit commun matériel doit coexister avec une multiplicité de règles spéciales matérielles, tandis que d'autres institutions sont davantage préservées par le phénomène. Ce contraste permet en outre de mettre en lumière que les règles spéciales matérielles ne reposent pas toutes sur des justifications d'opportunité satisfaisantes ; celles pour lesquelles une telle justification fait défaut pourraient opportunément faire l'objet d'une abrogation. Dans les relations entre droit commun matériel et droit spécial matériel, s'il est certain que le premier ne prime pas, le second est en revanche partagé entre la primauté pure et simple et l'option avec le droit commun matériel, sans qu'aucune des deux solutions ne s'impose toujours avec certitude – sauf texte. Le droit spécial matériel est généralement interprété strictement par la jurisprudence – les cas inverses faisant figure d'anomalies –, ce qui ouvre le champ, hors des cas qu'il réglemente, au droit commun matériel. Ce dernier s'épanouit alors dans sa vocation subsidiaire, laquelle fonctionne généralement bien, hors quelques hypothèses qui appellent des évolutions du droit positif.

CONCLUSION

835. **Rappel de l'objectif de l'étude et démarche de la conclusion.** Ce travail a été l'occasion de faire des observations sur le droit commun, avant tout parce que la notion apparaît si centrale, si rayonnante, si prégnante, que les juristes ne semblent pouvoir s'en désintéresser et parce que, pour des raisons de sécurité juridique, le flou qui pouvait sembler l'entourer n'est pas compatible avec son omniprésence dans les textes, les décisions de justice et plus généralement le discours juridique. En raison de l'ampleur du sujet, il ne s'est néanmoins agi que d'une contribution, d'une ébauche – d'un simple *essai*. Les conclusions de l'étude peuvent être succinctement reprises à travers la question de la *consistance* du concept de droit commun (I), avant d'ouvrir le propos par de brefs développements sur son *importance* (II).

I. Reprise : la consistance du droit commun

836. **Synthèse.** Dans les utilisations qui en sont faites par le droit positif, le concept de droit commun renvoie, selon les cas, à l'une ou à l'autre de ses deux applications : droit commun territorial ou droit commun matériel. Cette distinction est apparue centrale, parce qu'elle est une véritable *summa divisio* et parce que les règles qui répondent à la qualification « droit commun territorial » se distinguent de celles qui répondent à la qualification « droit commun matériel ». La partie préliminaire a permis de dégager la définition du concept ainsi qu'une grille permettant l'étude de ses deux applications ; les deux parties ont mis en lumière, en droit français, l'existence des deux applications précitées et ont permis d'en étudier la teneur et le fonctionnement à travers la grille d'analyse dégagée.

837. **Définition du droit commun.** La définition du droit commun, avant tout, est apparue relativement simple, par-delà les controverses et incertitudes qui purent conduire à l'assimiler à d'autres notions ou à sa seule fonction subsidiaire. Référence à une structure davantage qu'à une substance, le droit commun est le concept *sui generis* composé, pour une institution donnée, des *règles juridiques dont le domaine d'application est indéfini*. En effet, le droit commun est du *droit*, composé de règles juridiques positives ; et le droit commun est *commun*, ce qui se manifeste techniquement par un domaine d'application indéfini des règles qui répondent à cette qualification. Cette dernière propriété commande la vocation subsidiaire du droit commun : son applicabilité à défaut de toute autre règle applicable est obligatoire et doit être respectée sous peine de violation par refus d'application.

Cette définition a conduit à constater l'inadéquation d'un certain nombre d'assimilations entre le droit commun et d'autres notions. D'une part, le droit commun ne peut être assimilé à la théorie générale, au droit naturel, ou encore au droit romain du point de vue du droit français : ces notions manquent de la *juridicité positive* (premier élément constitutif du droit commun).

D'autre part, le droit commun ne peut être assimilé au code civil, au droit civil, au droit privé, au droit « courant », ou même au droit de source internationale : ces notions manquent de la *généralité absolue* (deuxième élément constitutif du droit commun).

Pour sa praticabilité, cette définition a pu être concrétisée sur deux points. D'une part, le droit commun est apparu comme un concept *relatif*. Jamais appliqué dans l'absolu, il apparaît toujours comme le droit commun *d'une institution juridique* donnée (comme « le droit commun de » plutôt que comme « le droit commun tout court ») : la prescription extinctive, le cautionnement, la responsabilité civile, les délits, le contrat, la vente, etc. D'autre part, de la définition du droit commun – pour une institution donnée, les règles juridiques dont le domaine d'application est indéfini –, se dégagent deux applications, selon la fraction du domaine d'application concernée : le droit commun territorial (qui renvoie au domaine d'application *ratione loci*) et le droit commun matériel (qui renvoie au domaine d'application *ratione materiae* et *personae*). Ces deux applications, clef de voûte du concept, ont, partant, constitué la charpente de cette étude.

838. Première application : le droit commun territorial. Le droit commun territorial renvoie, pour une institution donnée, aux règles juridiques dont le domaine d'application *ratione loci* est indéfini. Historiquement premier, il est en outre toujours présent en droit français contemporain. C'est par exemple à celui-ci que renvoie l'article 1393, alinéa 2, du code civil, qui vise, pour les régimes matrimoniaux, le « droit commun de la France », l'article 2509 du même code pour les droits réels immobiliers, ou le nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République dégagé par le Conseil constitutionnel en 2011. Quelle que soit l'institution étudiée, des *tendances convergentes* peuvent être dégagées.

Des tendances convergentes dans l'existence. Le droit commun territorial fut recherché pour remédier à l'éclatement de l'ancien droit en une multiplicité de droits locaux. Proposé par les juristes à travers les théories du *jus commune* romano-canonique et du *droit commun coutumier*, construit par les ordonnances et édits royaux tout au long de l'Ancien Régime – notamment les grandes ordonnances de Louis XIV et de Louis XV –, définitivement affirmé durant la période révolutionnaire²⁵⁴² puis par les codes²⁵⁴³, le « droit commun de la France » reste vigoureux aujourd'hui : en témoignent les nombreuses règles qui, pour de nombreuses institutions, sont applicables à tout le territoire national, ainsi que les applications qu'en fait la jurisprudence²⁵⁴⁴. Contrairement à ce qui put être soutenu, le droit commun territorial n'appartient donc pas au passé : pour de nombreuses institutions, les codifications en ont figé l'apogée depuis le début du XIX^e siècle.

Des tendances convergentes dans l'effectivité. Le droit commun territorial coexiste avec des règles spéciales territoriales – limitées dans leur application à une fraction du territoire – qui, si elles

²⁵⁴² Cf. la formule du titre 1^{er}, dernier alinéa, de la Constitution du 3 septembre 1791 : il sera établi « un code des lois civiles communes à tout le royaume ».

²⁵⁴³ V. not. la formule de l'ancien article 1^{er} du code civil (« les lois sont exécutoires dans tout le territoire français ») ou à celle, inchangée, de l'article 1393 précité du même code.

²⁵⁴⁴ V. par ex. Cons. const. 5 août 2011, n° 2011-157 QPC, ou Civ. 1^{re}, 10 mai 2007, n° 05-12.140, *Bull. civ.* I, n° 181.

furent majoritairement supprimées au moment de l'édition des codes²⁵⁴⁵, se sont multipliées depuis lors : à l'exemple déjà ancien de l'Alsace-Moselle s'ajoutent les règles spéciales à l'outre-mer et les règles spéciales à une fraction du territoire hors de ces cadres particuliers. Preuve de l'importance du phénomène : le Conseil constitutionnel a figé cette coexistence des deux corps de règles dans un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République. La prise d'ampleur du phénomène peut amener à s'interroger sur la légitimité des règles spéciales territoriales, à « faire le tri » entre celles qui peuvent trouver une justification d'opportunité satisfaisante et celles qui le peuvent plus difficilement, et à s'interroger sur le maintien d'un certain nombre d'entre elles. La régulation des rapports entre droit commun territorial et droit spécial territorial apparaît souvent chaotique : à côté de rapports majoritairement régis par des règles de conflit de type savignien entre le droit commun territorial et le droit spécial d'Alsace-Moselle (loi du 24 juillet 1921), existent des rapports entre ce même droit commun territorial et le droit spécial d'outre-mer régis par des règles qui, quoiqu'éparses et difficiles à systématiser, semblent inspirées des solutions de l'adage *specialia generalibus derogant* et conduisent à la primauté du droit spécial et à l'application subsidiaire du droit commun (par exemple, article 1^{er}, alinéa 3, de l'ordonnance du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte, ou encore article 2509 du code civil), mais trop implicitement affirmées. S'y ajoutent des options ponctuelles ménagées par le législateur (par exemple, article 1^{er}, alinéa 4, de l'ordonnance du 3 juin 2010 précitée) ainsi que des rapports parfois régis par une logique hiérarchique. Peut-être, lorsque les deux corps de règles ont la même valeur dans la hiérarchie des normes, y aurait-il lieu de plaider pour l'affirmation plus claire de ces solutions : primauté du droit spécial territorial, subsidiarité du droit commun territorial²⁵⁴⁶, tout en ménageant la possibilité d'une option entre les deux corps de règles lorsque le législateur l'estime opportun.

839. **Deuxième application : le droit commun matériel.** Le droit commun matériel renvoie, pour une institution donnée, aux règles juridiques dont le domaine d'application *ratione materiae* et *personae* est indéfini. C'est l'application la plus fréquente en droit positif contemporain. C'est à celui-ci que font notamment référence la section qui contient les articles 2333 du code civil, intitulée « du droit commun du gage », ou encore l'article L. 133-1 du code de justice administrative qui fixe la compétence des tribunaux administratifs. Son étude met en lumière, en fonction des institutions, des *tendances contraires*.

Des tendances contraires dans l'existence. L'existence du droit commun matériel varie selon les institutions concernées : si, par exemple, celui des successions est satisfaisant, celui des sûretés apparaît inexistant, alors qu'il pourrait opportunément comporter un certain nombre de principes généraux ; à côté, d'autres institutions pâtissent d'un droit commun matériel incomplet – notamment, au droit commun matériel de la prescription acquisitive manque un délai, et à celui de la prescription extinctive font défaut un délai et un point de départ. Faute de droit commun matériel, des hypothèses de carence se présentent : certaines situations se trouvent hors de toute prévision du droit – par exemple, à quel délai soumettre la prescription acquisitive de la mitoyenneté, ou de la propriété d'un meuble possédé de mauvaise foi ? Des remèdes existent

²⁵⁴⁵ Pour la matière civile, par exemple, par l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII.

²⁵⁴⁶ Sur le modèle, par exemple, de l'article 2509 du code civil.

mais, incertains dans leur portée – c’est le cas des renvois textuels d’une institution à une autre, notamment celui consacré par l’article 2355, alinéa 5, du code civil pour le nantissement –, lorsqu’ils ne sont pas facultatifs et ne dépendent pas de la seule décision du juge – c’est le cas du recours à l’analogie jurisprudentielle ou du raisonnement *a contrario* –, ces remèdes sont instables.

Des tendances contraires dans l’effectivité. Puissant ou inexistant, le droit commun matériel coexiste avec un certain nombre de règles spéciales matérielles ; ici encore, l’ampleur du phénomène varie, entre des institutions envahies (par exemple prescription extinctive, gage, responsabilité civile) et d’autres plus préservées (notamment successions ou prescription acquisitive). Le développement du phénomène peut, ici aussi, amener à s’interroger sur la légitimité de ces règles spéciales matérielles – parfois qualifiées de « nouveaux privilèges » – et à faire le tri entre celles qui trouvent une justification d’opportunité satisfaisante et les autres. Quant aux rapports entre droit commun matériel et droit spécial matériel, si la subsidiarité du premier apparaît relativement bien respectée par la jurisprudence, de même que, pour l’essentiel, l’interprétation stricte du droit spécial matériel en présence de droit commun matériel, des hésitations demeurent parfois entre primauté du droit spécial matériel et option avec le droit commun matériel – l’atteste, en 2013 et 2014, l’épisode du gage sur les stocks. Faute de texte, aucune solution n’apparaît techniquement obligatoire ; c’est pourquoi, *de lege ferenda* et pour restaurer la prévisibilité, une règle de conflit pourrait prévoir, en cas d’égalité dans la hiérarchie des normes, la primauté du droit spécial matériel, sauf pour le législateur à pouvoir octroyer ponctuellement des options lorsqu’il l’estimerait légitime et opportun.

II. Ouverture : l’importance du droit commun

840. **Un concept fondamental.** Le constat s’impose à ce stade : le droit commun est un concept fondamental. Pour reprendre les conclusions de l’étude sous un autre jour, l’importance du droit commun tient à ce qu’il est à la fois un instrument d’unité (A) et un instrument de secours (B).

A. Un instrument d’unité

841. **L’instrument d’un droit unifié.** Quel que soit le système juridique considéré ou l’institution concernée, le droit commun, s’il n’est pas nécessairement porteur de *valeurs universelles*²⁵⁴⁷, apparaît néanmoins toujours comme l’instrument d’un droit d’unité²⁵⁴⁸ : cela relève

²⁵⁴⁷ La technique du droit commun, qui fait appel à la *forme*, à la *structure*, ne préjuge pas de cette question, liée au fond des solutions consacrées. Dabin le résume : « il faut se rendre compte que l’idée de droit commun uniforme recèle une illusion. On se figure que ce droit commun devrait donner satisfaction à tous parce qu’il serait construit sur le seul type, commun à tous, de l’homme et du citoyen. En fait, l’histoire démontre que ce droit commun prétendument étranger et supérieur à toute catégorie est toujours posé d’après le type d’une catégorie plus ou moins déterminée » (« Droit de classe et droit commun. Quelques réflexions critiques », in *Mélanges É. Lambert*, t. 3, Sirey-LGDJ, 1938, p. 66 s., spéc. p. 75) ; rapp. J. Carbonnier, « Le Code civil », in *Les Lieux de mémoire*, t. 1, dir. P. Nora, Paris, Gallimard, éd. 2008, p. 1331 s., spéc. p. 1343. Par exemple, pour les régimes matrimoniaux, c’est « la communauté du Nord » qui est « devenue, entre époux, droit commun de la France » (G. Cornu, « L’unité du Code civil », *Droits* 2005, n° 42, p. 147 s., spéc. p. 149). Simplement, par sa généralité absolue, le droit commun a *vocation* à

de l'essence même du concept, tourné vers la généralité absolue des règles juridiques qui le composent. Instrument d'unité, le droit commun l'est dans ses deux applications : le droit commun territorial s'applique *partout*²⁵⁴⁹ ; le droit commun matériel s'applique *pour tous et pour tout*²⁵⁵⁰. Ce rôle fait du droit commun un instrument fondamental, dans le double sens de fondateur et d'essentiel, des sociétés organisées en systèmes juridiques. Le droit commun serait un de ces symboles qui rassemblent et constituerait l'une de ces *références communes* visées par le professeur Supiot²⁵⁵¹. Il tempère en outre la complexité du droit et en facilite la pratique et l'accessibilité²⁵⁵² : « quelques règles communes sont souvent plus intelligibles qu'une réglementation spéciale surabondante »²⁵⁵³. Derrière ces questions, c'est la sécurité juridique qui point²⁵⁵⁴, ce que le souvenir d'un ancien droit miné par le morcellement – ici décrit par Chabot de

universaliser les valeurs qu'il porte (il est en ce sens une « stratégie d'universalisation » – sur ce concept, P. Bourdieu, *Méditations pascaliennes*, éd. revue et corrigée, Seuil, 2003, p. 176 s., « L'universalité des stratégies d'universalisation »), et qui doivent faire l'objet du débat démocratique ; il est, en quelque sorte, l'expression et le résultat d'un vouloir vivre collectif qui fonde les sociétés. C'est une autre question, qui dépasse, de loin, l'objet et le cadre du présent travail. *Adde*, de manière générale, R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit*, LGDJ, 2013, n° 114 s.

²⁵⁴⁸ Le droit commun compense un « pluralisme juridique très complexe (*ratione loci, ratione personae et ratione materiae*) » (B. Oppetit, « Droit commun et droit européen », in *Mélanges Y. Lousouarn*, Dalloz, 1994, p. 311 s., spéc. p. 312). Rappr. *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, V° « Droit commun », par J.-L. Thireau, PUF, 2003, p. 445 : le droit commun constitue le meilleur « remède à l'émiettement du droit qu'entraîne la prolifération anarchique de normes spécialisées ». *Adde* C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *RDA* n° 7, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 2 : « un instrument d'unification politique ». V. aussi S. Mauclair, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse Orléans, 2011, n° 9, qui note que le droit commun fut en France, à partir du XVI^e siècle, « un instrument d'unification politique ».

²⁵⁴⁹ Conséquence de cette propriété, là où il est développé, il permet d'éviter nombre d'inconvénients pratiques. Comp. la situation actuelle du droit commun territorial en France et celle des États-Unis d'Amérique, où le droit commun territorial est inexistant pour de nombreuses institutions juridiques : la deuxième situation favorise la complexité et constitue notamment « la terre d'élection des conflits de lois » (R. Badinter, *Les conflits de lois en matière de responsabilité civile dans le droit des États-Unis*, thèse Paris, 1952, p. 89) – situation pathologique que le droit commun territorial permet, dans une large mesure, d'éviter. L'ancien droit français connaissait à peu de choses près une situation de complexité comparable (pour le rapprochement, v. R. Badinter, *op. cit.*, p. 89-90).

²⁵⁵⁰ En conséquence, là où il prospère, il assure « une certaine cohésion » (C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 4, p. 7) au sein de l'institution qu'il régit. Pour un même constat quant au droit des contrats, v. not. N. Molfessis, « Remarques sur la doctrine en droit des contrats », *RDA* n° 3, févr. 2011, p. 51 s., spéc. n° 3 : « on pourrait craindre que le droit des contrats ne soit en train de devenir matière de spécialistes. Il n'aurait assurément rien à y gagner. Parce qu'il se veut tronc commun, il ne saurait être ignoré de ceux qui poursuivent le chemin vers une spécialité. Plus, il s'y perdrait lui-même : lorsque tout relèvera des contrats spéciaux, le droit des contrats aura disparu et, avec lui, les notions, concepts, techniques qui font le juriste et permettent de le distinguer de celui qui, confondant savoir et connaissance, raisonnements et recettes, voit dans la solution ce qui fait le droit et non ce qui en procède ».

²⁵⁵¹ A. Supiot, *Homo juridicus - Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, 2005, p. 15 : « faute de Référence commune qui garantisse à chacun un sens et une place, chacun est pris au piège de l'autoréférence et n'a le choix qu'entre la solitude et la violence ».

²⁵⁵² Dans le même sens, C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 293 : « en encourageant la cohérence du droit des contrats, les règles communes en favorisent la bonne compréhension par les sujets de droit », « alors que la prolifération des règles spéciales les rend opaques et indigestes pour un corps social incapable de les assimiler ». V. aussi M. Delmas-Marty, « Pour un droit commun », *D.* 1995, chron. p. 1 s., spéc. p. 2 : « un droit commun c'est d'abord un droit accessible à tous ».

²⁵⁵³ C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 293, note 51. V. aussi N. Molfessis, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », in *Sécurité juridique et complexité du droit*, Conseil d'État, études et documents n° 57, Documentation française, 2006, p. 391 s., spéc. n° 15, p. 397-398. *Adde* H. Batiffol, « Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique », in *Mélanges G. Marty*, PU Toulouse, 1978, p. 35 s., spéc. p. 44.

²⁵⁵⁴ V. not. le rapport public du Conseil d'État pour 1991, *De la sécurité juridique*, n° 43, Documentation française, 1991, p. 20. V. aussi T. Piazzon, *La sécurité juridique*, Defrénois, 2009, n° 126, p. 225. Rappr. par ex., pour les contrats, la critique qui est faite de la spécialisation de ce point de vue : « les contrats se diversifient et se spécialisent », si bien que « l'on ne sait plus très bien quelles sont les règles qu'il faut leur appliquer » (F. Collart Dutilleul et

l'Allier pour les successions – permet par contraste de garder à l'esprit : « il en était résulté une législation si compliquée, si obscure et si difficile, qu'elle était une source continuelle de querelles et de procès [...], de controverses et de débats entre les jurisconsultes, et de décisions souvent contraires de la part des tribunaux »²⁵⁵⁵. La technique du droit commun, instrument d'unité, apparaît fondamentale pour ces raisons. La formule du professeur Delmas-Marty prend ici toute sa substance : « à voir la profusion de normes qui brouille notre image de l'ordre juridique, nous éprouvons le besoin d'un droit commun »²⁵⁵⁶.

842. **Le besoin d'un regard critique sur l'émiettement du droit.** C'est pourquoi, sans accabler le droit spécial dans son ensemble²⁵⁵⁷, ne pourrait-on pas songer à s'interroger sur l'opportunité d'un phénomène qui prend une ampleur pour ainsi dire inédite²⁵⁵⁸ ? Pour le droit français à tout le moins, les règles spéciales – qu'elles soient territoriales ou matérielles – vont contre une unité caractéristique d'un modèle politique et juridique plusieurs fois centenaire tourné vers l'universalisme²⁵⁵⁹. D'autant que, ainsi que put le relever le professeur Chazal, cette « segmentation du droit ne découle nullement de la nature des choses, n'est pas le calque des brisures de la réalité sociale. Il s'agit d'une construction intellectuelle qui, si elle repose plus ou moins sur des considérations techniques et des besoins pratiques, n'est pas une nécessité »²⁵⁶⁰. En effet, « certes, la spécialisation est une conséquence de la complexité du droit et de la société ; mais cette inévitable évolution doit être combattue, du moins quant à l'ampleur de ses effets, au lieu d'être complaisamment accueillie comme une marque de compétence »²⁵⁶¹. C'est un des grands défis qui se dessine aujourd'hui : émettre un *regard critique* – mais objectif²⁵⁶² – sur

Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., 2011, n° 1, p. 1 et p. 2). Rappr. *Sécurité juridique et complexité du droit*, Conseil d'État, études et documents n° 57, Documentation française, 2006 (p. 229 s.).

²⁵⁵⁵ G.-A. Chabot de l'Allier, *Commentaire sur la loi des successions*, t. 1, nouv. éd. par M. Bellost-Jolimont, Pelissonnier, 1839, p. 97 ; « une législation composée d'ailleurs d'une foule de systèmes si divers, [...] soumis, dans chaque localité, à des règles si différentes entre elles, qu'il n'y avait pas deux provinces où l'on succédât de la même manière ; une législation enfin qui, dans presque tous les cas, violait ouvertement, et l'ordre de la nature, et les affections légitimes du défunt, et les principes de la justice et de l'égalité, et les intérêts mêmes de la société, puisqu'elle appelait les parents éloignés au préjudice des plus proches, qu'entre ceux qui étaient au même degré elle distribuait les biens de la manière la plus inégale, et qu'à chaque succession, [...] elle appelait une foule d'héritiers » (*ibid.*).

²⁵⁵⁶ M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 7. Rappr. F. Pollaud-Dulian, « De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires », *RTD com.* 1997, p. 349 s.

²⁵⁵⁷ Qui démontre souvent son utilité, jusqu'à, d'ailleurs, parfois offrir une irremplaçable complémentarité avec le droit commun (v. *supra*, et *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, PUF, 2003, V° « Droit commun », par J.-L. Thireau, p. 445 s., spéc. p. 446).

²⁵⁵⁸ Rappr. A. Supiot, *Homo juridicus - Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, 2005, p. 12 : « toute la difficulté des sociétés modernes est justement de devoir penser et vivre l'égalité sans nier les différences ». La réponse hégélienne – qui, devant les montagnes, s'exclamait « c'est ainsi ! » –, ne saurait suffire ; dans certaines circonstances – dont celles-ci ne sont pas –, elle pourrait revêtir « la valeur d'une complicité criminelle » (P. Bourdieu, *Leçon sur la leçon*, Paris, Minuit, 1982 [réimpr. 2012], p. 19).

²⁵⁵⁹ Carbonnier y voyait des « fêlures » qu'il qualifiait de sérieuses (« Le Code civil », in *Les Lieux de mémoire*, t. 1, dir. P. Nora, Paris, Gallimard, éd. 2008, p. 1331 s., spéc. p. 1342). V. *supra*, n° 402 et n° 725.

²⁵⁶⁰ J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 s., spéc. p. 300 (et : « la constitution d'un droit spécial est souvent un argument rhétorique au soutien du choix de solutions juridiques particulières » [*ibid.*]). Adde A. Leca, *Le Code était presque parfait - Introduction historique au droit*, 1^{re} éd., LexisNexis, 2013, n° 211 : « les données de fait ne dictent aucun choix ».

²⁵⁶¹ J.-P. Chazal, art. préc., spéc. p. 302.

²⁵⁶² Rappr. P. Bourdieu, *Leçon sur la leçon*, Minuit, 1982 (réimpr. 2012), p. 24, qui rappelle « la nécessité, pour triompher scientifiquement, d'utiliser les armes de la science et celles-là seulement » (v. aussi *Science de la science et réflexivité*, Raisons d'agir, 2001). Sans connotation négative, ce regard critique s'entend d'un examen en vue d'une appréciation du droit positif.

l'émiettement inconsideré dont souffre le droit contemporain, et qui se manifeste par des règles spéciales devenues étouffantes²⁵⁶³. Il ne tient qu'aux pouvoirs publics de lancer ce chantier, qui apparaît prioritaire pour la sauvegarde d'un pacte démocratique parfois maltraité par l'octroi trop facile de particularismes trop nombreux, lesquels prennent souvent à l'intérêt général ce qu'ils donnent aux intérêts particuliers ; il ne s'agirait pas tant d'une question de pouvoir que d'une question de volonté et de conscience politique²⁵⁶⁴.

B. Un instrument résiduel

843. **Un instrument de secours.** Empreints de sagesse, les mots de Portalis continuent de résonner comme une évidence : « tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre »²⁵⁶⁵. Le droit commun se présente pourtant comme l'instrument le mieux à même de limiter les conséquences néfastes de ce constat : parce que son domaine d'application indéfini lui permet d'appréhender toutes les situations susceptibles de se présenter, il est un instrument *résiduel*²⁵⁶⁶. Par la vocation subsidiaire générale qui découle de ses propriétés, le droit commun est en effet là *en dernier lieu* ; il prévient le spectre du « vide juridique » en offrant, quoi qu'il arrive, une pré-vision, une réponse préétablie aux questions qui se poseront²⁵⁶⁷. Ainsi que l'écrit

²⁵⁶³ Se pose alors la question de la méthode selon laquelle procéder. Pour chaque règle spéciale, il pourrait être recherché si son existence répond à une nécessité en termes de technique juridique, ou à un besoin en termes de politique juridique – sans tomber dans l'excès de leur critique aveugle, ou dans celui, inverse, de leur légitimation en bloc. La méthode est soufflée par le doyen Batiffol : « s'il est admissible qu'à faits différents, règles différentes, encore faut-il justifier d'un lien entre la distinction si réelle soit-elle, et la conséquence légale qui en est tirée » (*Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p. 172). Une règle spéciale ne serait vraiment opportune que s'il existe un lien convaincant entre le présumé et l'effet juridique (par exemple, la règle selon laquelle la constitution d'un privilège sur les meubles du débiteur serait réservée aux créanciers dont les yeux seraient bleus, pour laquelle aucun lien satisfaisant ne peut être trouvé entre la cause et l'effet – aucune circonstance, ni technique, ni d'opportunité, n'impose ce traitement de faveur –, ne serait pas justifiée).

²⁵⁶⁴ Dans tous les cas en effet, on peut le rappeler, le « choix entre droit commun et droit spécial [...] incombe à l'État » (J. Dabin, « Droit et politique », in *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 183 s., spéc. p. 194). Dans des lettres datées du mois de juillet 1340, le roi Philippe VI affirmait déjà en germe : « l'autorité royale en concédant des privilèges, ne lie jamais sa pleine puissance que dans la mesure où cela convient et où il est possible de les modifier et même révoquer en fonction des circonstances de temps et de lieu quand elle le juge bon » (« *attendentes quod regalis auctoritas nunquam in concedendis privilegiis sic sue plenitudinem potestatis astringit quin circa ea cum decet et expedit locorum et temporum qualitate pensata valeat immutare vel etiam revocare* ») : S. Petit-Renaud, « Le roi, les légistes et le parlement de Paris aux XIV^e et XV^e siècles : contradictions dans la perception du pouvoir de “faire loy” ? », *Cahiers de recherches médiévales et humanistes* 2000 (t. 7), *Droits et pouvoirs*, spéc. n° 21 ; v. aussi *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, V^o « Privilège », par F. Saint-Bonnet, Lamy-PUF, 2003, p. 1209 s., spéc. p. 1211. Adde G. Ripert : sur ce phénomène, les juristes « disent entre eux : il est temps que cela finisse et qu'on revienne au droit commun. Pendant qu'ils gémissent sur l'éclipse des grands principes, ces lois exceptionnelles augmentent en nombre et en importance ; elles gouvernent toute la vie civile » (*Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, n° 17, p. 34).

²⁵⁶⁵ J.-É.-M. Portalis, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Confluences, 1999, p. 17. Adde C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 287.

²⁵⁶⁶ Rappr. F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., 2011, n° 5. Cette fonction est si fondamentale que certains auteurs ont pu y voir « la première des utilités des règles communes » (C. Goldie-Genicon, *op. cit.*, n° 287).

²⁵⁶⁷ V. C. Goldie-Genicon, *op. cit.*, n° 288 : le droit commun « éloign[e] de notre système le spectre du vide juridique » ; M. Poumarède, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, n° 314 s. et 319 s. ; F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 s., spéc. p. 940 et « De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires », *RTD com.* 1997, p. 349 s. Rappr. J.-L. Gardies, « En quel sens un droit, un système de dispositions juridiques peut-il être dit complet ? », in *APD* 1979, t. 24, p. 285 s., spéc. p. 285-286 : « un ensemble de règles juridiques est complet si et seulement si tous les cas qui peuvent se présenter dans la réalité entrent dans le cadre des dispositions prévues ».

Madame Goldie-Genicon, « c'est là toute la puissance d'un droit commun dont le rayonnement le rend apte à saisir l'imprévisible »²⁵⁶⁸. Cette vocation est fondamentale, tant tout régime spécial, quel qu'il soit, apparaît presque toujours et partout incomplet²⁵⁶⁹. François Grua le résumait : « aucune matière ne peut être régie uniquement par des règles spéciales. Subsistent toujours des vides et des silences qu'il faut combler au moyen de règles générales. D'où l'indispensable recours au droit commun, droit de superposition [...]. Si le droit commun conserve un certain empire dans les domaines particuliers, quelque originaux qu'ils soient, ce n'est pas à cause d'un lien de filiation, mais pour une raison technique : le besoin de combler les vides en se raccrochant à des règles plus hautes. Plutôt que de tronc, le droit commun fait figure de deuxième jambe dont chaque domaine du droit a besoin pour tenir debout. »²⁵⁷⁰ Le droit commun se présente ainsi comme un irremplaçable instrument de secours²⁵⁷¹.

844. **Un instrument d'économie normative.** Autre conséquence de son domaine d'application indéfini, le droit commun évite les répétitions inutiles : il est un instrument d'économie normative. Peut-être s'agit-il même de la technique d'économie normative par excellence²⁵⁷² : sans lui, « chacun des régimes spéciaux serait tenu de reproduire ce qui relève aujourd'hui du socle commun »²⁵⁷³ ; ce qui est dit une fois pour le tout n'a pas à être répété pour chaque partie du tout, c'est-à-dire pour chaque cas spécifique qui entre dans le domaine de la règle de droit commun. Il permet « une singulière économie de moyens »²⁵⁷⁴, en même temps qu'il peut aussi poser des principes que des règles spéciales appliqueront²⁵⁷⁵ : la technique permet la « prévention contre les détails inutiles »²⁵⁷⁶.

845. **Point final ?** « En toute chose il faut considérer la fin », rappelait le fabuliste²⁵⁷⁷. Que retenir, au bout du chemin ? Peut-être cette idée élémentaire : le droit commun est un instrument fondamental, loin d'être la technique moribonde et incertaine que l'on en ferait

²⁵⁶⁸ C. Goldie-Genicon, *op. et loc. cit.*

²⁵⁶⁹ Grua l'avait déjà relevé, qui notait que, quelle que soit la situation, « subsistent toujours des vides et des silences qu'il faut combler au moyen de règles générales » (« Les divisions du droit », *RTD civ.* 1993, p. 59 s., spéc. n° 10). V. not., pour les contrats, C. Goldie-Genicon, *op. et loc. cit.*, qui estime que « les régimes particuliers attachés aux contrats spéciaux sont incomplets », et qui donne notamment les exemples du contrat d'entreprise, du contrat de vente et du contrat d'assurance (v. aussi n° 290). *Adde* J. Stoufflet, « Le particularisme des contrats bancaires », in *Mélanges A. Jauffret*, Aix-en-Provence, 1974, p. 635 s., spéc. p. 635 : « régler directement des situations concrètes, c'est se condamner à ne faire qu'une œuvre contingente et presque inévitablement incomplète ».

²⁵⁷⁰ F. Grua, « Les divisions du droit », *RTD civ.* 1993, p. 59 s., n° 10 (v. aussi n° 26 pour un exemple).

²⁵⁷¹ Dans le même sens, C. Goldie-Genicon, *op. cit.*, n° 290, qui évoque « le secours des dispositions communes ».

²⁵⁷² Pour une comparaison de la technique du droit commun avec celle de la législation par référence, v. *supra*, n° 612 et la note.

²⁵⁷³ C. Goldie-Genicon, *op. cit.*, n° 291. Parmi d'autres, la situation qui résulte, pour les sûretés réelles, de l'absence de droit commun matériel, l'illustre : notamment, l'option entre attribution judiciaire et exécution d'un pacte commissaire est posée, en des termes quasi identiques, par une pluralité de règles spéciales (gage de meubles corporels – articles 2346 et suivants du code civil pour le gage de meubles corporels, 2365 pour le nantissement de créance, 2388 pour le gage immobilier, ou encore 2358 et 2359 pour l'hypothèque conventionnelle).

²⁵⁷⁴ C. Goldie-Genicon, *op. et loc. cit.*

²⁵⁷⁵ Rappr. N. Molfessis, « Remarques sur la doctrine en droit des contrats », *RDA* n° 3, févr. 2011, p. 51 s., spéc. n° 3.

²⁵⁷⁶ C. Goldie-Genicon, *op. cit.*, n° 287 (v. aussi n° 291). V. aussi H. Lécuyer, *La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille*, thèse Paris II, 1993, n° 436, p. 585 : « le droit commun est facteur naturel d'économie ». *Adde* D. Rémy, *Légistique - L'art de faire les lois*, Romillat, 1994, n° 295 : le droit commun prévient la « marée normative ».

²⁵⁷⁷ J. de La Fontaine, « Le renard et le bouc », in *Œuvres complètes*, t. 1, *Fables et contes*, livre III, Gallimard, 1987, « La Pléiade », p. 77.

parfois volontiers. Sans défendre à l'excès les idées d'uniformité du droit – qui, put-on lire sous la plume de Montesquieu, « saisissent quelquefois les grands esprits [...], mais qui frappent infailliblement les petits »²⁵⁷⁸ –, il faut constater que le droit commun est un concept structurant, aux fondements de l'organisation juridique. Telles sont peut-être les raisons pour lesquelles certains purent estimer que « quoi que l'on fasse – ou quoi que l'on veuille – une large dose de droit commun continuera de subsister »²⁵⁷⁹. Beaucoup encore aurait sans doute mérité d'être dit ; mais le souvenir des sévères propos de Bouhier qui entamaient cette étude est suffisamment présent pour nous convaincre de ce que cet *essai* ne permet qu'une esquisse : il ne peut être qu'une imparfaite contribution, qui appelle des compléments et des retouches²⁵⁸⁰. Peut-être souhaitons-nous simplement avoir contribué à tempérer un peu le constat de départ : qu'en est-il de l'impression initiale selon laquelle le sujet devrait nécessairement être pensé dans « un abîme d'incertitudes, de questionnement et d'inachèvement »²⁵⁸¹ ? Nous espérons avoir contribué à montrer que, dépouillé des incertitudes qui l'entourent parfois, le droit commun est un concept praticable, indispensable même, étendard d'un droit accessible et sûr. Et si « on ne vient pas plus à bout de son sujet qu'un bateau, lorsqu'il traverse l'océan, ne vient à bout de l'eau »²⁵⁸², être parvenu à si bon port serait une intense satisfaction : apporter « une vision des choses anciennes sous un angle nouveau » n'est-il pas déjà, selon les termes du doyen Carbonnier, « un beau résultat »²⁵⁸³ ? Pour le reste, assurément, la présente étude ne mettra pas *sur le droit commun* un point final.

²⁵⁷⁸ Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, livre XXIX, chap. XVIII, « Des idées d'uniformité », in *Œuvres complètes*, t. 2, Gallimard, 1976, « La Pléiade », p. 882.

²⁵⁷⁹ J. Dabin, « Droit de classe et droit commun. Quelques réflexions critiques », in *Mélanges É. Lambert*, t. 3, Sirey-LGDJ, 1938, p. 66 s., spéc. p. 79.

²⁵⁸⁰ Rapp. M. Weber, *Le savant et le politique* (1919), trad. J. Freund, Plon, « 10/18 », éd. 1963, préf. R. Aron, p. 87-88 : « toute œuvre scientifique “achevée” n'a de sens que celui de faire naître de nouvelles “questions” : elle demande donc à être “dépassée” [...]. Nous ne pouvons accomplir un travail sans en même temps espérer que d'autres iront plus loin que nous. En principe ce progrès se prolonge à l'infini ». Le droit contemporain évolue en outre si vite que les informations devraient constamment être complétées, adaptées, amendées : v. déjà R. Savatier, « Droit privé et droit public », *D.* 1946, chron. VII, p. 25 s., *in limine* (« le caractère à la fois passionnant et décevant de la tâche des juristes vient de ce que le droit est sans cesse à reconstruire »).

²⁵⁸¹ J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 s., spéc. p. 309.

²⁵⁸² L. Hohl, *Notes - Ou de la réconciliation non-prématurée*, trad. É. Barilier, L'Âge d'Homme, Lausanne, 1989, p. 370.

²⁵⁸³ J. Carbonnier, « Caractères juridiques », in *Flexible droit*, 2^e éd., LGDJ, 1971, p. 231 s., spéc. p. 234.

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

I. Ouvrages généraux, traités, manuels et cours

- Accurse, *Glossa ordinaria ad Digestum vetus*, éd. Venetiis, 1499, réimpr. anast., Augustæ Taurinorum, 1968.
- Alland (D.) et Rials (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003.
- Andrieux (J.-P.), *Introduction historique au droit*, 6^e éd., Paris, Vuibert, 2011.
- Antonmattei (P.-H.) et Raynard (J.), *Droit civil - Contrat spéciaux*, 7^e éd., Paris, LexisNexis, 2013.
- Aristote, *Éthique à Nicomaque*, trad. R. Bodéüs, Paris, GF Flammarion, 2004.
- Atias (C.), *Épistémologie juridique*, 1^{re} éd., Paris, Dalloz, 2002.
- Atias (C.), *Philosophie du droit*, 2^e éd., Paris, PUF, 2004.
- Aubert (J.-L.) et Savaux (É.), *Introduction au droit*, 14^e éd., Paris, Dalloz, 2012.
- Aubry (C.) et Rau (C.), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharia*, Paris, Marchal et Billard, 4^e éd., 1869.
- Aubry (C.) et Rau (C.), *Droit civil français*, t. 12, *Preuve et prescription*, 6^e éd. par P. Esmein, Paris, Librairies techniques, 1958.
- Audit (B.) et d'Avout (L.), *Droit international privé*, 7^e éd., Paris, Economica, 2013.
- Austin (J.), *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*, 3^e éd. par R. Campbell, Londres, Murray, 1869.
- Aynès (L.) et Crocq (P.), *Les sûretés - La publicité foncière*, 7^e éd., Paris, LGDJ, 2013.
- Aynès (L.), Crocq (P.) et Delebecque (Ph.) (dir.), *Lamy droit des sûretés*, Paris, Wolters Kluwer, actu. 2010.
- Bachelier (X.) et Jobard-Bachelier (M.-N.), *La technique de cassation*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2010.
- Bart (J.), *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 2009.
- Basdevant-Gaudemet (B.) et Gaudemet (J.), *Introduction historique au droit (XIII^e-XX^e siècle)*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2010.
- Batteur (A.), *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 7^e éd., Paris, LGDJ, 2013.
- Batiffol (H.), *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956.
- Batiffol (H.), *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1979.
- Baudry-Lacantinerie (G.) et Tissier (A.), *Traité théorique et pratique de droit civil - De la prescription*, Paris, Larose : 1^e éd., 1895 ; 2^e éd., 1899 ; 3^e éd., 1905.
- Beaumanoir (Ph. de), *Coutumes de Beauvaisis* (1283), texte critique par A. Salmon, t. 1, Paris, Picard, 1899.
- Beignier (B.) et Bléry (C.) avec Thomat-Raynaud (A.-L.), *Introduction au droit*, 3^e éd., Paris, Montchrestien, 2011.
- Beignier (B.) et Bléry (C.), *Manuel d'introduction au droit*, Paris, PUF, 2004.
- Beignier (B.) et Bléry (C.) (dir.), *Travaux dirigés d'introduction au droit*, Paris, PUF, 2004.
- Benessiano (W.), *Introduction générale au droit*, Paris, Armand Colin, 2013, coll. « Coursus ».
- Bénabent (A.), *Droit civil - Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 2011.
- Bénabent (A.), *Droit civil - Les obligations*, 13^e éd., Paris, Montchrestien, 2012.
- Bénoit (F.-P.), *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968.
- Bentham (J.), *Of laws in general*, par H. L. A. Hart, Londres, Athlone, 1970.
- Bergel (J.-L.), *Méthodologie juridique*, 1^{re} éd., Paris, PUF, 2001.
- Bergel (J.-L.), *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2012.
- Blackstone (sir W.), *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769), 14^e éd. par E. Christian, Londres, Strahan, 1803.
- Bodin (J.), *Les six livres de la République* (1576), Lyon, de Tournes, 1579.
- Bonnard (J.), *Introduction au droit*, 3^e éd., Paris, Ellipses, 2004.
- Boré (J. et L.), *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, 2009, coll. « Dalloz action ».
- Bouhier (J.), *Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne*, in *Les Coutumes du Duché de Bourgogne*, Dijon, Arnauld Jean-Baptiste Auge, t. 1, 1742 et t. 2, 1746.
- Bourassin (M.), Brémond (V.) et Jobard-Bachelier (M.-N.), *Droit des sûretés*, 3^e éd., Paris, Sirey, 2012.
- Bourjon (F.), *Le Droit commun de la France et la Coutume de Paris*, 2^e éd., Paris, Grangé et Cellot, 1770, 2 t.
- Brodeau (J.), *Coutume de la prévosté et vicomté de Paris*, t. 2, 2^e éd., Paris, Foucault, 1669.
- Brun (Ph.), *Responsabilité civile extracontractuelle*, 2^e éd., Paris, Litec, 2009.
- Buffelan-Lanore (Y.) et Larribau-Terneyre (V.), *Droit civil - Les obligations*, 13^e éd., Paris, Sirey, 2012.

Bullier (A. J.), *La common law*, Paris, Dalloz, 2002, coll. « Connaissance du droit ».

Cabrillac (R.), *Droit des régimes matrimoniaux*, 8^e éd., Paris, LGDJ, 2013.

Cabrillac (R.), *Introduction générale au droit*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2011.

Cabrillac (R.), *Les codifications*, Paris, PUF, 2002.

Cabrillac (R.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, 5^e éd., Paris, LexisNexis, 2013.

Cabrillac (M.) et al., *Droit des sûretés*, 9^e éd., Paris, Litec, 2010.

Cadiet (L.) et Jeuland (E.), *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., Paris, Litec, 2011.

Cadiet (L.), Normand (J.) et Amrani-Mekki (S.), *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2010.

Carbonnier (J.), *Droit civil*, Paris, PUF, 2004, 2 t., coll. « Quadrige ».

Carbonnier (J.), *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2004, coll. « Quadrige ».

Carré de Malberg (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, CNRS, rééd. 1962.

Castaldo (A.) et Mausen (Y.), *Introduction historique au droit*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2013.

Chabot de l'Allier (G.-A.), *Commentaire sur la loi des successions*, t. 1, nouv. éd. par M. Bellost-Jolimont, Paris, Pelissonnier, 1839, 2 t.

Chapus (R.), *Droit administratif général*, 14^e éd., Paris, Montchrestien, 2000 (2 t.).

Collart Dutilleul (F.) et Delebecque (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2011.

Combacau (J.) et Sur (S.), *Droit international public*, 10^e éd., Paris, Montchrestien, 2012.

Cornu (G.), *Introduction au droit*, 13^e éd., Paris, Montchrestien, 2007.

Cornu (G.), *Introduction - Les personnes - Les biens*, 11^e éd., Paris, Montchrestien, 2003.

Cornu (G.), *Linguistique juridique*, 3^e éd., Paris, Montchrestien, 2005.

Cornu (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2013.

Cornu (G.) et Foyer (Jean), *Procédure civile*, Paris, PUF, 1996.

Couchez (G.) et Lagarde (X.), *Procédure civile*, 17^e éd., Paris, Sirey, 2014.

Courbe (P.) et Bergé (J.-S.), *Introduction générale au droit*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 2013, coll. « Mémentos ».

Dauriac (I.), *Les régimes matrimoniaux et le PACS*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2012.

David (R.), *Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain*, Paris, Economica, 1982.

David (R.) et Jauffret-Spinosi (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2002.

Demogue (R.), *Les notions fondamentales du droit privé* (1911), Paris, rééd. La Mémoire du droit, 2001.

Demogue (R.), *L'unification internationale du droit privé*, Leçons faites à la faculté de droit de l'Université de Buenos Aires, Paris, Rousseau, 1927.

Deroussin (D.), *Histoire du droit des obligations*, 2^e éd., Paris, Economica, 2012.

Deroussin (D.), *Histoire du droit privé (XVI^e-XXI^e siècle)*, Paris, Ellipses, 2010.

Deumier (P.), *Introduction générale au droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2013.

Domat (J.), *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Bailly, rééd. 1777.

Drago (R.) (dir.), *La confection de la loi*, Paris, PUF, 2005.

Dross (W.), *Droit des biens*, 1^{re} éd., Paris, Montchrestien, 2012.

Druffin-Bricca (S.) et Henry (L.-C.), *Introduction générale au droit*, 7^e éd., Paris, Gualino, 2013.

Dupeyroux (J.-J.), Borgetto (M.) et Lafore (R.), *Droit de la sécurité sociale*, 17^e éd., Paris, Dalloz, 2011.

Dupuy (P.-M.) et Kerbrat (Y.), *Droit international public*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2012.

Dworkin (R.), *Law's empire*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

Ellul (J.), *Histoire des institutions (XVI^e-XVIII^e siècle)*, Paris, PUF, 1999.

Encinas de Munagorri (R.), *Introduction générale au droit*, éd. revue et corrigée, Paris, Flammarion, 2006.

Ermini (G.), *Corso di diritto comune*, 3^e éd., Milan, Giuffrè, 1952.

Fabre-Magnan (M.), *Introduction générale au droit*, 2^e éd., Paris, PUF, 2011.

Fabre-Magnan (M.), *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., Paris, PUF, 2012, et t. 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, 2^e éd., Paris, PUF, 2010.

Fages (B.), *Droit des obligations*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2011.

Farhat (G.) et Chendeb (R.), *Introduction au droit*, 1^{re} éd., Beyrouth et Paris, Alpha et Lextenso, 2010.

Farnsworth (E. A.), *An introduction to the legal system of the United States*, 4^e éd., par S. Sheppard, Oxford University Press, 2010.

Farnsworth (E. A.), *Contracts*, 4^e éd., New York, Aspen, 2004.

- Fenet (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Paris, 1827.
- Flour (J.) et Champenois (G.), *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., Paris, Armand Colin, 2001.
- Frison-Roche (M.-A.), *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 1996, coll. « Travaux dirigés ».
- Ghestin (J.), Goubeaux (G.) et Fabre-Magnan (M.), *Traité de droit civil - Introduction générale*, Paris, LGDJ, 1994.
- Girard (P.-F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, 7^e éd., Paris, Rousseau, 1924.
- Gridel (J.-P.), *Introduction au droit et au droit français*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1994.
- Gridel (J.-P.), *Le droit - Présentation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012.
- Grimaldi (M.) (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2011.
- Grimaldi (M.), *Successions*, 6^e éd., Paris, Litec, 2001.
- Grotius (H.), *Le droit de la guerre et de la paix* (1625), trad. P. Pradier-Fodéré, Paris, PUF, 2012, coll. « Quadrige ».
- Guinchard (S.), Chainais (C.) et Ferrand (F.), *Procédure civile*, 31^e éd., Paris, Dalloz, 2012.
- Guinchard (S.) et Debard (T.) *Lexique des termes juridiques*, 20^e éd., Paris, Dalloz, 2013.
- Hage-Chahine (F.), *La contribution à la théorie générale de la prescription en droit civil*, Les cours de droit, DEA de droit privé, Paris, 1988.
- Halpérin (J.-L.), *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 1^{re} éd., Paris, PUF, 1996.
- Hegel (G. W. F.), *Leçons sur le droit naturel et la science de l'État*, trad. J.-Ph. Deranty, Paris, Vrin, 2002.
- Héron (J.) et Le Bars (T.), *Droit judiciaire privé*, 4^e éd., Paris, Montchrestien, 2010.
- Huet (J.) et *al.*, *Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2012.
- Humann (C.), *Introduction au droit*, Paris, Ellipses, 2012, coll. « Mise au point ».
- Hobbes (T.), *Léviathan* (1651), trad. F. Tricaud, Paris, Dalloz, 1999.
- Holmes (O. W., Jr.), *The common law* (1881), rééd. Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.
- Jacquet (J.-M.), Delebecque (Ph.) et Corneloup (S.), *Droit du commerce international*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2010, coll. « Précis ».
- Jouffre de la Pradelle (G. de), *Essai d'introduction au droit français*, t. 1, *Les normes*, Nanterre, Erasme, 1990.
- Jubault (C.), *Droit civil - Les successions, les libéralités*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 2010.
- Juglart (M. de), Piedelièvre (A.) et Piedelièvre (S.), *Cours de droit civil - Introduction - Personnes - Famille*, 16^e éd., Paris, Montchrestien, 2001.
- Kunz (C. L.) et Chomsky (C. L.), *Contracts - A contemporary approach*, Saint Paul, West, 2010.
- Labbé (X.), *Introduction générale au droit - Pour une approche éthique*, 4^e éd., Villeneuve d'Ascq, PU Septentrion, 2010.
- Lacoste-Marry (V.) et Politis (I.), *Introduction au droit*, Paris, Ellipses, 2007.
- Lacruz Berdejo (J. L.), *Estudios de derecho privado común y foral*, t. 1 (*parte general y reales*), t. 2 (*obligaciones y sucesiones*) et t. 3 (*familia y otros temas*), Saragosse, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, 1992-1993.
- Laforêt (E.) et Moulin (F.), *Introduction au droit*, Paris, Dunod, 2009.
- Laithier (Y.-M.), *Droit comparé*, 1^{re} éd., Paris, Dalloz, 2009.
- Larroumet (C.) et Aynès (A.), *Introduction à l'étude du droit*, 6^e éd., Paris, Economica, 2013.
- Laurent (F.), *Droit civil international*, Bruxelles, Bruylant et Paris, Maresq, 1880.
- Le Cannu (P.) et Dondero (B.), *Droit des sociétés*, 4^e éd., Paris, Montchrestien, 2012.
- Le Caron (L. Charondas), *Pandectes ou Digestes du Droit François*, Paris, Richer, 1637.
- Leclerc (F.), *Droit des contrats spéciaux*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2012.
- Legeais (D.), *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd., Paris, LGDJ, 2013.
- Legeais (R.), *Grands systèmes de droit contemporains - Approche comparative*, 2^e éd., Paris, Litec, 2008.
- Legrand (P.) et Samuel (G.), *Introduction au common law*, Paris, la Découverte, 2008, coll. « Repères ».
- Lethielleux (L.), *Introduction au droit*, 2^e éd., Paris, Gualino, 2010.
- Le Tourneau (Ph.) (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats - Régimes d'indemnisation*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2012, coll. « Dalloz action ».
- Lequette (Y.), « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI*, La Haye, Martinus Nijhoff, t. 246, 1994.
- Le Roy (É.), *Le jeu des lois - Une anthropologie « dynamique » du Droit*, Paris, LGDJ, 1999.
- Leroyer (A.-M.), *Droit des successions*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2013.

- Lévy (J.-Ph.) et Castaldo (A.), *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2010.
- Long (M.), Weil (P.), Braibant (G.), Delvolvé (P.) et Genevois (B.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 17^e éd., 2009.
- Loquin (É.), « Les règles matérielles internationales », *RCADI* t. 322, Martinus Nijhoff, 2007, p. 9 s.
- Loussouarn (Y.) et Bredin (J.-D.), *Droit du commerce international*, Paris, Sirey, 1969.
- Loisel (A.), *Institutes coutumières* (1607), 2^e éd. par E. de Laurière, Paris, Nyon, 1783, 2 t.
- Mainguy (D.), *Introduction générale au droit*, 6^e éd., Paris, LexisNexis, 2013.
- Malaurie (Ph.), *Les personnes - La protection des mineurs et des majeurs*, 6^e éd., Paris, Defrénois, 2012.
- Malaurie (Ph.), *Les successions - Les libéralités*, 5^e éd., Paris, Defrénois, 2012.
- Malaurie (Ph.) et Aynès (L.), *Les régimes matrimoniaux*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2013.
- Malaurie (Ph.), Aynès (L.) et Gautier (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, 6^e éd., Paris, Defrénois, 2012.
- Malaurie (Ph.), Aynès (L.) et Stoffel-Munck (Ph.), *Les obligations*, 5^e éd., Paris, Defrénois, 2011.
- Malaurie (Ph.) et Morvan (P.), *Introduction au droit*, 4^e éd., Paris, Defrénois, 2012.
- Malinvaud (Ph.), *Introduction à l'étude du droit*, 14^e éd., Paris, LexisNexis, 2013.
- Malinvaud (Ph.) et Fenouillet (D.), *Droit des obligations*, 11^e éd., Paris, Litec, 2010.
- Marcadé (V.), *De la prescription*, nouv. éd., Paris, Cotillon, 1861.
- Marais (A.), *Introduction au droit*, 4^e éd., Paris, Vuibert, 2013.
- Marty (G.) et Raynaud (P.), *Droit civil*, t. 1, *Introduction générale à l'étude du droit*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1972.
- Marty (G.) et Raynaud (P.), *Droit civil - Les obligations*, t. 1, *Les sources*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1987.
- Marty (G.), Raynaud (P.) et Jestaz (Ph.), *Droit civil - Les obligations*, t. 2, *Le régime*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1989.
- Matteucci (M.), « Introduction à l'étude systématique du droit uniforme », *RCADI* 1957, t. 91, Martinus Nijhoff, p. 385 s.
- Mayaud (Y.), *Droit pénal général*, 3^e éd., Paris, PUF, 2010.
- Mayer (P.) et Heuzé (V.), *Droit international privé*, 10^e éd., Paris, Montchrestien, 2010.
- Mazeaud (H., L. et J.), *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd. par F. Chabas, Paris, Montchrestien, 2000.
- Mazeaud (L.), *Cours de droit commercial*, Paris, Les cours de droit, 1966-1967, Licence 3^e année.
- Mestre (J.), Putman (E.) et Billiau (M.), *Droit commun des sûretés réelles*, 1^{re} éd., Paris, LGDJ, 1996.
- Mestre (J.), Putman (E.) et Billiau (M.), *Droit spécial des sûretés réelles*, 1^{re} éd., Paris, LGDJ, 1996.
- Montesquieu, *De l'esprit des lois*, in *Œuvres complètes*, t. 2, Paris, Gallimard, coll. « La Pléiade », 1976.
- Mourlon (F.), *Répétitions écrites sur les examens du Code Napoléon*, 9^e éd. par C. Demangeat, Paris, Marescq, 1873.
- Morrison (A. B.) (dir.), *Fundamentals of American law*, Oxford University Press, 1996.
- Nicolau (G.), Pignarre (G.) et Lafargue (R.), *Ethnologie juridique*, Paris, Dalloz, 2007.
- Olivier-Martin (F.), *La coutume de Paris, traité d'union entre le droit romain et les législations modernes* (six cours professés à l'Université d'Utrecht), Paris, Sirey, 1925.
- Olivier-Martin (F.), *Les lois du roi*, Paris, LGDJ, coll. « Reprint », 1997.
- Oppetit (B.), *Philosophie du droit*, 1^{re} éd., Paris, Dalloz, 1999.
- Ourliac (P.) et Gazzaniga (J.-L.), *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Paris, Albin Michel, 1985.
- Parquet (M.), *Introduction générale au droit*, 7^e éd., Paris, Bréal, 2013.
- Perelman (C.), *Logique juridique - Nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1979, réimpr. 1999.
- Perillo (J. M.), *Calamari and Perillo on contracts*, 6^e éd. Saint Paul, West, 2009.
- Perrot (R.) et Théry (Ph.), *Procédures civiles d'exécution*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2013.
- Pescatore (P.), *Introduction à la science du droit*, 2^e réimpr., Luxembourg, Bruylant, 2009.
- Planiol (M.) et Ripert (G.), *Traité pratique de droit civil français*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1952-1960.
- Picod (Y.), *Droit des sûretés*, 2^e éd., Paris, PUF Thémis, 2011.
- Poirier (D.) et Debruche (A.-F.), *Introduction générale à la common law*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant et Cowansville, Yvon Blais, 2005.
- Pothier (R.-J.), *Œuvres*, Paris, Chez Thomine et Fortic, rééd. 1821, 26 t.
- Pothier (R.-J.), *Traité de la prescription qui résulte de la possession*, in *Traité de la possession et de la prescription*, t. 2, Paris, Debure et Orléans, V^{ve} Rouzeau-Montaut, 1772.
- Pothier (R.-J.), *Traité des obligations*, Paris, Debure et Orléans, V^{ve} Rouzeau-Montaut, 1774.
- Pound (R.), *Jurisprudence* (1959), Union, The Lawbook Exchange, 2000, 5 t.

- Pufendorf (S. von), *Du droit de la nature et des gens* (1692), trad. J. Barbeyrac, Bâle, Thourneisen, 1750.
- Ricci (J.-C.), *Introduction à l'étude du droit*, 3^e éd., Paris, Hachette, 2007.
- Rigaudière (A.), *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, 3^e éd., Paris, Economica, 2006.
- Rivas Martínez (J. J.), *Derecho de sucesiones - Común y foral*, 3^e éd., Madrid, Dykinson, 2005 (3 t.).
- Rochfeld (J.), *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., Paris, PUF, 2013.
- Roland (H.) et Boyer (L.), *Adages du droit français*, 4^e éd., Paris, Litec, 1999.
- Roland (H.) et Boyer (L.), *Introduction au droit*, Paris, Litec, 2003.
- Rouland (N.), *Introduction historique au droit*, Paris, PUF, 1998.
- Rouland (N.), Pierré-Caps (S.) et Poumarède (J.), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996.
- Seiller (B.), *Droit administratif*, t. 1 et t. 2, 5^e éd., Paris, Flammarion, 2013.
- Sériaux (A.), *Le droit naturel*, 2^e éd., Paris, PUF « Que sais-je ? », 1999.
- Sériaux (A.), *Le droit - Une introduction*, Paris, Ellipses, 1997.
- Simler (Ph.) et Delebecque (Ph.), *Les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2012.
- Srivastava (D. K), Deklin (T.) et Singh (P.), *Introduction to Australian law*, Sydney, LBC, 1996.
- Suárez (F.), *Des lois et du Dieu législateur (1612)*, trad. J.-P. Coujou, Dalloz, 2003.
- Sudre (F.), Marguénaud (J.-P.), Adriantsimbazovina (J.), Gouttenoire (A.), Levinet (M.) avec Gonzalez (G.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 6^e éd., Paris, PUF, 2011.
- Taormina (G.), *Introduction au droit*, Paris, Hachette, 2006.
- Terré (F.), *Introduction générale au droit*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2012.
- Terré (F.) et Fenouillet (D.), *Les personnes (personnalité - incapacité - protection)*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2012.
- Terré (F.) et Lequette (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, 12^e éd., 2007, t. 2, 12^e éd., 2008, Paris, Dalloz.
- Terré (F.), Lequette (Y.) et Gaudemet (S.), *Droit civil - Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2013.
- Terré (F.) et Simler (Ph.), *Droit civil - Les régimes matrimoniaux*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2011.
- Terré (F.), Simler (Ph.) et Lequette (Y.), *Droit civil - Les obligations*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2013.
- Teyssié (B.), *Droit civil - Les personnes*, 15^e éd., Paris, LexisNexis, 2013.
- Théry (Ph.), *Sûretés et publicité foncière*, 2^e éd., Paris, PUF, 1998.
- Thireau (J.-L.), *Introduction historique au droit*, 3^e éd., Paris, Flammarion, 2009, coll. « Champs Université ».
- Troplong (R.-T.), *De la prescription*, 3^e éd., Hingray, Paris, 1838.
- Vannier (P.), *Introduction au droit*, 2^e éd., Paris, Ellipses, 2013, coll. « Fiches ».
- Vazeille (F.-A.), *Traité des prescriptions*, 2^e éd., Videcoq, Paris, 1832, 2 t.
- Verhoeven (J.), « Considérations sur ce qui est commun : cours général de droit international public (2002) », *RCADI* t. 334, Martinus Nijhoff, 2008, p. 9 s.
- Villey (M.), *Philosophie du droit - Définitions et fins du droit - Les moyens du droit*, rééd. Paris, Dalloz, 2001, préf. F. Terré.
- Voirin (P.) et Goubeaux (G.), *Droit civil*, t. 1, *Introduction au droit - Personnes - Famille - Personnes protégées - Biens - Obligations - Sûretés*, 33^e éd., Paris, LGDJ, 2011.
- Voirin (P.) et Goubeaux (G.), *Droit civil*, t. 2, *Régimes matrimoniaux - Successions - Libéralités*, 26^e éd., Paris, LGDJ, 2010.
- Wijffels (A.), *Introduction historique au droit - France, Allemagne, Angleterre*, Paris, PUF, 2010.
- Zenati-Castaing (F.) et Revet (T.), *Cours de droit civil - Successions*, Paris, PUF, 2012.
- Zenati-Castaing (F.) et Revet (T.), *Cours de droit civil - Sûretés personnelles*, Paris, PUF, 2013.

II. Ouvrages spéciaux, monographies et thèses

- Abdel-Khalek Omar (M.), *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*, thèse, Paris, 1967, dir. R. Perrot.
- Abikhzer (F.), *La notion juridique d'humanité*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, préf. X. Philippe.
- Ancel (P.) et Moret-Bailly (J.) (dir.), *Vers un droit commun disciplinaire ?*, Saint-Étienne, PU Saint-Étienne, 2007.
- Ancel (P.) et Rivier (M.-C.) (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Étienne, PU Saint-Étienne, 2003.
- Ansault (J.-J.), *Le cautionnement réel*, Paris, Defrénois, 2009, préf. P. Crocq.
- Arnaud (A.-J.), *Les origines doctrinales du code civil français*, Paris, LGDJ, 1969, préf. M. Villey.
- Assier-Andrieu (L.), *L'autorité du passé - Essai anthropologique sur la Common Law*, Paris, Dalloz, 2011.

- Attal-Galy (Y.), *Droits de l'homme et catégories d'individus*, Paris, LGDJ, 2003, préf. H. Moutouh.
- Ballot-Léna (A.), *La responsabilité civile en droit des affaires - Des régimes spéciaux vers un droit commun*, Paris, LGDJ, 2008, préf. Ph. Dubois.
- Baltus (F.) et al., *Les délais - Recension des délais dans les différentes branches du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2008, préf. G. de Leval.
- Bayle (M.-R.) (dir.), *Le droit local culturel d'Alsace-Moselle*, Paris, éd. Journaux officiels, 2013.
- Beaud (O.), *La puissance de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994.
- Bécane (J.-C.), Couderc (M.) et Héryn (J.-L.), *La loi*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2010.
- Béchillon (D. de), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997.
- Beignier (B.) (dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, 1996.
- Bellomo (M.), *L'Europa del diritto comune*, 5^e éd., Rome, Galileo Galilei, 1991.
- Bérenger (F.), *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007 (2 t.).
- Bloch (P.), Duvert (C.) et Sauphanor-Brouillaud (N.) (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil – Catégories de personnes et droit privé*, Paris, Economica, 2006.
- Bluche (F.), *L'Ancien Régime - Institutions et société*, Paris, Fallois, 1993.
- Bodin (M.), *Les notions relatives en droit civil*, thèse Bordeaux IV, 2011, dir. J.-F. Overstake.
- Boffa (R.) (dir.), *L'avenir du droit des biens*, colloque Lille II, 7 mars 2014, notes personnelles.
- Boulbet (J.) et Mage, *Dictionnaire général des délais*, Paris, Soubiron, 1903.
- Boumghar (M.) et Durand (V.) (dir.), *Les nouvelles échelles du droit commun*, Bruxelles, Larcier, 2013.
- Bourdieu (P.), *Ce que parler veut dire - L'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982 (éd. 2008).
- Bravo Lira (B.), *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1989, préf. A. Guzmán Brito.
- Bruguière (J.-M.), Mallet-Poujol (N.) et Robin (A.) (dir.), *Propriété intellectuelle et droit commun*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007.
- Brun (A.-S.), *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, thèse Grenoble II, 2003, dir. P. Murat.
- Brunet (F.), *La normativité en droit*, Paris, Mare et Martin, 2012, préf. É. Picard, post-scriptum A. Supiot.
- Bruschi (M.), *La prescription en droit de la responsabilité civile*, Paris, Economica, 1997, préf. A. Sériaux.
- Bui-Xuan (O.), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004, préf. J. Chevallier.
- Bureau (D.), *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse Paris II, 1992, dir. Y. Loussouarn.
- Bussy-Dunaud (F.), *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties - L'étendue de la faculté de choix du plaideur*, Paris, LGDJ, 1988, préf. J. Ghestin.
- Calasso (F.), *Introduzione al diritto comune*, Milan, Giuffrè, 1951.
- Cappelletti (M.) (dir.), *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe - New perspectives for a common law of Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978.
- Carbonnier (J.) et al., *Des libéralités - Une offre de loi*, Paris, Defrénois, 2003.
- Carbonnier (J.), *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 1996.
- Carbonnier (J.), *Écrits*, textes rassemblés par R. Verdier, Paris, PUF, 2008.
- Carbonnier (J.), *Essais sur les lois*, 2^e éd., Paris, Defrénois, 1995.
- Carbonnier (J.), *Flexible droit - Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris, LGDJ, réimpr. 2007.
- Caravale (M.), *Alle origini del diritto europeo - Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologne, Monduzzi, 2005.
- Casson (Ph.) et Pierre (Ph.) (dir.), *La réforme de la prescription en matière civile : le chaos enfin régulé ?*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010.
- Caudal (S.) (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008.
- Chabas (F.), *Responsabilité civile et responsabilité pénale*, Paris, Montchrestien, 1975.
- Chagny (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Paris, Dalloz, 2004, préf. J. Ghestin.
- Chapus (R.), *Responsabilité publique et responsabilité privée - Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Paris, LGDJ, 1957, préf. M. Waline.

- Charbonneau (C.), *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, Paris, IRJS, 2011.
- Chavrier (G.), *Le pouvoir normatif local : enjeux et débats*, Paris, LGDJ, 2011.
- Chevallier (J.), *L'État post-moderne*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2008, coll. « Droit et société ».
- Clavero (B.), *Temas de historia del derecho : derecho común*, 2^e éd., Séville, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979.
- Clerc-Renaud (L.), *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, thèse Chambéry, 2006, dir. Ph. Brun.
- Cohen-Tanugi (L.), *Le droit sans l'État*, Paris, PUF, 2^e éd., 2007, préf. S. Hoffmann.
- Constantinidès-Mégret (C.), *Le droit de la communauté économique européenne et l'ordre juridique des États membres*, LGDJ, 1967, dir. P. Reuter.
- Cornu (G.), *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, Reims, Matot-Braine, 1951, préf. A. Amiaud.
- Courbe (P.) (dir.), *Les désordres de la prescription*, Rouen, PU Rouen, 2000.
- D'Ambra (D.) et al. (dir.), *Le code civil français en Alsace, en Allemagne et en Belgique*, Strasbourg, PU Strasbourg, 2006.
- Daniel (J.), *Les Outre-mer à l'épreuve du changement - Réalité et perspectives des réformes territoriales*, Paris, l'Harmattan, 2012.
- David (R.), *Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain*, Paris, Economica, 1982.
- David (R.), *Le droit du commerce international*, Paris, Economica, 1987.
- Delegove (N.), *Le droit commun et le droit spécial*, thèse dactyl., Paris II, 2011, dir. N. Molfessis.
- Delmas-Marty (M.), *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994.
- Delmas-Marty (M.), *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, coll. « Essais », 1998.
- Delmas-Marty (M.), *Vers un droit commun de l'humanité*, Paris, Textuel, 2^e éd., 2005.
- Delmas-Marty (M.) et alii, *Variations autour d'un droit commun - Travaux préparatoires*, Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris, Paris, SLC, 2001.
- Delmas-Marty (M.), Muir Watt (H.) et Ruiz Fabri (H.) (dir.), *Variations autour d'un droit commun*, Paris, SLC, 2002.
- Denis (J.-B.), *La distinction du droit pénal général et du droit pénal spécial*, Paris, LGDJ, 1977, préf. G. Levasseur.
- Denoix de Saint Marc (R.), *Histoire de la loi*, Paris, Privat, 2008, préf. D. Kessler.
- Deumier (P.), *Le droit spontané*, Paris, Economica, 2002, préf. J.-M. Jacquet.
- Deumier (P.) (dir.), *Le raisonnement juridique - Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris, Dalloz, 2013.
- Dilhac (M.-A.) et Guérard de Latour (S.), *Étant donné le pluralisme*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013.
- Dufau (V.), *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif*, thèse Paris II, 1998, dir. J.-L. de Corail.
- Duguit (L.), *Les transformations du droit public*, 3^e tirage, Paris, Armand Colin, 1925.
- Dunod de Charnage (F.-I.), *Traité des prescriptions, de l'aliénation des biens d'Église, et des dixmes*, Paris, Briasson, 1765.
- Dupuis (G.), *Les privilèges de l'administration*, thèse Paris, 1962, dir. C. Eisenmann.
- Durkheim (É.), *De la division du travail social* (1893), 8^e éd., Paris, PUF, 1967.
- Eliesco (M.), *Essai sur les conflits de lois dans l'espace sans conflit de souveraineté*, thèse, Paris, Picart, 1925, dir. A. Pillot.
- Faure (B.), *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, Paris, LGDJ, 1998, préf. J.-C. Douence.
- Fauvarque-Cosson (B.) et Patris-Godechot (S.), *Le Code civil face à son destin*, Paris, Documentation française, 2006.
- Faye (E.), *La Cour de cassation* (1903), Paris, rééd. La Mémoire du droit, 1999.
- Friedman (L. M.), *A history of American law*, 2^e éd., New York, Touchstone, 1985.
- Garrigue (J.), *Les devoirs entre époux*, thèse Paris II, 2007, dir. L. Leveneur.
- Gaudemet (S.), *La clause réputée non écrite*, Paris, Economica, 2006, préf. Y. Lequette.
- Gény (F.), *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., Paris, 1919 (2 t.), préf. R. Saleilles.
- Gény (F.), *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1914-1924 (4 t.).
- Gerry-Vernières (S.), *Les « petites » sources du droit - À propos des sources étatiques non contraignantes*, Paris, Economica, 2012, préf. N. Molfessis.
- Gilissen (J.) (dir.), *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, Bruxelles, ULB - Institut de sociologie, 1962.
- Gilissen (J.) (dir.), *Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, t. 28 à t. 30, *Les sûretés personnelles*, Bruxelles, Librairie encyclopédique, 1974 (3 t.).

- Glenn (H. P.), *On common laws*, New York, Oxford University Press, 2005.
- Goldie-Génicon (C.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Paris, LGDJ, 2009, préf. Y. Lequette.
- Gouëzel (A.), *La subsidiarité en droit privé*, thèse Paris II, 2011, dir. P. Crocq.
- Goyard-Fabre (S.), *Re-penser la pensée du droit*, Paris, Vrin, 2007.
- Goyard-Fabre (S.) et Sève (R.), *Les grandes questions de la philosophie du droit*, 2^e éd., Paris, PUF, 1993.
- Grzegorzczak (C.), *La théorie générale des valeurs et le droit - Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1982, préf. M. Villey.
- Halpérin (J.-L.), *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, PUF, 1999, coll. « Les voies du droit ».
- Halpérin (J.-L.), *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Paris, Flammarion, 2004.
- Halpérin (J.-L.), *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, LGDJ, 1987, coll. « Bibliothèque d'histoire du droit et droit romain », préf. G. Sautel.
- Halpérin (J.-L.), *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992, coll. « Histoires », préf. P. Chauvu.
- Halpérin (J.-L.), *Profils des mondialisations du droit*, Paris, Dalloz, 2009.
- Hamel (J.) (dir.), *Le gage commercial*, Paris, Dalloz, 1953.
- Hamon (F.) et Wiener (C.), *La loi sous surveillance*, Paris, Odile Jacob, 1999.
- Hart (H. L. A.), *Le concept de droit*, 2^e éd., trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Saint-Louis, 2005.
- Helmholz (R. H.), *The ius commune in England - Four studies*, New York, Oxford University Press, 2001.
- Henry (M.), *La barbarie*, Paris, Grasset, 1987.
- Hervieu (M.) *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats*, thèse Paris II, 2010, dir. D. Mazeaud.
- Himario (C.), *Les clauses exorbitantes du droit commun dans les contrats administratifs*, thèse Paris, 1933.
- Hirsch (J.-P.), *La nuit du 4 août*, Paris, Gallimard, 1978, rééd. 2013, coll. « Folio histoire ».
- Hudson (J.), *The formation of the English common law*, Longman, Londres, 1996.
- Isoard (M^{gr} L.-R.-E.), *Le droit commun*, Paris, Palmé, 1881.
- Jeammaud (A.), *Des oppositions de normes en droit privé interne*, thèse Lyon III, 1975.
- Jenks (C. W.), *The common law of mankind*, Londres, Stevens & sons, 1958.
- Jestaz (Ph.), *Le droit*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2012, coll. « Connaissance du droit ».
- Jestaz (Ph.) et Jamin (C.), *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, coll. « Méthodes du droit ».
- Julienne (M.), *Le nantissement de créance*, Paris, Economica, 2012, préf. L. Aynès.
- Juneau (M.), *La notion de droit commun en droit civil québécois*, mémoire de maîtrise, faculté de droit de l'Université Laval, Québec, 2009, dir. S. Normand.
- Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.
- Klein (J.), *Le point de départ de la prescription*, thèse Paris II, 2010, dir. N. Molfessis.
- Kojève (A.), *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, 1981.
- Labbée (X.), *Le droit commun du couple*, 2^e éd., Villeneuve d'Ascq, PU Septentrion, 2012.
- Labbée (X.), *Les critères de la norme juridique*, PU Lille, 1994.
- Lainé (A.), *Introduction au droit international privé contenant une étude théorique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*, Paris, Pichon, 1888.
- Lambert (É.), *Études de droit commun législatif ou de droit civil comparé*, t. 1, *La fonction du droit civil comparé*, Paris, Giard et Brière, 1903.
- Lapousterle (J.), *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes - Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Dalloz, 2009, préf. P.-Y. Gautier.
- Léauté (J.), *Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français*, thèse Paris, 1946, dir. R. Le Balle.
- Lebeau (M.) *De l'interprétation stricte des lois - Essai de méthodologie*, thèse Paris II, 2007, dir. P.-Y. Gautier.
- Le Bras (H.) et Todd (E.), *L'invention de la France - Atlas anthropologique et politique*, Gallimard, 2012.
- Leca (A.), *La genèse du droit - Essai d'introduction historique au droit*, 2^e éd., Aix-en-Provence, PUAM, 2000.
- Leca (A.), *Le Code était presque parfait - Introduction historique au droit*, 1^{re} éd., Paris, LexisNexis, 2013.
- Lécuyer (H.), *Théorie générale des obligations et droit patrimonial de la famille*, thèse Paris II, 1993, dir. G. Cornu.
- Lécuyer (S.), *Appréciation critique du droit international privé conventionnel - Pour une autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales*, Paris, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 495, 2008, préf. M.-N. Jobard-Bachellier.

- Lefebvre (P.), *Le droit commun des successions d'après les coutumes rédigées et la jurisprudence du Parlement de Paris*, Paris, Sirey, 1911.
- Lévy-Ullmann (H.), *Éléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, I, *La définition du droit*, Paris, Sirey, 1917.
- Lévy-Ullmann (H.), *Le système juridique de l'Angleterre* (1928), Paris, rééd. Panthéon-Assas, 1999, avant-propos L. Vogel.
- Libchaber (R.), *L'ordre juridique et le discours du droit - Essai sur les limites de la connaissance du droit*, Paris, LGDJ, 2013.
- Loquin (É.) et Kessedjian (C.) (dir.), *La mondialisation du droit*, Dijon, Litec, 2000.
- Lotz (F.), *Droit civil alsacien-lorrain*, Paris, Litec, 1977, préf. A. Weill.
- Lotz (F.), *Du maintien ou de l'abrogation du droit local alsacien-lorrain dans le domaine de la famille (incapacités, successions, régimes matrimoniaux)*, thèse Strasbourg, 1968.
- Luxembourg (F.), *La déchéance des droits - Contribution à l'étude des sanctions civiles*, Paris, éd. Panthéon-Assas, préf. A. Ghazi, 2008.
- Magnier (V.), *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, Paris, LGDJ, 1999, préf. Ph. Didier (dir. B. Oppetit).
- Martial-Braz (N.), Riffard (J.-F.) et Behar-Touchais (M.), *Les mutations de la norme - Le renouvellement des sources du droit*, Paris, Economica, 2011.
- Martin (X.), *Mythologie du Code Napoléon - Aux soubassements de la France moderne*, Bouère, DMM, 2003.
- Mathieu-Izorche (M.-L.), *Le raisonnement juridique*, Paris, PUF, 2001.
- Mauclair (S.), *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse Orléans, 2011, dir. T. Azzi.
- Melleray (F.) (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, Université de Poitiers, 2004.
- Miclo (F.), *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, Paris, Economica, 1982, préf. L. Favoreu.
- Molfessis (N.) (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, Economica, 2004.
- Molfessis (N.), *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, 1997, préf. M. Gobert.
- Molfessis (N.) (dir.), *Les mots de la loi*, Paris, Economica, 1999.
- Monjal (P.-Y.) et E. Neframi (dir.), *Le commun dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- Morvan (P.), *Le principe de droit privé*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 1999, préf. J.-L. Souriaux.
- Motulsky (H.), *Écrits - Études et notes de procédure civile*, Paris, rééd. Dalloz, 2009, préf. G. Bolard.
- Motulsky (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, LGDJ, 1948.
- Nora (P.) (dir.), *Les Lieux de mémoire - La République, La Nation, Les France*, Paris, Gallimard, éd. 2008.
- Oppetit (B.), *Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998.
- Oppetit (B.), *Essai sur la codification*, Paris, PUF, 1998.
- Outin-Adam (A.), *Essai d'une théorie générale des délais en droit privé : contribution à l'étude de la mesure du temps par le droit*, thèse Paris II, 1986, dir. F. Terré.
- Parisot (V.), *Les conflits internes de lois*, thèse Paris I, 2009, dir. P. Lagarde.
- Parrot (K.), *L'interprétation des conventions de droit international privé*, Paris, Dalloz, Nouv. bibl. thèses, 2006, préf. P. Lagarde.
- Pasquau Liaño (M.), *Código civil y ordenamiento jurídico*, Grenade, Comares, 1994.
- Peltier (F.), *Marchés financiers et droit commun*, Paris, Banque éditeur, 1997.
- Peraldi-Leneuf (F.) et Schiller (S.), *Les conflits de normes - Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes*, CRDP Lille II et Mission de recherche droit et justice, 2012.
- Perelman (C.) (dir.), *Les antinomies*, Bruxelles, Bruylant, 1965.
- Pérès (C.), *La règle supplétive*, Paris, LGDJ, 2004, préf. G. Viney.
- Pérez de las Heras (B.), *Hacia un derecho común en la Unión europea*, Madrid, Dykinson, 2003.
- Perrot (R.), *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Paris, Sirey, 1953, préf. R. Le Balle.
- Piazzon (T.), *La sécurité juridique*, Paris, Defrénois, 2009, coll. « Doctorat et notariat », dir. L. Leveneur.
- Plessix (B.), *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2003, dir. J.-J. Bienvenu.
- Portalis (J.-É.-M.), *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Paris, Confluences, 1999, coll. « Voix de la cité », préf. M. Massenet.

- Poumarède (M.), *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, dir. C. Saint-Alary-Houin.
- Pound (R.), *History and system of the common law*, 3^e éd. avec Plucknett (T. F. T.), Rochester, The lawyers co-operative publishing company, 1927.
- Rawls (J.), *Le droit des gens*, Paris, Esprit, 1996, avant-propos B. Guillaume et commentaire S. Hoffmann.
- Raymond (R.), *Droit commun et droit spécial des contrats d'affaires*, thèse Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, 2012, dir. M. Chagny.
- Regnault (H.), *Les ordonnances civiles du chancelier Daguesseau*, Paris, Sirey, 1929.
- Reid (H.), *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.
- Rémy (D.), *Légistique - L'art de faire les lois*, Paris, Romillat, 1994, préf. F. Bernard.
- Ripert (G.), *Le déclin du droit*, Paris, LGDJ, 1949, réimpr. 1998.
- Ripert (G.), *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 1936.
- Ripert (G.), *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955.
- Robine (L.), *L'interprétation des textes exceptionnels en droit civil français*, thèse Bordeaux, 1933.
- Robino (P.), *Les privilèges et autres causes de préférence sur les créances*, Paris, Sirey, 1950, préf. J. Brèthe de la Gressaye.
- Roguin (E.), *La règle de droit - Analyse générale, spécialités, souveraineté des États, assiette de l'impôt, théorie des statuts, système des rapports de droit privé, précédé d'une introduction sur la classification des disciplines*, Lausanne, Rouge, 1889.
- Rosanvallon (P.), *La société des égaux*, Paris, Points, 2013.
- Rosanvallon (P.), *Le modèle politique français - La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Paris, Points, 2006.
- Rosanvallon (P.), *L'État en France de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, 1990.
- Roth (M.), *Law collections from Mesopotamia and Asia minor*, 2^e éd., Atlanta, SBL, 1997.
- Roubier (P.), *Théorie générale du droit*, Paris, Sirey, 1951, réimpr. Dalloz, 2005.
- Rouland (M.), *La qualité de la créance*, thèse Paris X, 2007, dir. V. Brémond.
- Rouland (N.), *Aux confins du droit*, Paris, Odile Jacob, 1991.
- Rouland (N.), *L'État français et le pluralisme - Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792*, Paris, Odile Jacob, 1995.
- Rouvillois (F.) (textes réunis), *Le droit*, Paris, GF Flammarion, 1999, coll. « Corpus ».
- Sacco (R.), *Anthropologie juridique - Apport à une macro-histoire du droit*, Paris, Dalloz, 2008, coll. « L'esprit du droit ».
- Saillant (É.), *L'exorbitance en droit public*, Paris, Dalloz, 2011, préf. F. Melleray.
- Saintourens (B.), *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, th. Bordeaux, 1986, dir. J. Derruppé.
- Saintourens (B.) (dir.), *Le Code civil : une leçon de légistique ?*, Paris, Economica, 2006.
- Santa-Croce (M.), *La vocation subsidiaire de la loi du juge saisi dans le règlement des conflits de lois*, thèse Paris, 1975, dir. H. Batiffol.
- Savatie (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1952.
- Savaux (É.), *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?*, Paris, LGDJ, 1997, préf. J.-L. Aubert.
- Schnitzer (A. F.), *De la diversité et de l'unification du droit - Aspects juridiques et sociologiques*, Bâle, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1946.
- Selle de Beauchamp (M.-H. de), *Des règles communes à la prescription acquisitive et extinctive*, thèse, Caen, 1865.
- Sempé (N.), *Essai de contribution à une théorie générale des privilèges*, thèse Toulouse I, 1996, dir. P. Spiteri.
- Sieyès (E.-J.), *Essai sur les privilèges (1788)*, in *Essai sur les privilèges et autres textes*, Paris, Dalloz, 2007.
- Silva Romero (E.), *Wittgenstein et la philosophie du droit*, PUF, coll. « Droit, éthique, société », 2002, dir. F. Vallançon.
- Société d'histoire du droit, *Le droit commun et l'Europe [El derecho común y Europa]*, actes des journées internationales d'histoire du droit de l'Escorial, Madrid, Dykinson, 2000.
- Strauss (L.), *Natural right and history*, Chicago, University of Chicago Press, 1953.
- Supiot (A.), *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 1994.
- Supiot (A.), *Homo juridicus - Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, 2005.
- Tauran (T.), *Contribution à l'étude des régimes spéciaux de sécurité sociale*, thèse Bordeaux IV, 1996, dir. J.-P. Laborde.
- Tauran (T.), *Les régimes spéciaux de sécurité sociale*, Paris, PUF, 2000, coll. « Que sais-je ? ».
- Terré (F.), *Le droit*, Paris, Flammarion, 1999, coll. « Dominos ».
- Terré (F.), *Du juridique et du social*, Paris, Mare et Martin, 2012.

- Terré (F.) (dir.), *Regards sur le droit*, Paris, Dalloz, 2010.
- Thibierge (C.) et alii, *La densification normative - Découverte d'un processus*, Paris, Mare et Martin, 2013.
- Thibierge (C.) et alii, *La force normative - Naissance d'un concept*, Paris et Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 2009.
- Thiellay (J.-Ph.), *Le droit des outre-mers*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2011, coll. « Connaissance du droit ».
- Thireau (J.-L.), *Charles Du Moulin (1500-1566)*, Genève, Droz, 1980.
- Thoulon (É.), *La responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail*, thèse Paris, Rousseau, 1898.
- Tocqueville (A. de), *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, GF Flammarion, 1988, préf. F. Mélonio.
- Tollard (E.), *Des actions de droit commun sous le régime de la loi du 9 avril 1898*, Paris, Rousseau, 1911.
- Troper (M.), *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, coll. « Léviathan ».
- Tunc (A.), *Jalons - Dits et écrits d'André Tunc*, Paris, SLC, 1991.
- Untermaier (É.), *Les règles générales en droit public français*, Paris, LGDJ, 2011, préf. S. Caudal Sizaret.
- Van Caenegem (R. C.), *The birth of the English common law*, 2^e éd., Cambridge University Press, 1988.
- Vareilles-Sommières (P. de) (dir.), *Le droit privé européen*, Paris, Economica, coll. « Etudes juridiques », 1998.
- Vattel (E. de), *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, Washington, Carnegie Institution of Washington, 1916, introd. A. de Lapradelle.
- Vergès (É.), *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, thèse Aix-Marseille III, 2000, dir. S. Cimamonti.
- Villey (M.), *Le droit romain*, Paris, PUF, 2012, coll. « Quadrige ».
- Vizioz (H.), *Études de procédure*, Paris, Bière, 1956, réimpr. Dalloz, 2011.
- Vogel (L.) (dir.), *Unifier le droit : le rêve impossible ?*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2001.
- Weber (J.-F.), *La Cour de cassation*, nouv. éd., Paris, Documentation française, 2010, préf. V. Lamanda.
- Weber (F.), *Unité de l'État et diversité régionale en droit constitutionnel français*, thèse Nancy II, 1997, dir. F. Borella.
- Witte (B. de) et Forder (C.) (dir.), *Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique [The common law of Europe and the future of legal education]*, Maastricht, Kluwer, 1992.
- Woehrling (J.-M.) (dir.), *Centenaire de la Constitution de 1911 pour l'Alsace-Lorraine*, Strasbourg, IDL, 2013.
- Yver (J.), *Égalité entre héritiers et exclusion des enfants dotés - Essai de géographie coutumière*, Paris, Sirey, 1966.

III. Articles, chroniques, notes, observations, commentaires, rapports, conférences, communications, avis et conclusions

- Abi Rached (N.), « Un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République : la particularité du droit applicable en Alsace-Moselle », *JCP A* 2011, 2319.
- Ancel (P.), « Formes du cautionnement : divergences des solutions et incertitudes de la répartition des affaires entre les Chambres de la Cour de cassation », note sous Com. 15 nov. 1988, *D.* 1990, jur. p. 3 s.
- André (M.-É.) et Raynard (J.), « Regards dubitatifs de juristes de droit privé sur la clause exorbitante », in *Mélanges M. Guibal*, t. 1, PU Montpellier, 2006, p. 783 s.
- Atias (C.), « Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? », *APD* 1982, t. 27, p. 209 s.
- Atias (C.) et Linotte (D.), « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977, chron. p. 251 s.
- Aubert de Vincelles (C.), « Naissance d'un droit commun européen de la vente et des contrats », *RDC* 2012, p. 457 s.
- Auby (J.-B.), « À propos de la notion d'exorbitance du droit administratif », in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, dir. F. Melleray, Université de Poitiers, 2004, p. 9 s.
- Auby (J.-B.), « Réflexions sur la territorialisation du droit », in *Mélanges J.-C. Douence*, Paris, Dalloz, 2006, p. 1 s.
- Auque (F.), « Réforme de la prescription et droit des baux commerciaux », *AJDI* 2009, p. 344 s.
- Aynès (A.), « Consécration légale des droits de rétention », *D.* 2006, p. 1301 s.
- Aynès (A.), « Quelques aspects du régime juridique des sûretés réelles pour autrui », in *Mélanges C. Larroumet*, Paris, Economica, 2009, p. 1 s.
- Aynès (L.), « Le nouveau droit du gage », *Dr. et patr.* n° 161, juill.-août 2007, p. 48 s.
- Aynès (L.), « Une Chambre mixte se prononce sur la nature du cautionnement réel », *D.* 2006, p. 733 s.
- Aynès (L.) et Gautier (P.-Y.), « De l'application stricte des privilèges », *D.* 1994, chron. p. 13 s.
- Bachelier (X.), « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, Documentation française, 1994, p. 91 s.

- Bandrac (M.), « La nouvelle nature juridique de la prescription en matière civile », *RDC* 2008, p. 1413 s.
- Baron (É.), « Existe-t-il un droit pénal commun ? », *Dr. pénal* sept. 2013, dossier 2.
- Bart (J.), « Esquisse d'une géographie juridique bourguignonne », in *Mélanges J. Yver (Droit privé et institutions régionales)*, Paris, PUF, 1976, p. 33 s.
- Barthez (A.-S.), « Désordre dans les sources du contrat de cautionnement : l'exemple de l'information de la caution », *RDC* 2008, p. 587 s.
- Béchillon (D. de), « Deux caractères du temps contentieux », *Justice & cassation* 2007, p. 134 s.
- Béhar-Touchais (M.), « Foisonnement des délais », in *Les désordres de la prescription*, dir. P. Courbe, Rouen, PU Rouen, 2000, p. 7 s.
- Beignier (B.), obs. sous CA Paris, 14 déc. 1999, *Dr. fam.* févr. 2001, comm. 19.
- Bénabent (A.), « Le chaos du droit de la prescription extinctive », in *Mélanges L. Boyer*, PU Toulouse, 1996, p. 123 s.
- Bénabent (A.), « L'hybridation dans les contrats », in *Mélanges M. Jeantin*, Paris, Dalloz, 1999, p. 27 s.
- Bénabent (A.), « Sept clefs pour une réforme de la prescription extinctive », *D.* 2007, p. 1800 s.
- Beaud (O.), « L'Essai contre la codification ou le refus d'un droit uniforme pour l'Allemagne tout entière - Considérations sur l'impensé "territorial" dans la pensée juridique de Savigny », *Annuaire de l'Institut Michel Villey* 2009, vol. 1, p. 9 s.
- Beaud (O.), « L'Europe entre droit commun et droit communautaire », *Droits* 1991, n° 14, p. 3 s.
- Bergel (J.-L.), « La méthode législative du code civil et sa longévité », *RRJ* 2004, cah. méthod. jur. n° 19, numéro spécial, p. 2765 s.
- Bergel (J.-L.), « La relativité du droit ? », *RRJ* 1986, p. 13 s.
- Bergh (G. van den), « *Ius commune*, a history with a future ? » in *Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, dir. B. de Witte et C. Forder, Maastricht, Kluwer, 1992, p. 593 s.
- Billet (Ph.), « Prescription des obligations financières liées à la réparation des atteintes à l'environnement : les affres du temps », *JCP A* 2008, act. 697.
- Bisson (A.-F.), « La disposition préliminaire du Code civil du Québec », *Revue de droit McGill*, t. 44, 1999, p. 539 s. (44 R. D. McGill 539).
- Blanchy (S.) et Moatty (Y.), « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit & société* 2012-1, n° 80, p. 117 s.
- Blériot (L.), « Les départements et régions d'outre-mer : un statut à la carte », *Pouvoirs* 2005, n° 113, p. 57 s.
- Blin (H.), obs. sous Civ. 1^{re}, 18 janv. 1954, *JCP G* 1954, II, 7962.
- Bobbio (N.), « Des critères pour résoudre les antinomies », in *Essais de théorie du droit (recueil de textes)*, trad. M. Guéret, Paris, Bruylant-LGDJ, 1998, p. 89 s.
- Boffa (R.), « La densification normative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La densification normative*, dir. C. Thibierge, Paris, Mare et Martin, 2013, p. 445 s.
- Bolard (G.), « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henry Motulsky », *JCP G* 1993, I, 3693.
- Boré (J.), « La fonction d'avocat auprès des cours suprêmes », *D.* 1989, chron. p. 159 s.
- Boré (L.), « L'obscurité de la loi », in *Mélanges J. Boré*, Paris, Dalloz, 2007, p. 27 s.
- Borghetti (J.-S.), « Des principaux délits spéciaux », in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, dir. F. Terré, Paris, Dalloz, 2011, p. 163 s.
- Boulanger (J.), « Principes généraux du droit et droit positif », in *Mélanges G. Ripert*, t. 1, Paris, LGDJ, 1950, p. 51 s.
- Boumghar (M.), « Les droits de l'Homme, droit commun des sociétés contemporaines ? », in *Les nouvelles échelles du droit commun*, dir. M. Boumghar et V. Durand, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 227 s.
- Bourassin (M.), « La force d'attraction du gage des stocks », *D.* 2013, p. 1363 s.
- Bourdieu (P.), « La force du droit - Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales* n° 64, sept. 1986, p. 3 s.
- Bouteiller (P.), « Le gage de stocks de biens ou de marchandises », *JCP E*, 2006, 1698.
- Bredin (J.-D.), « Remarques sur la doctrine », in *Mélanges P. Hébraud*, Univ. sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 111 s.
- Brierley (J. E. C.), « La notion de droit commun dans un système de droit mixte : le cas de la province de Québec », in *La formation du droit national dans les pays de droit mixte*, Aix-en-Provence, PUAM, 1989, p. 103 s.

- Brierley (J. E. C.), « *Quebec's "common laws" (droits communs) : how many are there ?* », in *Mélanges L.-Ph. Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 109 s.
- Brenner (C.), « De quelques aspects procéduraux de la réforme de la prescription extinctive », *RDC* 2008, p. 1431 s.
- Brenner (C.), « La prescription commerciale », in *Le Code de commerce, 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 501 s.
- Brenner (C.), « La succession », in *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 427 s.
- Brenner (C.) et Lécuyer (H.), « La réforme de la prescription », *JCP E* 2009, 1169 et 1197.
- Brisson (J.-M.), « Le Code civil, droit commun ? », in *Le nouveau code civil - Interprétation et application, Journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Thémis, 1993, p. 293 s.
- Brun (Ph.), « Les mots du droit de la responsabilité : esquisse d'abécédaire », in *Mélanges Ph. Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2007, p. 117 s., spéc. pp. 121-122, V^o « Droit commun (de la responsabilité) ».
- Cabrillac (R.) et Seube (J.-B.), « Pitié pour le Code civil ! », *D.* 2003, p. 1058 s.
- Cabrillac (S.), « Le gage sur stocks du Code de commerce », in *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, dir. S. Cabrillac, C. Albigès et C. Lisanti, Paris, Litec, 2007, p. 45 s.
- Cadiet (L.), « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Mélanges J. Normand*, Paris, Litec, 2003, p. 71 s.
- Caillemer (E.), « Des résistances que les Parlements opposèrent, à la fin du XVI^e siècle, à quelques essais d'unification du droit civil », *Livre du centenaire du Code civil*, t. 2, Paris, 1904, p. 1075 s.
- Canivet (G.), « Introduction générale », in *Variations autour d'un droit commun*, dir. M. Delmas-Marty, H. Muir Watt et H. Ruiz Fabri, Paris, SLC, 2002, p. 13 s.
- Canivet (G.), « La Cour de cassation et les divergences de jurisprudence », in *Les divergences de jurisprudence*, dir. P. Ancel et M.-C. Rivier, PU Saint-Étienne, 2003, p. 141 s.
- Carbonnier (J.), « A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger », in *Essais sur les lois*, 2^e éd., Paris, Defrénois, 1995, p. 227 s.
- Carbonnier (J.), « Droit privé et sociologie », reprod. in *Écrits*, Paris, PUF, 2008, p. 969 s.
- Carbonnier (J.), « La méthode sociologique dans les études de droit contemporain », reprod. in *Écrits*, Paris, PUF, 2008, p. 939 s.
- Carbonnier (J.), « L'apport du droit comparé à la sociologie juridique », in *Livre du centenaire de la Société de législation comparée*, Agen, Imprimerie moderne, 1969, p. 75 s.
- Carbonnier (J.), « Le Code civil », in *Les Lieux de mémoire*, t. 1, dir. P. Nora, Paris, Gallimard, éd. 2008, p. 1331 s.
- Carbonnier (J.), « Le Problème des lacunes du droit », reprod. in *Écrits*, Paris, PUF, 2008, p. 1237 s.
- Carbonnier (J.), « Le Régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association - Introduction », reprod. in *Écrits*, Paris, PUF, 2008, p. 47 s.
- Carbonnier (J.), « Notes sur la prescription extinctive », *RTD civ.* 1952, p. 171 s.
- Carbonnier (J.), obs. sur Civ. 1^{re}, 19 juill. 1960, *RTD civ.* 1961, pp. 332-333.
- Carducci (G.), « Les règles *lex posterior* et *lex specialis* en droit des traités internationaux - Traités en droit public et privé », in *Les conflits de normes - Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes*, dir. F. Peraldi-Leneuf et S. Schiller, CRDP Lille II et Mission de recherche droit et justice, 2012, p. 157 s.
- Caron (C.), « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G* 2004, I, 162.
- Carton (O.), « Existe-t-il un droit commun de l'environnement ? », in *Les nouvelles échelles du droit commun*, dir. M. Boumghar et V. Durand, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 215 s.
- Cercel (C. S.), « Le "*jus commune*" dans la pensée juridique contemporaine, ou le comparatisme perverti », in *Comparer les droits, résolument*, dir. P. Legrand, Paris, PUF, 2009, p. 457 s.
- Chaaban (R.), « L'argument *a contrario* », in *Mélanges M. Topakian*, Bruxelles, Bruylant et Beyrouth, PU Saint-Joseph, 2005, p. 23 s.
- Chabanol (D.), « Et si la solution de l'arrêt *Blanco* avait été inversée ? », in *De l'intérêt de la summa divisio droit public - droit privé ?*, dir. B. Bonnet et P. Deumier, Paris, Dalloz, 2010, p. 285 s.
- Chantepie (G.), « Les conflits entre droits particuliers, manifestations d'une dissolution d'un rapport au droit commun en droit privé ? », in *Les nouvelles échelles du droit commun*, dir. M. Boumghar et V. Durand, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 51 s.
- Chassagnard-Pinet (S.), « L'appréhension des conflits de normes de même niveau par la légistique - Vers une prévention et un traitement méthodique des antinomies du droit », in *Les conflits de normes - Le traitement légistique*

- et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes*, dir. F. Peraldi-Leneuf et S. Schiller, CRDP Lille II et Mission de recherche droit et justice, 2012, p. 27 s.
- Chauveau (P.), « Des conventions portant Loi Uniforme », *Clunet* 1956, p. 570 s.
- Chazal (J.-P.), « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », *Mélanges J. Calais-Auloy*, p. 279 s.
- Chevallier (J.), « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs* n° 46, 1988, p. 57 s.
- Chevallier (J.), note sous Req. 17 janv. 1938, *DP* 1940, 1, p. 57 s.
- Chevreau (J.), « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, Documentation française, 1994, p. 85 s.
- Choné-Grimaldi (A.-S.), « Droit commun européen et droit de la concurrence », in *Les nouvelles échelles du droit commun*, dir. M. Boumghar et V. Durand, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 83 s.
- Choné-Grimaldi (A.-S.), « La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente », *Contr. conc. consom.* avr. 2012, étude 6, p. 5 s.
- Clark (C. E.), « *State law in the federal courts : the brooding omnipresence of Erie v. Tompkins* », *Yale Law journal* 1946, vol. 55, p. 267 s. (55 YLJ 267).
- Clinchamps (N.), « Le Conseil constitutionnel face à l'autonomie de la Nouvelle-Calédonie », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* n° 35, *La Constitution et l'outre-mer*, 2012, p. 61 s.
- Clinchamps (N.), « Les collectivités d'outre-mer et la Nouvelle-Calédonie : le fédéralisme en question », *Pouvoirs* 2005, n° 113, p. 73 s.
- Coing (H.), « *European common law : historical foundations* », in *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, dir. M. Cappelletti, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 31 s.
- Colin (A.), « Le droit de succession dans le code civil », *Livre du centenaire*, p. 297 s.
- Colombet (C.), obs. sur Civ. 1^{re}, 11 janv. 1989, *D.* 1990, somm. p. 57.
- Collet (M.), « Les Sages en font-ils trop ? », *Le Monde* 4 janv. 2012, p. 14.
- Commaille (J.), « Code civil et nouveaux codes sociaux », *Le Code civil - Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz-Litec, 2004, p. 59 s.
- Coquelet (M.-L.), « La loi du 24 juillet 1966 comme modèle d'un droit commun des groupements », in *Mélanges M. Jeantin*, Paris, Dalloz, 1999, p. 195 s.
- Cornu (G.), « L'esprit d'économie législative », in *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998, p. 323 s.
- Cornu (G.), « Le règne discret de l'analogie », in *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998, p. 331 s. (initialement publié aux *Mélanges A. Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 129 s.).
- Cornu (G.), « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », in *Mélanges P. Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 83 s.
- Cornu (G.), « L'unité du Code civil », *Droits* 2005, n° 42, p. 147 s.
- Courbe (P.), « La prescription en droit international privé », in *Les désordres de la prescription*, dir. P. Courbe, PU Rouen, 2000, p. 67 s.
- Crocq (P.), « Gage de choses fongibles du code civil ou gage des stocks du code de commerce : le choix est-il possible ? », obs. sur CA Paris, 3 mai 2011, *RTD civ.* 2011, p. 785 s.
- Crocq (P.), « Gage de choses fongibles du code civil ou gage des stocks du code de commerce : le refus du "comme il vous plaira !" », obs. sur Com. 19 févr. 2013, *RTD civ.* 2013, p. 418 s.
- Crocq (P.), « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », in *Mélanges M. Cabrillac*, Paris, Dalloz-Litec, 1999, p. 349 s.
- Crocq (P.), « L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité », in *Mélanges C. Mouly*, t. 2, Paris, Litec, 1998, p. 317 s.
- Dabin (J.), « Droit de classe et droit commun. Quelques réflexions critiques », in *Mélanges E. Lambert*, t. 3, Paris, Sirey-LGDJ, 1938, p. 66 s.
- Dabin (J.), « Droit et politique », in *Mélanges R. Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 183 s.
- Dacosta (B.), concl. sous CE 19 nov. 2010, *Office national des forêts*, *JCP A* 2011, 2020.
- Dagot (M.), « La notion de privilège », in *Mélanges C. Mouly*, t. 2, Paris, Litec, 1998, p. 335 s.
- D'Ambra (D.), « Du déclin des codes », in *Mélanges G. Wiederkehr*, Paris, Dalloz, 2009, p. 147 s.
- D'Ambra (D.), « La fonction politique du code civil pour la France », in *Le code civil français en Alsace, en Allemagne et en Belgique*, Strasbourg, PU Strasbourg, 2006, p. 9 s.
- Dammann (R.) et Podeur (G.), obs. sur Com. 19 févr. 2013, *D.* 2013, p. 493.
- Daniel (J.), « Cadre institutionnel et vie politique outre-mer », *Pouvoirs* 2005, n° 113, p. 131 s.

- David (R.), « Droit commun et *common law* », in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milan, Giuffrè, 1969, vol. 1, p. 345 s.
- David (R.), « Le droit continental et la *common law*, et les perspectives d'un *jus commune* européen », in *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 113 s.
- David (R.), « Les méthodes de l'unification », in *Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain*, Paris, Economica, 1982, p. 304 s.
- Decocq (A.), « Le désordre juridique français », in *Mélanges Jean Foyer*, Paris, PUF, 1997, p. 147 s.
- Dejean de la Bâtie (N.), note sous Civ. 1^{re}, 20 juill. 1976, *JCP G* 1978, II, 18793.
- Dekeuwer-Défossez (F.), « L'unification des sociétés civiles et commerciales : vers un droit commun ? Les sociétés en participation », *RTD com.* 1984, p. 569 s.
- Delebecq (Ph.), obs. sur CA Paris, 3 mai 2011, *JCP G* 2012, 626, n° 23.
- Delmas-Marty (M.), « Le rôle du droit comparé dans l'émergence d'un droit commun », *D.* 2001, p. 1326 s.
- Delmas-Marty (M.), « Réinventer le droit commun », *D.* 1995, chron. p. 1 s.
- Delmas-Marty (M.) et Izorche (M.-L.), « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit : réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC* 2000, p. 753 s.
- Delvolvé (P.), « Le Conseil d'État, Cour suprême de l'ordre administratif », *Pouvoirs* 2007, n° 123, p. 51 s.
- Desbois (H.), note sous Civ. 1^{re}, 5 juill. 1967, *RTD com.* 1968, p. 60 s.
- Descombes (V.), « Aristote, la justice naturelle et la justice positive », in *Le raisonnement de l'ours*, Paris, Seuil, 2007, p. 361 s.
- Desdevises (Y.), « Le général et le spécial en procédure civile », in *Mélanges J. Héron*, Paris, LGDJ, 2009, p. 213 s.
- Desnoyer (C.), « Du bon usage de la règle *specialia generalibus derogant* : le contre-exemple de la jurisprudence relative à l'articulation des articles 1386 et 1384 alinéa 1^{er} du code civil », in *Les conflits de normes - Le traitement législatif et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes*, dir. F. Peraldi-Leneuf et S. Schiller, CRDP Lille II et Mission de recherche droit et justice, 2012, p. 128 s.
- Deumier, « La coutume kanake, le pluralisme des sources et le pluralisme des ordres juridiques », obs. sur Cass. avis, 16 déc. 2005, *RTD civ.* 2006, p. 516 s.
- Deumier (P.), « Les divergences de jurisprudence : nécessité de leur existence, nécessité de leur résorption (à propos de Ass. plén. 15 févr. 2013) », *RTD civ.* 2013, p. 557 s.
- Diémert (S.), « Le droit de l'outre-mer », *Pouvoirs* 2005, n° 113, p. 109 s.
- Diémert (S.), « L'histoire constitutionnelle de l'outre-mer sous la V^e République », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* n° 35, *La Constitution et l'outre-mer*, 2012, p. 7 s.
- Dijon (X.), « Itinéraire philosophique vers la source du droit commun », *RIDC* 2001, p. 7 s.
- Dimier (V.), « De la France coloniale à l'outre-mer », *Pouvoirs* 2005, n° 113, p. 41 s.
- Dumont-Lefrand (M.-P.), « Gage sur stocks *versus* gage sans dépossession de droit commun », obs. sur Com. 19 févr. 2013, *Gaz. Pal.* 21 mars 2013, p. 22 s.
- Dumont-Lefrand (M.-P.), « Le gage sur stocks de l'article L. 527-1 du code de commerce est-il exclusif du gage sans dépossession de droit commun ? », obs. sur CA Paris, 3 mai 2011, *Gaz. Pal.* 22 déc. 2011, p. 13 s.
- Durand (V.), « Droit commun et code civil », in *Les nouvelles échelles du droit commun*, dir. M. Boumghar et V. Durand, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 15 s.
- Durand (V.) et Delegove (N.), « Propos introductifs », in *Les nouvelles échelles du droit commun*, dir. M. Boumghar et V. Durand, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 7 s.
- Dworkin (R.), « *Hard cases* », *Harvard law review* 1975, vol. 88, p. 1057 s. (88 Harv. L. Rev. 1057).
- Eckert (G.) et Kovar (J.-P.), « La réforme du droit de la prescription : aspects de droit public », *LPA* 2 avr. 2009, p. 25 s.
- Eisenmann (C.), « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », rééd. in *Écrits de théorie du droit, et de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 289 s.
- Eisenmann (C.), « Sur la théorie kelsénienne du domaine de validité des normes juridiques », rééd. in *Écrits de théorie du droit, et de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 404 s.
- Evrigenis (D. J.), « Le rôle de la Convention européenne des droits de l'Homme », in *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 341 s.
- Faberon (J.-Y.), « La France et son outre-mer : un même droit ou un droit différent ? », *Pouvoirs* 2005, n° 113, p. 5 s.
- Fabre (M.-H.), « L'unité et l'indivisibilité de la République, réalité ? fiction ? », *RDP* 1982, p. 603 s.

- Fabry (V.), « L'outre-mer dans les ensembles régionaux », *Pouvoirs* 2005, n° 113, p. 159 s.
- Fages (F.) et Rouvillois (F.), « *Lobbying* : la nouvelle donne constitutionnelle », *D.* 2010, p. 277 s.
- Fauvarque-Cosson (B.), « La prescription en droit international privé », in *TCFDIP 2002-2004*, Paris, Pedone, 2005, p. 235 s.
- Fauvarque-Cosson (B.), « Aspects de droit comparé de la prescription », in *Les désordres de la prescription*, dir. P. Courbe, Rouen, PU Rouen, 2000, p. 45 s.
- Fauvarque-Cosson (B.), « Le droit comparé : art d'agrément ou entreprise stratégique ? », in *Mélanges X. Blanc-Jouvan*, Paris, SLC, 2005, p. 69 s.
- Fauvarque-Cosson (B.), « Variations sur le processus d'harmonisation du droit à travers l'exemple du droit de la prescription extinctive », *RDC* 2004, p. 801 s.
- Fauvarque-Cosson (B.), « Vers un droit commun européen de la vente », *D.* 2012, p. 34 s.
- Fauvarque-Cosson (B.) et François (J.), « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *D.* 2008, p. 2512 s.
- Favreau (A.), « Le droit d'auteur et le droit des successions », in *Propriété intellectuelle et droit commun*, dir. J.-M. Bruguière, N. Mallet-Poujol et A. Robin, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, p. 181 s.
- Ferrari (F.), « *Do courts interpret the CISG uniformly ?* », in *Quo vadis CISG ? Celebrating the 25th anniversary of the United Nations Convention on contracts for the international sale of goods*, dir. F. Ferrari, Bruylant-Sellier, 2005, p. 3 s.
- Filhol (R.), « La rédaction des coutumes en France aux XV^e et XVI^e siècles », in *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, dir. J. Gilissen, Bruxelles, ULB - Institut de sociologie, 1962, p. 63 s.
- Flauss (J.-F.), « Droit local alsacien-mosellan et Constitution », *RDP* 1992, p. 1625 s.
- Flour (J.), « Pot-pourri autour d'un arrêt », *Defrénois* 1975, art. 30854, p. 145 s.
- Foucault (M.), « «*Ommes et singulatim*» : vers une critique de la raison politique », reprod. in *Philosophie - Anthologie*, Paris, Folio, 2011, p. 665 s.
- Fraisse (R.), « Les collectivités territoriales régies par l'article 74 », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* n° 35, *La Constitution et l'outre-mer*, 2012, p. 37 s.
- Franklin (M.), « *On the legal method of the Uniform commercial code* », *Law and contemporary problems* 1951, vol. 16, II, p. 330 s. (16 *Law & contemp. probs.* 330).
- Franklin (M.), « *The historic function of the American Law institute : restatement as transitional to codification* », *Harvard law review* 1934, vol. 47, p. 1367 s. (47 *Harv. L. Rev.* 1367).
- Frison-Roche (M.-A.) et Baranès (W.), « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, p. 361 s.
- Gabriel (F.), « Le droit en son histoire : *jus commune*, théologie de la tradition et localité dans la France classique », *RHFD* 2008, p. 279 s.
- Gandillon (R.), « L'unification des coutumes sous Louis XI », *Revue historique*, 1944, p. 317 s.
- Gardies (J.-L.), « En quel sens un droit, un système de dispositions juridiques peut-il être dit complet ? », in *APD* 1979, t. 24, *Les biens et les choses*, p. 285 s.
- Gasnier (T.), « Le local », in *Les Lieux de mémoire*, t. 3, dir. P. Nora, Paris, Gallimard, éd. 2008, p. 3423 s.
- Gassin (R.), « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron. p. 91 s.
- Garcia (M.), « L'autorité des maximes d'interprétation du droit », in *Les conflits de normes - Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes*, dir. F. Peraldi-Leneuf et S. Schiller, CRDP Lille II et Mission de recherche droit et justice, 2012, p. 106 s.
- Gaudemet (J.), « Du *jus commune* au droit communautaire », in *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, p. 1011 s.
- Gaudemet (J.), « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e) », in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, t. 1, Florence, Olschki, 1977, p. 157 s.
- Gautier (P.-Y.), « Inquiétudes sur l'interprétation du droit uniforme international et européen », in *Mélanges P. Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 327 s.
- Gautier (P.-Y.), « Les délais », in dossier « La transposition en droit français de la directive européenne du 25 mai 1999 relative à la vente », *JCP E* 2003, p. 15 s.
- Gazzaniga (J.-L.), « Le code avant le code », in *La codification*, dir. B. Beignier, Paris, Dalloz, 1996, p. 21 s.
- Genicon (T.), « La réforme de la prescription en matière civile », conférence à l'Institut d'études judiciaires Pierre Raynaud (Université Panthéon-Assas), 2009, notes personnelles.
- Gijsbers (C.), « L'exclusion du droit commun du gage par le régime spécial du gage des stocks », *RLDC* n° 103, avr. 2013, étude 5047, p. 26 s.

- Gilissen (J.), « La rédaction des coutumes : essai de synthèse », in *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, Bruxelles, ULB, 1962, p. 15 s.
- Giordanengo (G.), « *Jus commune* et “droit commun” en France du XIII^e au XV^e siècle », in *Droit romain, jus civile et droit français*, dir. J. Krynen, PU Toulouse, 1999, p. 219 s.
- Giraud (M.), « Revendications identitaires et “cadre national” », *Pouvoirs* 2005, n^o 113, p. 95 s.
- Glenn (H. P.), « La Disposition préliminaire du Code civil du Québec, le droit commun et les principes généraux du droit », *Les cahiers de droit*, t. 46, 2005, p. 339 s. (46 C. de D. 339).
- Goldenberg (I. H.), « *Acción de derecho común en los accidentes laborales* », in *Temas de responsabilidad civil - En honor al Doctor Augusto M. Morello*, La Plata, Platense, 1981, p. 167 s.
- Goldie-Genicon (C.), « Droit commun et droit spécial », *RDA* n^o 7, févr. 2013, p. 29 s.
- Goldman (B.), « Frontières du droit et “*lex mercatoria*” », *APD* 1964, t. 9, p. 177 s.
- Gorla (G.), « La “*communis opinio tortius orbis*” et la réception jurisprudentielle du droit au cours des XVI^e, XVII^e et XVIII^e siècles dans la “*civil law*” et la “*common law*” », in *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, dir. M. Cappelletti, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 45 s.
- Gout (O.), « Quel droit commun pour les sûretés réelles ? », *RTD civ.* 2013, p. 255 s.
- Grellière (V.), « Propositions pour un droit commun des groupements personnalisés », *Dalloz affaires* 1997, p. 1133 s.
- Gridel (J.-P.), « Déclin des spécificités françaises et éventuel retour d'un droit commun européen », *D.* 1999, chron. p. 139 s.
- Grimaldi (M.), « Catégorie de personnes et vocation successorale », in *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil - Catégories de personnes et droit privé*, dir. P. Bloch, C. Duvert et N. Sauphanor-Brouillaud, Paris, Economica, 2006, p. 61 s.
- Grimaldi (M.), « Orientations générales de la réforme », *Dr. et patr.* n^o 140, sept. 2005, p. 50 s.
- Grimaldi (M.), obs. sur Civ. 1^{re}, 20 mai 2009, *RTD civ.* 2009, p. 565 s.
- Grimaldi (M.), obs. sur Ch. mixte, 2 déc. 2005, *RDC* 2006, p. 454 s.
- Grua (F.), « La fée et l'horloge », *RTD civ.* 2001, p. 319 s.
- Grua (F.), « Le Code civil, code résiduel ? », *RTD civ.* 2005, p. 253 s.
- Grua (F.), « Les divisions du droit », *RTD civ.* 1993, p. 59 s.
- Guarironi (R. V.), « *Ley especial, posterior y superior* », in *Derecho civil - Parte general - Doctrinas esenciales*, dir. J. C. Rivera, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 405 s.
- Gueydan (C.), « Dispositions particulières en Alsace-Moselle : un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République à portée limitée », *RFD const.* 2012, p. 158 s.
- Gueydan (C.), « La constitutionnalisation du droit local d'Alsace-Moselle et la question prioritaire de constitutionnalité », *RFD const.* 2013, p. 857 s.
- Guizzi (V.), « *Il diritto comune in Francia nel XVII secolo - I giuristi alla ricerca di un sistema unitario* », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1969, vol. 37, p. 1 s.
- Guyon (Y.), « Application aux associations du droit des sociétés », obs. sur Civ. 1^{re}, 29 nov. 1994, *Rev. sociétés* 1995, p. 318.
- Guzmán Brito (A.), « *Sobre la historia de las nociones de derecho común y derecho propio* », préf. à B. Bravo Lira, *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1989, p. XI s.
- Hauriou (M.), note sur CE 31 mai 1907, *Deplanque*, S. 1907, 3, p. 113 s.
- Hauser (J.), « Les difficultés de la recodification : les personnes », in *Le Code civil 1804-2004 - Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz-Litec, 2004, p. 201 s.
- Hauser (J.), « Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ? », *RLDC* juin 2011, art. 4288, p. 69 s.
- Hauser (J.), « Vers une théorie générale du droit familial ? », *D.* 1991, chron. XII, p. 56.
- Houtcieff (D.), « Le droit des sûretés hors le Code civil », *LPA* 22 juin 2005, p. 8 s.
- Halpérin (J.-L.), « La détermination du champ juridique à la lumière de travaux récents d'histoire du droit », *Droit et société* n^o 81, 2012, p. 403 s.
- Halpérin (J.-L.), « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *RIDC* 2000, p. 717 s.
- Hennion-Jacquet (P.), « Le droit local du travail alsacien-mosellan : principe d'égalité neutralisé, principe de légalité consacré », *D.* 2012, p. 1047 s.
- Heuzé (V.), « Le technocrate et l'imbécile - Essai d'explication du droit commun européen de la vente », *JCP G* 2012, 750, p. 1225 s.

- Holleaux (A.), « La fin des règles générales », *Bull. LAP* 1976, p. 419 s. (p. 7 s. du n° 39).
- Houin-Bressand (C.), « Durée de la prescription et nature de la créance », in *Mélanges B. Gross*, PU Nancy, 2009, p. 103 s.
- Hughes (G.), « *Common law systems* », in *Fundamentals of American law*, dir. A. B. Morrison, Oxford University Press, 1996, p. 9 s.
- Jacob (F.) et Rontchevsky (N.), « L'application de l'article 1415 du code civil aux garanties », in *Mélanges AEDBF-France III*, Banque, 2001, p. 197 s.
- Jacquemin (Z.), « Les instruments du droit commun européen », in *Les nouvelles échelles du droit commun*, dir. M. Boumghar et V. Durand, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 71 s.
- Jamin (C.), « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité - À propos du centenaire du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », *RIDC* 2000, p. 733 s. (également in *Variations autour d'un droit commun - Travaux préparatoires*, Paris, SLC, 2001, p. 31 s.).
- Jauffret-Spinosi (C.), « Le temps et le droit », Conférence inaugurale de la chaire Jean-Louis Baudoïn, Université de Montréal, 2006.
- Jèze (G.), *RDP* 1914, p. 145 s., spéc. p. 153, note sous CE 31 juill. 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*.
- Jolowicz (J. A.), « New perspectives of a common law of Europe : some practical aspects and the case for applied comparative law », in *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 237 s.
- Josselin-Gall (M.), « La place de l'État dans les relations internationales et son incidence sur les relations privées internationales », in *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz, 2004, p. 493 s.
- Josserand (L.), « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *DH* 1937, chron. p. 1 s.
- Jourdain (P.), obs. sur Civ. 1^{re}, 27 sept. 2006, *RTD civ.* 2006, p. 126 s.
- Juglart (M. de), « Droit commun et droit maritime », *DMF* 1986, p. 259 s.
- Juillet (C.), « Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir », in *Mélanges C. Larroumet*, Paris, Economica, 2009, p. 241 s.
- Kassirer (N.), « *A civilian dictionary for the common law of the droit commun* », in *Jurilinguistique*, dir. J.-C. Gémard et N. Kassirer, Thémis, Montréal, 2005, p. 43 s.
- Kenfack (H.), « Clause d'adhésion obligatoire à une association de commerçants : le triomphe du droit commun et de l'esprit du droit des affaires », note sous Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, *D.* 2012, p. 2490 s.
- Khairallah (G.), « Le droit commun de la faillite internationale à l'heure du droit européen de l'insolvabilité », in *Mélanges Ph. Merle*, Paris, Dalloz, 2012, p. 417 s.
- Khun (C.), « Le droit commun du gage », *LPA* 27 mars 2008, p. 37 s.
- Koopmans (T.), « Towards a new "*ius commune*" », in *Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, dir. B. de Witte et C. Forder, Maastricht, Kluwer, 1992, p. 43 s.
- Kordela (M.), « *Validity and the general principles of law* », in *Mélanges J.-L. Bergel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 283 s.
- Koskenniemi (M.) (dir.), « La fragmentation du droit international », rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, ONU, 2006.
- Kreutzer (K.), « La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives », in *Unifier le droit : le rêve impossible ?*, dir. L. Vogel, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2001, p. 97 s.
- Krynén (J.), « Le droit romain, "droit commun de la France" », *Droits*, 2003, n° 38, p. 21 s.
- Krynén (J.), « *Voluntas domini regis in suo regno facit ius*. Le roi de France et la coutume », in *El dret comú i Catalunya. Actes del VII Simposi internacional*, Fundació Noguera, Barcelone, 1998, p. 59 s.
- Kullmann (J.), « Fautes et sanctions liées à la prescription », in *Le désordre de la prescription*, dir. P. Courbe, Rouen, PU Rouen, 2000, p. 97 s.
- Labetoulle (D.), « Une histoire de troïka », in *Mélanges L. Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 83 s.
- Laithier (Y.-M.), « La rigueur du droit commun ? », obs. sous Civ. 1^{re}, 11 déc. 2008, *RDC* 2009, p. 477 s.
- Lambert (A.) et Boulard (J.-C.), « Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative », 26 mars 2013.
- Lambert (É.), « Droit comparé et droit commun international », in *Mélanges F. Gény*, t. 3, Paris, Sirey, 1934, p. 467 s. (titre X du recueil).
- Lambert (É.), « Le droit commun de la Société des Nations », *Acta academiae universalis jurisprudentiae comparativa*, t. 1, 1927, p. 1 s.
- Lambert (É.), « Sources du droit comparé ou supranational - Législation uniforme et jurisprudence comparative », in *Mélanges F. Gény*, t. 3, Paris, Sirey, 1934, p. 478 s.
- Lardeux (G.), « "*Specialia generalibus derogant*" ou la simplicité apparente des fausses évidences », obs. sur Civ. 3^e, 28 mai 2008, *RDC* 2008, p. 1251 s.

Larribau-Terneyre (V.), « La pluralité des régimes de gage », *RLDA* mars 2007, n° 14, étude 851, p. 73 s.

Larroumet (C.), « La valeur des principes d'UNIDROIT applicables aux contrats du commerce international », *JCP G* 1997, I, 4011.

Larroumet (C.), note sous Ass. plén., 29 mars 1991, *D.* 1991, jur. p. 324 s.

Lasserre-Kiesow (V.), « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *RDC* 2008, p. 1449 s.

Latina (M.), « L'impact de l'harmonisation européenne sur le droit commun des contrats », in *Les nouvelles échelles du droit commun*, dir. M. Boumghar et V. Durand, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 95 s.

Laumann (E. O.) et Heinz (J. P.), « Specialization and prestige in the legal profession : the structure of deference », *Law & social inquiry - Journal of the American bar foundation* 1977, p. 155 s. (1977 Am. B. Found. Res. J. 155).

Leca (A.), « Le *jus commune* dans deux ouvrages français de la fin du XIV^e siècle », in *Le droit commun et l'Europe*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 83 s.

Le Cannu (P.), « Existe-t-il une société de droit commun ? », in *Mélanges M. Jeantin*, Paris, Dalloz, 1999, p. 247 s.

Le Corre-Broly (E.), « Le gage sur véhicule automobile source d'interrogations », *D.* 2014, p. 440 s.

Leduc (F.), « Les concours entre les régimes spéciaux et le droit commun », *RCA* févr. 2012, dossier spécial, « Les concours de responsabilités : entre dialogue et conflits », article 10, p. 48 s.

Leduc (F.), « L'œuvre du législateur moderne : vices et vertus des régimes spéciaux », *RCA* juin 2001, n° 6 bis (*La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle - Bilan prospectif*), p. 50 s.

Lefebvre-Teillard, « Les différents facteurs d'unification dans l'ancien droit », in *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 77 s.

Legeais (D.), « La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », in *Mélanges Ph. Simler*, Paris, Dalloz, 2006, p. 367 s.

Legeais (D.), « Le Code de la consommation siège d'un nouveau droit commun du cautionnement », *JCP E* 2003, comm. 1433, p. 1610 s.

Legeais (D.), obs. sur Civ. 1^{re}, 11 juin 2009, *RTD com.* 2009, p. 600.

Legeais (D.), obs. sur Com. 19 févr. 2013, *RTD com.* 2013, p. 574.

Legeais (D.), obs. sur Com. 19 févr. 2013, *RD banc. fin.* mars-avr. 2013. comm. 59.

Legendre (P.), « Remarques sur la re-féodalisation de la France », in *Mélanges G. Dupuis*, Paris, LGDJ, 1997, p. 201 s.

Lelieur (J.), « L'application analogique du régime du cautionnement à la sûreté réelle pour autrui », *RRJ* 2007, p. 1235 s.

Lemaire (F.), « L'outre-mer, l'unité et l'indivisibilité de la République », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* n° 35, *La Constitution et l'outre-mer*, 2012, p. 95 s.

Lemouland (J.-J.), « L'émergence d'un droit commun des couples », in *Mariage-conjugalité - Parenté-parentalité*, dir. H. Fulchiron, Paris, Dalloz, 2009, p. 33 s.

Le Prado (D.), « Abordage et droit commun : dernières précisions de la Cour de cassation », *DMF* 2006, p. 990 s.

Lequette (Y.), « La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001 : continuité ou rupture ? », in *Mélanges Ph. Simler*, Paris, Dalloz, 2006, p. 167 s.

Lequette (Y.), « Le droit est la semence des mœurs », in *Le discours et le Code - Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Paris, Litec, 2004, p. 391 s.

Leroy-Beaulieu (P.), « Le privilège et la législation spéciale à propos des habitations populaires », *L'Économiste français*, 9 juill. 1892.

Leroyer (A.-M.), commentaire de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *RTD civ.* 2006, p. 612 s.

Leroyer (A.-M.), commentaire de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *RTD civ.* 2007, p. 394 s.

Leroyer (A.-M.), commentaire de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, *RTD civ.* 2008, p. 563 s.

Lescot (P.), « Les tribunaux en face de la carence du législateur », *JCP G* 1966, I, 2007.

Le Tourneau (Ph.), « Quelques aspects de l'évolution des contrats », in *Mélanges P. Raynaud*, Paris et Toulouse, Dalloz-Sirey, 1985, p. 349 s.

Leveneur (L.), « Attention aux confusions : la Convention de Vienne ne traite pas de la prescription des actions de l'acheteur ! », obs. sur Com. 3 févr. 2009, *JCP E* 2009, 1408.

Leveneur (L.), « Le Code civil, cadre normatif concurrencé », in *Le Code civil, une leçon de légistique ?*, dir. B. Saintourens, Paris, Economica, 2006, p. 123 s.

Leveneur (L.), « Le nouvel article 2254 du Code civil », in *Mélanges C. Larroumet*, Paris, Economica, 2010, p. 283 s.

Leveneur (L.), « Pour le droit de retour de l'article 757-3 du Code civil, avec quelques améliorations », in *Mélanges Ph. Simler*, Paris, Dalloz-Litec, 2006, p. 185 s.

Leveneur (L.), « Réforme de la prescription : trois petits tours au parlement et quelques questions », *CCC* août 2008, comm. n° 195.

Lévy (J.-Ph.), « Coup d'œil historique d'ensemble sur les sûretés réelles », in *Diachroniques*, Paris, Loysel, 1995, p. 169 s.

Leyte (G.), « "Le droit commun de la France". Observations sur l'apport des arrétistes », *Droits* 2003, n° 38, p. 53 s.

Leyte (G.), « Prescriptibilité et imprescriptibilité dans l'ancien droit public français » (XVI^e-XVIII^e siècle), *Droits* 2000, n° 31, p. 3 s.

Libchaber (R.), « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », *RTD civ.* 1997, p. 792 s.

Libchaber (R.), « Réflexions sur le "désordre juridique français" », in *Mélanges A. Decocq*, Paris, Litec, 2004, p. 405 s.

Licari (F.-X.), « Le nouveau droit français de la prescription extinctive à la lumière d'expériences étrangères », *RIDC* 2009-4, p. 739 s.

Lima (O. J.), « *Accidentes de trabajo y acción de derecho común* », *Trabajo y seguridad social* (Buenos Aires) t. 9, 1982, p. 105 s.

Limpens (J.), « Les facteurs propices à l'écllosion et au développement d'un droit commun européen », in *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 75 s.

Lisanti (C.), « Le nantissement des meubles incorporels : une sûreté d'un genre pluriel ? », in *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, dir. S. Cabrillac, C. Albigès et C. Lisanti, Paris, Litec, 2007, p. 53 s.

Lucas (A.), note sous Civ. 1^{re}, 11 janv. 1989 (deux arrêts), *JCP G* 1989, II, 21378.

Malaurie (Ph.), « Examen critique du projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs », *Deffrénois* 2007, art. 38510, p. 13 s.

Malaurie (Ph.), « La réforme de la prescription civile », *Deffrénois* 2007, art. 38688, p. 1659 s.

Malaurie (Ph.), « La réforme de la protection juridique des majeurs », *Deffrénois* 2007, art. 38569, p. 557 s.

Malaurie (Ph.), « Les dix premières années de notre siècle et le droit civil », *JCP G* 2010, 427.

Marais (A.), « L'application dans le temps de l'article 2270-2 devenu l'article 1792-4-2 du code civil », *RDI* 2009, p. 361.

Marie (C.-V.), « Le cinquième DOM : mythe et réalités », *Pouvoirs* 2005, n° 113, p. 171 s.

Marion (G. G.), « L'outre-mer français : de la domination à la reconnaissance », *Pouvoirs* 2005, n° 113, p. 23 s.

Martial (N.), « Le droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles à l'aune de la réforme du droit des sûretés », in *Propriété intellectuelle et droit commun*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, p. 307 s.

Martial-Braz (N.), « L'inévitable caractère exclusif du gage sur stock ou les conséquences des errements du législateur de 2006 », *JCP G* 2013, 539.

Martin-Serf (A.) obs. sur Com. 30 mars 2010, *RTD com.* 2010, p. 614.

Marty (G.), « De la relation de cause à effet comme condition de la responsabilité », *RTD civ.* 1939, p. 685 s.

Mauclair (S.), « La force normative de l'adage *specialia generalibus derogant* », in *La force normative*, dir. C. Thibierge, Paris, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 223 s.

Mayali (L.), « *Ius civile* et *ius commune* dans la tradition juridique médiévale », in *Droit romain, jus civile et droit français*, dir. J. Krynen, PU Toulouse, 1999, p. 201 s.

Mazeaud (D.), *RTD civ.* 2012, p. 177 s. (compte-rendu de J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*).

Mazeaud (D.), « Droit commun du contrat et droit de la consommation : nouvelles frontières ? », in *Mélanges J. Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 697 s.

Mazeaud (D.), « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Paris, Dalloz, 2005, p. 73 s.

Mazeaud (D.), « Ordre public et aménagements de la prescription », in *Les désordres de la prescription*, dir. P. Courbe, PU Rouen, 2000, p. 85 s.

Mazeaud (D.), « Prescription et contrat au XXI^e siècle : florilège positif et prospectif », *Justice & cassation* 2007, p. 83 s.

Mazeaud (D.), obs. sur CJCE 25 avr. 2002, *D.* 2003, somm. p. 463.

Mazeaud (D.) et Wintgen (R.), « La prescription extinctive dans les codifications savantes », *D.* 2008, p. 2523 s.

Mekki (M.), « La force normative des groupes d'intérêt : entre ombre et lumière », in *La force normative*, dir. C. Thibierge, Paris, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 233 s.

Mekki (M.), « L'influence normative des groupes d'intérêt : force vive ou force subversive ? », *JCP G* 2009, 370 (« identification ») et 392 (« encadrement »).

Mekki (M.), note sous Civ. 1^{re}, 24 janv. 2006, *JCP G* 2006, II, 10036.

Mélin-Soucramanien (F.), « Les collectivités territoriales régies par l'article 73 », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* n° 35, *La Constitution et l'outre-mer*, 2012, p. 25 s.

Menétréy (S.) et Racine (J.-B.), « La densification normative de la *lex mercatoria* », in *La densification normative*, dir. C. Thibierge, Paris, Mare et Martin, 2013, p. 415 s.

Mésa (R.), « La place du droit commun dans ses rapports avec le droit pénal », in *Les nouvelles échelles du droit commun*, dir. M. Boumghar et V. Durand, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 35 s.

Mésa (R.), « Les principes de nécessité et de subsidiarité en matière de protection des majeurs », *RLDC* juill.-août 2012, art. 4742, p. 37 s.

Mestre (J.), obs. sur Civ. 1^{re}, 17 mars 1987, *RTD civ.* 1987, p. 755 s.

Meynal (E.), « Remarques sur le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'œuvre d'unification du droit en France, depuis la rédaction des Coutumes jusqu'à la Révolution, en particulier dans la succession aux propres », in *Congrès international de droit comparé - Procès-verbaux des séances et documents*, t. 1, Paris, LGDJ, 1905, p. 269 s.

Miaille (M.), « Définir le droit », *APD* 1990, n° 11, p. 41 s.

Mignot (M.), « Aperçu critique de l'avant-projet de loi sur la prescription », *RRJ* 2007, n° 4, p. 1639 s.

Mignot (M.), « Caution et co-débiteur solidaire : de la nécessité d'un droit commun des garanties personnelles », *RLDC* n° 101, févr. 2013, p. 28 s.

Mignot (M.), « Le délai butoir », *Gaz. Pal.* 26 févr. 2009, p. 2 s.

Mikalef-Toudic (V.) et Cermolacce (A.), « Catégorie de personnes et capacité », in *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil*, dir. P. Bloch, C. Duvert et N. Sauphanor-Brouillaud, Paris, Economica, 2006, p. 41 s.

Minet-Letalle (C.), « Le droit commun de l'Union européenne et le droit social », in *Les nouvelles échelles du droit commun*, dir. M. Boumghar et V. Durand, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 127 s.

Molfessis (N.), « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », in *Sécurité juridique et complexité du droit*, Conseil d'État, études et documents n° 57, Documentation française, 2006, p. 391 s.

Molfessis (N.), « La loi de la course », *RTD civ.* 1998, p. 778 s.

Molfessis (N.), « La tradition locale et la force de la règle de droit », *RTD civ.* 2002, p. 181 s.

Molfessis (N.), « Le code civil et le pullulement des codes », in *1804-2004, Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 309 s.

Molfessis (N.), « Le renvoi d'un texte à un autre », *RRJ* 1997, n° 4, cah. méthod. jur. n° 12, p. 1193 s.

Molfessis (N.), « Le titre des lois », in *Mélanges P. Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 47 s.

Monjal (P.-Y.), « À la recherche d'une notion perdue : le "commun" », in *Le commun dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 7 s.

Montas (A.), « Le rapport du droit maritime au droit commun, entre simple particularisme et véritable autonomie », *DMF* 2008, p. 307 s.

Montel (A.), « Considérations en matière de réforme de la prescription », *RTD civ.* 1936, p. 637 s.

Moreau (A.) et Brotons (M.), « Les principales modifications apportées par la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription civile », *LPA* 31 juill. 2008, p. 17 s.

Motulsky (H.), « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.* 1972, chron. p. 91 s.

Mouly (C.), « La doctrine, source d'unification internationale du droit », *RIDC* 1986, p. 351 s.

Mouly (J.), « Le nouvel article L. 321-3 du code du sport : une rupture inutile avec le droit commun », *D.* 2012, p. 1070 s.

- Mouly (J.), « Les concours de régimes spéciaux », *RCA* févr. 2012, dossier spécial, « Les concours de responsabilités : entre dialogue et conflits », article 11, p. 55 s.
- Mozos (J. L. de los), « *El “derecho común” en la formación del derecho civil* », in *Estudios I. Serrano*, t. 1, Valladolid, 1965, p. 157 s.
- Müller-Graff (P.-C.), « *Common private law in the European Community* », in *Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, Maastricht, Kluwer, 1992, p. 239 s.
- Nast (M.), « L'introduction des lois civiles et commerciales françaises en Alsace et Lorraine », *Clunet* 1925, p. 62 s.
- Niboyet (J.-P.), note sous Req. 24 mars 1924, *S.* 1924, 1, p. 145 s.
- Nicod (M.), « Le don manuel d'un chat à l'origine d'un litige successoral », note sous CA Paris, 15 sept. 2005, *D.* 2005, p. 2918 s.
- Nourissat (C.), « Un droit commun européen de la vente », *JCP E* 2012, 1204, chron. de droit du commerce international, n° 2.
- Oppetit (B.), « La décodification du droit commercial », in *Mélanges R. Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 197 s.
- Oppetit (B.), « L'apparition de tendances régressives », in *Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998, p. 113 s.
- Oppetit (B.), « Le développement des règles matérielles », *TCFDIP* 1985, Paris, CNRS, 1988, p. 121 s.
- Oppetit (B.), « Retour à un droit commun européen », in *Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998, p. 73 s. (initialement publié sous le titre « Droit commun et droit européen », in *Mélanges Y. Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, p. 311 s.).
- Ost (F.), « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : amorce d'un nouveau “*ius commune*” ? », in *Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, dir. B. de Witte et C. Forder, Maastricht, Kluwer, 1992, p. 683 s.
- Ould-Aklouche (Y.), « Réflexions sur le droit commun de la protection des majeurs (étude théorique et critique des articles 415 à 424 du Code civil) », *RRJ* 2012, p. 1767 s.
- Pailler (P.), obs. sur Com. 19 févr. 2013, *Gaz. Pal.* 13 avr. 2013, p. 29 s.
- Pastorel (J.-P.), « Le principe d'égalité en outre-mer », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* n° 35, *La Constitution et l'outre-mer*, 2012, p. 73 s.
- Peljak (D.), « La fin du droit local d'Alsace-Moselle ? », *AJDA* 2011, p. 2211 s.
- Pérès (C.), « Intérêt général et lois restrictives de responsabilité civile », in *Mélanges G. Viney*, Paris, LGDJ, 2008, p. 805 s.
- Pérès (C.), « La prescription de la pétition d'hérédité : pour une intervention législative », *D.* 2011, p. 2416 s.
- Pétel (Ph.), « Décodification et recodification : un si mauvais code ? », in *Bicentenaire du Code de commerce : la transformation du droit commercial sous l'impulsion de la jurisprudence*, Cour de cassation et Centre Sorbonne-Affaires de l'Institut A. Tunc, Paris, Dalloz, 2007, p. 23 s.
- Petit (C.), « De la renonciation au statut civil de droit commun au profit du statut coutumier », avis sur Civ. 1^{re}, 26 juin 2013, *RLDC* n° 106, juill.-août 2013, 5177, p. 57 s.
- Petot (P.), « Le droit commun selon les coutumiers », *RHDFE* 1960, p. 412 s.
- Pfersmann (O.), « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC* 2001, p. 275 s.
- Picard (É.), « Le droit comparé est-il du droit ? », *Annuaire de l'Institut Michel Villey* 2009, vol. 1, p. 173 s.
- Pichard (M.), « Une “règle de conflit” : l'exemple du droit des majeurs protégés », in *Les conflits de normes - Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes*, dir. F. Peraldi-Leneuf et S. Schiller, CRDP Lille II et Mission de recherche droit et justice, 2012, p. 51 s.
- Picod (Y.), *Droit du marché et droit commun des obligations*, *RTD com.* 1998, p. 1 s.
- Piette (G.), « Le nantissement de meubles incorporels », *RLDA* mars 2007, n° 14, étude 584, p. 90 s.
- Piette (G.) et Lasserre Capdeville (J.), « L'avaliste ne peut invoquer l'application du droit régissant le cautionnement », *D.* 2014, p. 518 s.
- Pimont (S.), « Peut-on réduire le droit en théories générales ? », *RTD civ.* 2009, p. 417 s.
- Plaisant (R.), note sous CA Paris, 13 janv. 1947, *JCP* 1947, II, 3808.
- Planiol (M.), obs. sous Req. 3 juin 1893, *DP* 1894, 1, p. 17 s.
- Plessix (B.), « La réforme de la prescription en matière civile et le droit administratif », *RFDA* 2008, p. 1219 s.
- Pollaud-Dulian (F.), « De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires », *RTD com.* 1997, p. 349 s.
- Pollaud-Dulian (F.), « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges Y. Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 925 s.

- Poumarède (J.), « De la fin des coutumes à la survie des usages locaux - Le Code civil face aux particularismes », in *Les penseurs du Code civil*, dir. C. Gauvard, Paris, Documentation française, 2009, p. 173 s.
- Poumarède (M.), « Les régimes particuliers de responsabilité civile, ces oubliés de l'avant-projet Catala », *D.* 2006, p. 2420 s.
- Puig (P.), « L'avènement des sources optionnelles de droit (sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente du 11 oct. 2011) », *RTD civ.* 2012, p. 493 s.
- Puig (P.), « Pour un droit commun spécial des contrats », in *Mélanges Jacques Foyer*, Paris, Economica, 2007, p. 825 s.
- Putman (E.), « Remarques sur la demande subsidiaire », *JCP G* 1991, I, 3493.
- Radé (C.), « L'exorbitance du droit administratif : regard d'un privatiste », in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, dir. F. Melleray, Université de Poitiers, 2004, p. 45 s.
- Radin (M.), « La censure des coutumes », in *Mélanges F. Gény*, t. 1, Paris, Sirey, 1934, p. 89 s.
- Ralser (É.), « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 733 s.
- Randoux (D.), « Vers un droit commun des groupements », *JCP G* 1996, I, 3982.
- Ray (J. D.), « *Reflexiones sobre la interpretación de normas de derecho común en relación con sectores específicos del ordenamiento jurídico* », *La Ley* (Buenos Aires) 1987-E, p. 596 s.
- Raynard (J.), « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », *RDC* 2006, p. 597 s.
- Rebourg (M.), « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », *Dr. fam.* mai 2007, étude 16.
- Rémy (Ph.), « La jurisprudence des contrats spéciaux - Quarante ans de chronique à la *Revue trimestrielle de droit civil* », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Poitiers, PUF, 1986, p. 103 s.
- Rémy (Ph.), « Regards sur le Code », in *Le Code civil, 1804-2004 - Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz-Litec, 2004, p. 99 s.
- Renoux-Zagamé (M.-F.), « Du droit commun doctrinal au droit commun positif : leçons des plaidoyers du Parquet », in *Traditions savantes et codifications*, dir. C. Ophèle et Ph. Rémy, Paris, LGDJ, 2007, p. 3 s.
- Renoux-Zagamé (M.-F.), « La méthode du droit commun : réflexions sur la logique des droits non codifiés », *RHFD SJ* 1990, p. 133 s.
- Renoux-Zagamé (M.-F.), « Le droit commun européen entre histoire et raison », *Droits* 1991, n° 14, p. 27 s.
- Riehm (T.), « Produits défectueux : quel avenir pour les droits communs ? », *D.* 2007, p. 2749 s.
- Rivard (A.), « La notion du "droit commun" » *La Revue du droit*, vol. 3, n° 6, févr. 1925, p. 257 s. (3 R. du D. 257).
- Rivero (J.), « Vers un droit commun européen : nouvelles perspectives en droit administratif », in *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 389 s.
- Rochfeld (J.), « Entre propriété et accès : la résurgence du commun (bien commun, patrimoine commun, droit à l'accès) », in *La bio-équité*, dir. F. Bellivier et C. Noiville, Paris, Autrement, 2009, p. 69 s.
- Rodriguez (K.), « Association : la méthode du renvoi au droit des sociétés », *D.* 2006, p. 2037 s.
- Rontchevsky (N.), obs. sur Com. 19 févr. 2013, *Banque et droit* n° 148, mars-avr. 2013, p. 52 s.
- Rouquette (R.), « Les prescriptions en droit administratif », *Dr. adm.* 2002, n°s 8-9, étude n° 15, p. 6 s.
- Rouvière (F.), « Le caractère subsidiaire du cautionnement », *RTD com.* 2011, p. 689 s.
- Roux (A.), « Normes nationales et normes locales dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RRJ* 1992, p. 73 s.
- Roux (A.), « Normes nationales et normes locales - Dernières évolutions », in *Mélanges J.-C. Escarras*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 375 s.
- Rubi-Cavagna (É.), « Les arguments d'opportunité », in *Le raisonnement juridique - Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, dir. P. Deumier, Paris, Dalloz, 2013, p. 217 s.
- Sabatatakis (E.), « Le droit commun aux États membres de l'Union européenne et le droit social », in *Les nouvelles échelles du droit commun*, dir. M. Boumghar et V. Durand, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 141 s.
- Sacco (R.), « Droit commun de l'Europe et composantes du droit », in *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 95 s.
- Sacco (R.), « Les problèmes d'unification du droit », in *Unifier le droit : le rêve impossible ?*, dir. L. Vogel, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2001, p. 9 s.
- Saint-Alary-Houin (C.), « Les privilèges de la procédure », *LPA* 14 juin 2007, p. 70 s.

- Saint-Alary-Houin (C.), « Les procédures collectives : le rôle de la jurisprudence dans l'évolution du droit des faillites vers la sauvegarde des entreprises », in *Bicentenaire du Code de commerce : la transformation du droit commercial sous l'impulsion de la jurisprudence*, Cour de cassation et Centre Sorbonne-Affaires de l'Institut A. Tunc, Dalloz, 2007, p. 135 s.
- Saint-Alary-Houin (C.), « Une nouvelle fonction de l'immeuble : "la cohésion sociale" », in *Mélanges R. Saint-Alary*, PU Toulouse, 2006, p. 499 s.
- Saint-Alary-Houin (C.), obs. sur Civ. 3^e, 27 avr. 2000 et Civ. 3^e, 29 mars 2000, *Dr. et patr.* n° 87, nov. 2000, p. 87 s.
- Saint-Didier (C.) et Zalewski (V.), « Copropriété et réforme de la prescription », *AJDI* 2008, p. 738 s.
- Saintourens (B.), obs. sur Com. 15 janv. 2002, *RTD com.* 2002, p. 265.
- Saison-Demars (J.), « Le juge administratif et les interactions législatives à la lumière de l'adage *lex specialis derogat generali* », in *Les conflits de normes - Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes*, dir. F. Peraldi-Leneuf et S. Schiller, CRDP Lille II et Mission de recherche droit et justice, 2012, p. 118 s.
- Salcedo Izu (J.), « *El derecho común y Navarra* », in *Le droit commun et l'Europe*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 227 s.
- Salvia (M. de), « L'élaboration d'un "*ius commune*" des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne : l'œuvre accomplie par la Commission et la Cour européennes des Droits de l'Homme », in *Mélanges G. Wiarda*, 2^e éd., Cologne-Berlin-Bonn-Munich, Carl Heymanns Verlag KG, 1990, p. 555 s.
- Sander (É.), « Le droit local alsacien-mosellan : un pluralisme dans un système unitaire », in *Le code civil français en Alsace, en Allemagne et en Belgique*, dir. D. d'Ambra et a., Strasbourg, PU Strasbourg, 2006, p. 134 s.
- Santucci (M.-R.), « Les divergences jurisprudentielles dans l'Ancien droit », in *Les divergences de jurisprudence*, dir. P. Ancel et M.-C. Rivier, PU Saint-Étienne, 2003, p. 27 s.
- Savatier (R.), « Droit privé et droit public », *D.* 1946, chron. VII, p. 25 s.
- Savatier (R.), « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.* 1977, chron. V, p. 43 s.
- Sherman (C. P.), « *Acquisitive prescription - Its existing world-wide uniformity* », *Yale Law Journal* déc. 1911, n° 21, p. 147 s.
- Schulze (R.), « La renaissance de l'idée de *jus commune* », in *Variations autour d'un droit commun*, dir. M. Delmas-Marty, H. Muir Watt et H. Ruiz Fabri, Paris, SLC, 2002, p. 181 s.
- Schulze (R.), « Le droit privé commun européen », *RIDC* 1995, p. 7 s.
- Seube (J.-B.), « "Les dispositions relatives à l'outre-mer" du code de commerce (l'exemple de Mayotte) », in *Mélanges D. Tricot*, Litec-Dalloz, 2011, p. 279 s.
- Simler (Ph.), « Dispositions générales du Livre IV nouveau du Code civil », *JCP G* 2006, supplément au n° 20, étude n° 2, p. 5 s.
- Simler (Ph.), « *Eppur, si muove!* (Galilée) Et pourtant une sûreté réelle constituée en garantie de la dette d'un tiers est un cautionnement... réel », *JCP G* 2006, I, 172.
- Sintez (C.), « Les propositions de droit sont-elles du droit ? De la force normative du rapport Catala », in *La force normative*, dir. C. Thibierge, Paris, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 243 s.
- Siri (A.), « Des adages *lex posterior derogat priori* et *specialia generalibus derogant*. Contribution à l'étude des modes de résolution des conflits de normes en droit français », *RRJ* 2009, p. 1781 s.
- Souty (P.), « La prescription trentenaire doit disparaître », *Gaz. Pal.* 1948, 1, doct., p. 43 s.
- Storck (M.), « La prescription commerciale et la réforme du 17 juin 2008 », *LPA* 2 avr. 2009, p. 37 s.
- Supiot (A.), « La contribution du droit social au droit commun des contrats », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé*, dir. A. Wijffels, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 47 s.
- Synvet (H.), « Le nantissement des meubles incorporels », *Dr. et patr.* n° 140, sept. 2005, p. 64 s.
- Tallon (D.), « Variations autour de la loi du 30 ventôse an XII "contenant la réunion des lois civiles en un seul corps de lois, sous le titre de code civil des français" à l'intention de futurs codificateurs français ou européens », in *Mélanges X. Blanc-Jouvan*, Paris, SLC, 2005, p. 837 s.
- Terré (F.), « De Tucuman à Bruxelles - Au sujet d'un droit commun des contrats en Amérique latine », *JCP G* 2012, p. 1710 s.
- Terré (F.), « Droit local et pluralisme juridique », reprod. in *Du juridique et du social*, Paris, Mare et Martin, 2012, p. 101 s.
- Terré (F.), « La "crise de la loi" », *APD* 1980, t. 25, *La loi*, p. 17 s.

- Terré (F.), « Propos introductifs théoriques sur les conflits de normes », in *Les conflits de normes - Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes*, dir. F. Peraldi-Leneuf et S. Schiller, CRDP Lille II et Mission de recherche droit et justice, 2012, p. 8 s.
- Tetley (W.), « *The general maritime law - The lex maritima (with a brief reference to the ius commune in arbitration law and the conflict of laws)* », *Syracuse journal of international law* 1994, vol. 20, p. 105 s. (20 SYRJLC 105).
- Théry (Ph.), « La “jurisprudence” des cours d’appel et l’élaboration de la norme », in *La Cour de cassation et l’élaboration du droit*, dir. N. Molfessis, Paris, Economica, 2004, p. 129 s.
- Thieme (H.), « Le “droit commun germanique” du moyen-âge. Fantaisie des professeurs du XIX^e siècle ou réalité ? », in *Mélanges J. Yver (Droit privé et institutions régionales)*, Paris, PUF, 1976, p. 663 s.
- Thireau (J.-L.), « Le comparatisme et la naissance du droit français », *RHFDJSJ* 1990, n° 10-11, p. 153 s.
- Thireau (J.-L.), « Le droit français entre droit commun et codification », in *Il diritto patrio - Tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, dir. I. Birocchi et A. Mattone, Rome, Viella, 2006, p. 75 s.
- Thomat-Raynaud (A.-L.), « L’action en nullité d’une donation entre vifs ou d’un testament pour insanité d’esprit se prescrit par cinq ans », note sous Civ. 1^{re}, 11 janv. 2005, *D.* 2005, p. 1207 s.
- Thouret (S.), « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », *Deffrénois* 2009, art. 38884, p. 185 s.a
- Tosi (J.-P.), « Exclusivité du droit spécial ? L’exemple de la responsabilité du transporteur aérien », in *Mélanges Y. Serra*, Paris, Dalloz, 2006, p. 431 s.
- Toujas (G.), « De la prescription en matière commerciale », *JCP* 1949, I, 748.
- Troper (M.), « La norme : déclin ou renouveau - Introduction », *Justice & cassation* 2012, p. 13 s.
- Tunc (A.), « Le droit en miettes », *APD* 1977, t. 22, reprod. in *Jalons - Dits et écrits d’André Tunc*, Paris, SLC, 1991, p. 205 s.
- Tunc (A.), « Standards juridiques et unification du droit », *RIDC* 1970, p. 247 s.
- Vallée (L.), « Élaboration de la norme et influences », *Justice & cassation* 2012, p. 99 s.
- Vallet de Goytisolo (J.), « *La crisis del derecho* », *Revista general de legislación y jurisprudencia* t. 212, 1962, p. 457 s.
- Vecchio (G. del), « Vers un droit mondial », in *Humanité et unité du droit*, Paris, LGDJ, 1963, p. 285 s.
- Vedel (G.), « Indéfinissable mais présent », *Droits* 1990, n° 11, p. 67 s.
- Vedel (G.), « Remarques sur la notion de clause exorbitante », in *Mélanges A. Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 527 s.
- Vénézia (J.-C.), « Le droit administratif français est-il encore un droit dérogatoire au droit commun ? », in *Mélanges E. Spiliotopoulos*, Athènes, Sakkoulas et Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 453 s.
- Verhas (C.), « Le droit commun en Europe : analogies terminologiques et nuances locales », in *Le droit commun et l’Europe*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 337 s.
- Verheyde (T.), obs. sous Civ. 1^{re}, 31 janv. 1995, *D.* 1996, jur. p. 123 s.
- Verhoeven (J.), « Souveraineté et mondialisation : libres propos », in *La mondialisation du droit*, dir. É. Loquin et C. Kessedjian, Dijon, Litec, 2000, p. 43 s.
- Verpeaux (M.), « Repos dominical en Alsace-Moselle et principe fondamental reconnu par les lois de la République », note sous Cons. const. 5 août 2011, *JCP G* 2011, 1290.
- Voinot (D.), « Droit commun européen et droit des procédures collectives », in *Les nouvelles échelles du droit commun*, dir. M. Boumghar et V. Durand, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 115 s.
- Warembourg (N.), « Le “droit commun coutumier”, un exemple paradoxal d’acculturation juridique », in *Iuris scripta historica*, t. 27, *Modernisme, tradition et acculturation juridique*, dir. B. Coppein, F. Stevens et L. Waelkens, Bruxelles, 2011, p. 161 s.
- Warsmann (J.-L.), « La simplification du droit ou comment lutter contre ce mal français : la prolifération des normes », *Justice & cassation* 2012, p. 105 s.
- Wijffels (A.), « Qu’est-ce que le *ius commune* ? », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, dir. A. Wijffels, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 643 s.
- Woehrling (J.-M.), « La décision du Conseil constitutionnel sur le droit local alsacien-mosellan : consécration ou restriction ? », *RFDA* 2012, p. 131 s.
- Yildirim (G.), « La modernisation des opérations de partage », *D.* 2006, p. 2570 s.
- Younger (L.), « What happened in Erie », *Texas Law Review* 1978, vol. 56, p. 1011 s. (56 TXLR 1011).
- Yver (J.), « Les sûretés personnelles en Normandie », in *Recueils de la société Jean Bodin pour l’histoire comparative des institutions*, t. 29, *Les sûretés personnelles*, Bruxelles, Librairie encyclopédique, 1974, p. 221 s.
- Zajtay (I.), « Sur le raisonnement par analogie comme méthode d’interprétation du droit », in *Liber amicorum B. H. C. Aubin*, Kehl, Engel, 1979, p. 305 s.

- Zenati-Castaing (F.), « La notion de divergence de jurisprudence », in *Les divergences de jurisprudence*, dir. P. Ancel et M.-C. Rivier, PU Saint-Étienne, 2003, p. 53 s.
- Zenati-Castaing (F.), « Le Code civil et la coutume », in *Mélanges Ph. Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, p. 607 s.
- Zenati-Castaing (F.), « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *RTD civ.* 2002, p. 15 s.
- Ziller (J.), « L'Union européenne et l'outre-mer », *Pouvoirs* 2005, n° 113, p. 145 s.

IV. Articles d'encyclopédies ou de dictionnaires

- Boucher d'Argis, *V*° « Droit commun », in *Encyclopédie*, dir. Diderot et d'Alembert.
- Cabrillac (R.) (dir.), *V*° « Droit commun », in *Vocabulaire juridique*, 5^e éd., Paris, LexisNexis, 2013.
- Carbasse (J.-M.), *V*° « Coutumes françaises », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, Paris, Lamy-PUF, coll. « Quadrige », 2003.
- Casso y Romero (I. de) (dir.), *V*° « *Derecho foral* », in *Diccionario de derecho privado - Derecho civil, común y foral, derecho mercantil, derecho notarial y registral, derecho canónico*, t. 1, Barcelone, Labor, 1961.
- Cornu (G.) (dir.), *V*° « Commun, une », in *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2013.
- Crocq (P.), *V*° « Gage », in *Rép. civ.* Dalloz, 2007.
- Escriche (don J.), *V*° « *Derecho común* », in *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Paris, Garnier, 1876, p. 551.
- Ferrière (C.-J. de), *V*° « Droit commun », in *Nouvelle introduction à la pratique*, t. 2, Paris, Brunet, 1735, pp. 92-93.
- Flory (M.), *V*° « Souveraineté », in *Rép. dr. internat.* Dalloz, 1998.
- Grimonprez (B.), *V*° « Prescription acquisitive », in *Rép. civ.* Dalloz, 2011.
- Guinchard (S.) et Debard (T.) (dir.), *V*° « Droit commun », in *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris, Dalloz, 2013.
- Hontebeyrie (A.), *V*° « Prescription extinctive », in *Rép. civ.* Dalloz, 2011.
- Legeais (D.), *V*° « Sûretés », in *Rép. civ.* Dalloz, 2006.
- Maulin (É.), *V*° « Souveraineté », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, Paris, PUF, 2003, p. 1434 s.
- Merlin (Ph.-A.), *V*° « Droit », (spéc. « *Droit commun* »), in *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 4, 4^e éd., Paris, Garnery, 1812, p. 390.
- Normand (J.), *V*° « Principes directeurs du procès », in *Dictionnaire de la justice*, dir. L. Cadet, Paris, PUF, 2004.
- Ossorio (M.), *V*° « *Derecho común* », in *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, 25^e éd. par G. Cabanellas de las Cuevas, Buenos Aires, Heliasta, 1998, p. 317.
- Pansier (F.-J.), *V*° « Collectivités territoriales d'outre-mer », in *Rép. com.* Dalloz, 2007.
- Picard (É.), *V*° « *Common law* », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, Paris, PUF, 2003, p. 238 s.
- Poumarède (J.), *V*° « Coutumes et droit écrit », in *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, 2^e éd., dir. L. Bély, Paris, PUF, 2003.
- Saint-Bonnet (F.), *V*° « Privilège », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, Paris, Lamy-PUF, coll. « Quadrige », 2003.
- Sheppard (S.) (dir.), *V*° « *Law, Common law (lex communis)* », in *Bouvier law dictionary (desk edition)*, New York, Wolters Kluwer, 2012.
- Thireau (J.-L.), *V*° « Droit commun », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, Paris, Lamy-PUF, coll. « Quadrige », 2003.
- Thomas (T. A.), *V*° « *Common law* », in *American jurisprudence*, 2^e éd., t. 15A, West group, 2000.
- Wharton (J. J. S.), *V*° « *Common law [lex communis]* », in *The law lexicon, or dictionary of jurisprudence (1848)*, réimpr. Littleton, Rothman & Co., 1987.

INDEX

(les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes ; le signe « + » indique que le terme qui suit fait également l'objet d'une entrée principale)

- A -**
- Abrogation tacite**
– du droit commun par la règle spéciale (non), 168
- Acte juridique**
+ droit commun matériel (non), 557 s.
- A contrario (argument)**
+ et analogie, 650 s.
- Adage**
v. « *Specialia generalibus derogant* »
- Allemagne**
v. « *Gemeines Recht* »
- Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten**
+ et droit commun territorial, 200
- Alsace-Moselle**
+ conflit de lois, 449 s., 473 s.
+ droit local, 374 s., 397, 400, 403 s. (justification), 418 s. (maintien)
- American Law Institute**
– propositions de droit commun territorial, 211
v. aussi « *Restatements* », « *Uniform commercial code* »
- Amérique latine**
v. « *Derecho común* »
- Analogie**
+ et *a contrario*, 650 s.
– interdiction pour les règles spéciales en présence de règles plus générales, 167, 626
– jurisprudentielle, 626 s.
– légale, 604 s.
- Angleterre**
v. « *Common law* »
- Anthropologie juridique**
+ et droit spécial territorial, 411
- A pari (argument)**
v. « Analogie »
- « Arrêté Miot »**
– et droit spécial territorial corse, 423
- Aristote**
– distinction droit commun/droit spécial (non), 157 (note)
- Assimilation législative**
+ et droit commun territorial, 332
v. aussi « Spécialité législative »
- Associations**
+ droit commun, 106, 562 s.
– et droit des sociétés, 639 s., 657
- Autonomie**
+ droit spécial (non), 87 (note)
- B -**
- Blanco (décision)**
+ et droit commun, 110 s., 219, 221, 728
- C -**
- Cassation**
– interprétation uniforme du droit commun matériel 530 s.
– interprétation uniforme du droit commun territorial, – 341 s.
– pour violation du droit commun, 90 s., 167
- Cautionnement**
+ droit commun matériel, 503
+ droit commun territorial, 310, 314, 336, 344
- Certificat d'héritier**
+ droit local d'Alsace-Moselle, 177, 376, 405, 407, 451, 478
- Clarté**
– du droit, 429, 779
- Clause exorbitante du droit commun**
– justification avancée, 736
– notion, 221
- Climats**
– théorie des -, 410
- Code civil**
+ et droit commun, 104 s.
+ Québec (disposition préliminaire), 15, 105, 205, 223
- Code civil local**
v. « Alsace-Moselle »
- Code de procédure civile de la Polynésie française**
v. « Polynésie française »
- Code du travail applicable à Mayotte**
v. « Mayotte »
- Codification**
+ et droit commun matériel, 530 (note)
+ et droit commun territorial, 327 s.
v. aussi « Code civil »
- Common law**
+ et droit commun, 3, 201 s.
- Commun**
+ définition, 65 s.
v. aussi « Droit commun »
- Compétence juridictionnelle**
+ de droit commun, 71
- Commune ley**
+ et droit commun, 201
- Conflit**
– entre droit commun et droit spécial, 432 s. (territorial), 782 s. (matériel)
– entre hiérarchie et primauté, 171, 437, 471
– entre primauté et option, 16, 171 s., 464, 798 s.
- Conseil constitutionnel**
– contrôle du droit spécial matériel, 740, 773 s., 779
– contrôle du droit spécial territorial, 423 s., 429
v. aussi « Constitutionnalité », « PFRLR », « Question prioritaire de constitutionnalité »
- Conseil d'État**
– rôle unificateur, 342 s. (droit commun territorial), 530 s. (droit commun matériel)
- Constitutionnalité**
+ du droit spécial matériel, 740, 773 s., 779
+ du droit spécial territorial, 374, 382, 423 s., 429
v. aussi « Conseil constitutionnel », « Question prioritaire de - »
- Contrat**
+ droit commun, 22, 71, 75, 81, 91, 105, 151, 177 s., 185, 209, 221, 237, 239
+ théorie générale, 51
- Contrats spéciaux**
– nécessité, 730 (note)
+ théorie générale des -, 151 (note)
v. aussi « Contrat »
- Convention européenne des droits de l'Homme**
– contrôle du droit spécial matériel, 772
– contrôle du droit spécial territorial, 425
+ et « droit commun européen », 120, 122 s.
+ Union européenne (adhésion), 123
- Convention internationale**
+ et « droit commun international », 125 s.
- Cour de cassation**
– rôle unificateur, 342 s. (droit commun

- territorial), 530 s.
(droit commun matériel)
- Cour de justice de l'Union européenne**
– interprétation unificatrice, 121
- Cour européenne des droits de l'Homme**
– interprétation unificatrice, 122
- Coutume**
– - locale et *droit commun de la France*, 252, 285 s., 353 s., 388, 420, 425
– - internationale, 127
v. aussi « Droit commun coutumier »
- Créance**
– nature ou qualité de la - (justification du droit spécial), 734 s., 740
- Critères**
+ du droit commun, 34 s., 61 s.
- Cumul**
– entre droit commun et droit spécial, 168 (non), 173 (oui)
– erreur et vices cachés, 178
v. aussi « Option »
- **D** –
- Décentralisation**
+ et droit spécial territorial, 368, 471
- Définition**
+ commun, 65 s.
+ droit, 37 s.
+ droit commun, 28 s.
+ droit commun matériel, 213 s.
+ droit commun territorial, 192 s.
+ droit spécial, 159 s.
- Délai de prescription**
+ « droit commun » (non), 566
(extinctive), 575
(acquisitive)
- Délit civil**
v. « Responsabilité civile »
- Densification normative**
+ et spécialisation, 13
- Derecho común* (Espagne et Amérique latine)**
+ droit commun matériel, 222
+ droit commun territorial, 199
- Derecho foral* (Espagne)**
+ droit spécial territorial, 199
- Direito comum* (Portugal)**
+ droit commun, 3, 8, 200
- Diritto comune* (Italie)**
+ droit commun, 3
- Doctrine**
+ juridicité positive (non), 47
– propositions de droit commun matériel, 579 s.
– propositions de droit commun territorial, 275 s.
- Domaine d'application**
– définition, 78
+ et droit commun, 75 s.
– *ratione loci*, 79
– *ratione materiae*, 79
– *ratione personae*, 79
- Doublons**
+ droit spécial matériel, 415, 428, 691 s., 761 s., 778 s.
- + droit spécial territorial, 412 s., 426 s.
- Droit**
+ civil, 107 s.
+ commun (v. « Droit commun »)
+ comparé, 56 s.
+ définition, 37 s.
+ naturel, 53 s.
+ public, 110 s.
+ romain, 277 s.
+ uniforme, 125 s., 132 s.
v. aussi « Juridicité »
- Droit administratif**
+ et droit commun, 110 s.
v. aussi « Clause exorbitante du droit commun »
- Droit allemand**
v. « *Gemeines Recht* »
- Droit américain**
v. « *Common law* »
- Droit anglais**
v. « *Common law* »
- Droit civil**
+ et droit commun, 107 s.
+ et droit public, 110 s.
- Droit commercial**
+ et droit commun, 112 (note)
- Droit commun**
+ - coutumier, 285 s.
+ définition, 28 s.
+ - de la France, 196 s., 249 s.
+ et code civil, 104 s.
+ et droit civil, 107 s.
+ et droit comparé, 56 s.
+ et droit naturel, 53 s.
+ et droit spécial, 152 s.
+ et *jus commune*, 205, 277 s.
+ et principe, 103 (note), 508 s.
+ et théorie générale, 50 s.
- + européen, 120 s.
+ législatif, 57 s.
+ matériel, 213 s., 491 s.
+ relativité, 151 s.
+ subsidiarité, 82 s.
+ - territorial, 192 s., 246 s.
– violation par refus d'application, 90, 167
- Droit commun coutumier**
– notion, 285 s.
- Droit commun de la France**
– notion, 196 s., 249 s.
- « **Droit commun de l'humanité** »
– notion(s), 7, 57, 115
- « **Droit commun européen** »
– notion, 120 s.
– proposition de règlement européen relatif à un - de la vente, 7, 115, 121, 130
- « **Droit commun international** »
– notion, 115 s.
- « **Droit commun législatif** »
– notion, 7, 57 s.
- Droit commun matériel**
+ définition, 213 s.
– distinction avec le droit commun territorial, 190 s.
– manifestations, 210 s., 491 s.
- Droit commun territorial**
+ définition, 192 s.
– distinction avec le droit commun matériel, 190 s.
– manifestations, 196 s., 246 s.
- Droit comparé**
+ et droit commun, 56 s.
- Droit des obligations**
+ et droit commun, 108 s.
- Droit espagnol**
v. « *Derecho común* », « *Derecho foral* »
- Droit italien**
v. « *Diritto comune* »
- Droit local**
+ Alsace-Moselle, 374 s.
– ancien droit, 252 s.
+ Mayotte, 370, 421, 463 s.
+ Nouvelle-Calédonie, 382 s.
+ Outre-mer, 368 s.
+ Polynésie française, 373, 391 s., 410, 416, 420, 427 s., 467
- Droit local alsacien-mosellan**
v. « Alsace-Moselle »
- Droit naturel**
+ et droit commun, 53 s.
- Droit particulier**
v. « Droit spécial »
- Droit pénal**
+ et droit commun, 103 (note)
+ « infraction de droit commun », 220
- Droit portugais**
v. « *Direito comum* »
- Droit public**
+ et droit civil, 110 s.
- Droit romain**
+ et droit commun, 277 s.
v. aussi « *Jus commune* »
- Droit spécial**
+ définition, 159 s.
– degrés, 162
+ et droit commun, 152 s.
– exceptionnel, 163, 373 s. (territorial), 671 s. (matériel)

- + groupes de pression, 755 s.
+ interprétation stricte, 165 s.
+ - matériel, 661 s.
– non exceptionnel, 163, 390 s. (territorial), 689 s. (matériel)
+ option, 172 s.
+ primauté, 168 s.
– « - temporaire », 369
+ - territorial, 349 s.
– violation par fausse application, 167
- Droit spécial matériel**
– justifications, 722 s.
– manifestations, 661 s.
– rapports avec le droit commun matériel, 782 s.
- Droit spécial territorial**
– justifications, 402 s.
– manifestations, 349 s.
– rapports avec le droit commun matériel, 432 s.
- E –
- Égalité**
– principe d²-, 198, 423 s., 740, 773 s.
- Enrichissement sans cause**
+ et droit commun (distinction), 94 s.
- Erreur (contrat)**
+ et vices cachés (absence de rapport commun-spécial), 178
- Espagne**
v. « *Derecho común* », « *Derecho foral* »
- États-Unis d'Amérique**
v. « *Common law* »
- Europe**
v. « Convention européenne des droits de l'Homme », « *Droit commun européen* », « Union européenne »
- Exclusivité**
+ droit spécial, 16, 168 (note)
- Exceptio est strictissimæ interpretationis**
v. « Interprétation stricte »
- Exception**
+ et droit spécial, 163
+ et principe, 103 (note), 156 (note)
+ loi d²-, 79 (note)
- Exorbitance**
v. « Clause exorbitante du droit commun »
- Expérimentation**
+ et droit spécial, 369
- F –
- Faveur**
+ et droit spécial, 739 s., 755 s., 770, 773 s.
+ et option, 173 s.
– principe de -, 171 (note)
- Foral**
v. « *Derecho foral* (Espagne) »
- G –
- Gage**
+ droit commun matériel, 504 s.
- Gage de stocks**
– et gage de droit commun matériel, 16, 791
– existence, 676
– justification, 754, 769
- Gage de véhicule automobile**
– et gage de droit commun matériel, 799
- Gemeines Recht (Allemagne)**
+ et droit commun, 3, 200
- Generalia specialibus non derogant**
v. « *Specialia generalibus derogant* »
- Généralité**
+ et droit commun, 70 s.
- Groupes de pression**
+ et droit spécial, 755 s.
- H –
- Hiérarchie des normes**
+ et rapports entre droit commun et droit spécial, 171, 437, 471
- I –
- Incapacités**
v. « Majeurs protégés »
- Inflation normative**
+ et spécialisation, 13, 669, 776
- « Infraction de droit commun »**
– notion, 220
- Institution**
– de référence, 179 s.
– notion, 180
- Intelligibilité**
– du droit, 429, 779
- Interprétation**
+ analogie, 167, 626 s.
+ stricte (droit spécial), 165 s.
– uniforme, 341 s. (droit commun territorial), 530 s. (droit commun matériel)
- Interprétation stricte**
+ droit spécial, 165 s.
+ droit spécial matériel, 805 s.
+ droit spécial territorial, 435 s., 471 s.
- Interversion**
– et prescription de « droit commun », 822
- Italie**
v. « *Diritto comune* »
- Ius commune**
v. « *Jus commune* »
- J –
- Jacobinisme**
+ et droit commun, 319
- Juridicité**
+ droit commun, 34 s.
v. aussi « Droit »
- « Jurisprudence locale »**
– et juridictions de cassation, 345
- Jus commune**
+ et droit commun, 3, 205, 277 s.
- Jus particulare**
v. « Droit spécial », « *Jus commune* »
- K –
- Kanak**
v. « Nouvelle-Calédonie »
- L –
- Lacunes**
+ et droit commun, 87, 437 s., 478, 601 s., 812 s.
v. aussi « Subsidiarité »
- Lex mercatoria**
+ et droit commun, 127
- Lex specialis derogat legi generali**
v. « *Specialia generalibus derogant* », « Droit spécial »
- Libéralités**
+ droit commun matériel, 502
+ droit commun territorial, 309, 322, 334
- Livre foncier**
v. « Alsace-Moselle »
- Lobbies**
v. « Groupes de pression »
- Loi de circonstance**
– notion, 79 (note)
v. aussi « “Loi spéciale” (Québec) »
- « Loi du pays »**
+ Nouvelle-Calédonie, 386, 395, 420, 429
+ Polynésie française, 420, 429
- Loi spéciale**
v. « Droit spécial »
- « Loi spéciale » (Québec)**
– notion, 79 (note)
- M –
- Majeurs protégés**
+ droit commun matériel (principes directeurs), 511 s., 583 s.
+ droit commun territorial, 311, 323, 335
- Mayotte**
+ droit spécial territorial, 16, 86, 162, 172, 370, 421, 463 s.
- Mœurs**
+ et droit spécial, 409 s.
- N –

- Nantissement**
+ droit commun matériel, 607 s.
+ droit commun territorial, 310, 336
- « **Nature de la créance** »
v. « Créance »
- Nouvelle-Calédonie**
+ droit spécial territorial, 382 s.
- O –
- Obligations**
v. « Droit des obligations »
- Odiosa (sunt) restringenda**
+ droit spécial, 435
- Option**
– entre droit commun et droit spécial, 172 s., 464, 471 s., 795 s.
- Ordonnance royale**
+ et droit commun territorial, 304 s.
- Outre-mer**
+ droit spécial territorial, 236, 368 s.
- P –
- Particularisme**
+ et droit spécial, 12, 360, 368, 404 s., 423, 842
– local dans l'application du droit commun territorial, 345
– national, 54, 57
- Personne morale**
+ droit commun matériel (non), 560 s.
- Pétition d'hérédité**
+ prescription, 572
- Polynésie française**
+ droit spécial territorial, 373 (note), 391 s., 410, 416, 420, 427 s., 467
- Prescription**
+ droit commun matériel (non), 552 s.
+ droit commun territorial, 312, 325, 337
- Prescription acquisitive**
+ droit commun matériel, 610 s.
+ droit commun territorial, 312, 325, 337
- Prescription extinctive**
+ droit commun matériel, 506 s.
+ droit commun territorial, 312, 325, 337
- Pression (groupes de -)**
v. « Groupes de pression »
- Prestation foncière**
+ droit spécial territorial d'Alsace-Moselle, 377, 405, 410, 551, 655
- Primauté**
– droit de source internationale, 140
+ droit spécial, 168 s.
+ droit spécial matériel, 786 s.
+ droit spécial territorial, 440, 463, 471 s.
+ et option, 171 s.
- Principe**
+ de faveur, 171 (note)
+ - directeur, 508 s.
+ et droit commun, 103 (note)
+ et exception, 103 (note), 156 (note)
+ - fondamental reconnu par les lois de la République, 7, 16, 198, 374, 420, 424, 427, 429
- Principe directeur**
- + et droit commun, 508 s.
– - de la protection des majeurs, 511 s., 583 s.
– - du droit des contrats, 508 (note)
– - du droit des sûretés, 587 s.
– - du procès administratif, 522
+ - du procès civil, 522 s.
– - du procès pénal, 522
– - de l'unité de la succession, 527 s.
- Principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR)**
– droit local et droit commun de la France, 7, 16, 198, 374, 420, 424, 427, 429
- Privilage (ancien droit)**
– abolition, 12, 319, 322
– notion, 12, 261, 666
– résurgence contemporaine, 666
- Privilage (sûreté réelle)**
+ droit spécial matériel, 680 s.
+ interprétation stricte, 808
– justification, 734, 740, 756
- Procédure civile**
+ droit commun matériel (principes directeurs), 522 s.
- Propriété**
– droit commun de la - (Québec), 45, 223
- Q –
- « **Qualité de la créance** »
v. « Créance »
- Québec**
- + droit commun, 15, 105, 205, 223
+ loi spéciale (notion), 79
- Question prioritaire de constitutionnalité**
+ et règles spéciales matérielles, 773 s., 779
+ et règles spéciales territoriales, 423 s.
- R –
- Rapports entre droit commun et droit spécial**
v. « Droit commun », « Droit spécial », « Interprétation stricte », « Option », « Primauté », « Subsidiarité »
- Régimes matrimoniaux**
+ droit commun matériel, 232
+ droit commun territorial, 197, 232
+ et majeurs protégés, 520
- Règle**
+ de droit, 39 s.
+ de droit commun, 34 s.
+ spéciale, 159 s.
+ supplétive et subsidiaire, 86
- Règle générale**
v. « Généralité »
- Relativité**
+ du droit commun, 151 s.
- Renvoi de règles applicables**
+ et droit commun, 604 s.
- Résiduel**
v. « Subsidiarité »
- Responsabilité civile**
+ droit commun, 22, 105 s., 109, 110 s., 182, 185, 219, 534, 796, 805
- Responsabilité du fait des produits défectueux**
– et autres régimes (option), 796
- Restatements of the Law (États-Unis d'Amérique)**
– notion, 211
- Rétention (droit de)**
– - fictif et nantissement, 609, 618, 827 (note)
– notion, 543
- Roi de France**
+ et droit commun matériel (indigent), 492
+ et droit commun territorial (consistant), 298 s.
+ et droit local (combat), 355 s.
- S –
- Sécurité sociale**
– régimes spéciaux, 669 (note)
- Simplification du droit**
– suppression des « doublons », 426 s., 778 s.
- Sociétés**
– et associations, 639 s., 657
+ droit commun, 71
- Sociologie juridique**
+ droit spécial matériel, 745 s.
+ droit spécial territorial, 409 s.
- Spécial(e)**
v. « Droit spécial »
- Specialia generalibus derogant**
– caractère obligatoire (non), 170
– opportunité, 169

- + principe (non), 170
– signification, 168 s.
- Spécialité**
– degrés de -, 162, 368, 669
– v. aussi « Droit spécial », « Spécialité législative »
- Spécialité législative (principe de -)**
+ et droit commun territorial, 333
- Spécialisation**
– de la société, 11
– des professions du droit, 11 (note)
– des règles de droit, 12 s.
+ droit spécial matériel, 661 s.
+ droit spécial territorial, 349 s.
- Standard juridique**
+ et droit commun, 509 (note)
– et droit international conventionnel, 135 (note)
- Statut civil**
- de droit commun, 8, 466
– local, 86, 172, 382, 388, 405, 411, 421, 425, 464, 466, 468
- Structure**
– règles de droit, 78
– du système juridique et droit commun, 845
- Subsidiarité**
– caractère de plein droit, 92
+ droit commun, 82 s.
+ droit commun matériel, 812 s.
+ droit commun territorial, 437 s., 465 s., 471 s.
+ et caractère supplétif, 86
– obligatoire, 84 s.
- Successions**
+ droit commun matériel, 501, 527 s.
+ droit commun territorial, 309, 322, 334
- Supplétif (caractère)**
+ et subsidiarité (distinction), 86
- Sûretés**
+ droit commun matériel (non), 541 s.
+ droit commun territorial, 310, 324, 336
– proposition de droit commun matériel (commission Grimaldi), 587 s.
- T -**
- Théorie générale**
+ des contrats spéciaux, 151 (note)
+ du contrat, 51
+ et droit commun, 50 s.
- Tribunal administratif**
– juridiction administrative de droit commun, 15, 71
- Tribunal de grande instance**
– juridiction judiciaire de droit commun, 15, 71
- « Troïka »**
– prévention des divergences entre les formations contentieuses du Conseil d'État, 537
- U -**
- Uniform**
commercial code (États-Unis d'Amérique)
– notion, 211
- Uniforme (droit)**
+ et droit commun, 125 s., 132 s.
- Union européenne**
+ et convention européenne des droits de l'Homme (adhésion), 123
+ « droit commun européen », 121
- Unité de la succession**
+ principe, 527 s.
- Universalisme**
+ et droit commun matériel, 725
+ et droit commun territorial, 402
- V -**
- Valeurs**
+ et droit commun, 841
+ et droit spécial, 737 s.
- Vente**
– « droit commun européen de la - », 7, 115, 121, 130
- Vices cachés (vente)**
– « bref délai », 723 (note)
+ doublon, 778
+ et erreur (absence de rapport commun-spécial), 178
– régime spécial à la vente d'animaux domestiques, 828 s.
- « Vide juridique »**
– absence de - et droit commun, 75 (note), 843
- Vocation subsidiaire**
v. « Subsidiarité »

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	1
I. Les enjeux	3
A. Des utilisations incohérentes	3
B. Une technique menacée	6
C. Un fonctionnement obscur	10
II. La démarche.....	12
A. La méthode retenue.....	13
B. La thèse défendue	16
PARTIE PRELIMINAIRE – LE CONCEPT DE DROIT COMMUN	19
<i>Titre I – Le droit commun est du droit.....</i>	<i>23</i>
Chapitre I – Élément de définition : règles juridiques.....	24
Section I – Postulat	24
§ I – Énoncé	25
§ II – Développements	27
Section II – Dédution.....	30
Chapitre II – Distinctions : droit commun et notions dépourvues de juridicité positive.....	33
Section I – Droit commun et théorie générale	33
Section II – Droit commun et droit naturel.....	34
Section III – Droit commun et produit de la comparaison des droits	36
<i>Titre II – Le droit commun est commun.....</i>	<i>41</i>
Chapitre I – Élément de définition : généralité absolue	42
Section I – Exposé théorique du critère : la généralité absolue	43
§ I – Énoncé	43
§ II – Développements	45
Section II – Expression technique du critère : le domaine d’application indéfini	47
§ I – Consistance.....	48
A. Le domaine d’application	48
B. Indéfini.....	50
§ II – Conséquence : caractère de plein droit de la subsidiarité	51
A. La subsidiarité du droit commun est obligatoire	52
1. Définition de la subsidiarité du droit commun	52
2. Caractère obligatoire de la subsidiarité du droit commun	54
B. La subsidiarité ne permet pas de définir le droit commun	58
1. Une « définition » insuffisamment discriminante	59
2. Une « définition » insuffisamment directe	62
Chapitre II – Distinctions : droit commun et notions dépourvues de généralité suffisante	64
Section I – Droit commun et code civil.....	64
Section II – Droit commun et droit civil	66
A. Exposé de l’absence d’identité entre droit commun et droit civil.....	67
B. Dédution quant aux rapports entre droit civil et droit public	69
Section III – Droit commun et « droit courant »	71
Section IV – Droit commun et droit international	73
§ I – Présentation de l’assimilation	75
A. Le « droit commun européen ».....	75
B. Le « droit commun mondial ».....	79
§ II – Inadéquation de l’assimilation	83
A. Critique de l’assimilation entre droit commun et droit international.....	83
1. Une assimilation approximative.....	84
2. Une tendance régressive.....	88
B. Recoupements ponctuels entre droit commun et droit de source internationale.....	92
<i>Titre III – Éléments de mise en œuvre.....</i>	<i>95</i>
Chapitre I – La relativité du droit commun	96
Section I – Ce que n’est pas la relativité du droit commun : droit commun et droit spécial.....	97
§ I – Absence de dépendance du droit commun à l’égard du droit spécial.....	97
§ II – Remarques sur le droit spécial.....	99
A. La notion de droit spécial.....	99

B. Le régime du droit spécial	102
C. Les critères d'un rapport de droit commun à droit spécial	110
Section II – Ce qu'est la relativité du droit commun : droit commun et institution de référence	112
Chapitre II – La dualité des applications du droit commun	118
Section I – Présentation des deux applications	119
§ I – Le droit commun territorial	120
A. Exposé	120
B. Exemples	122
C. Sens originaire de « common law »	125
§ II – Le droit commun matériel	132
A. Exposé	132
B. Exemples	134
Section II – Relations entre les deux applications	140
§ I – Lien théorique entre les deux applications	140
A. Rapports de coexistence séparée ?	140
B. Rapports de coexistence liée	142
§ II – Nécessité pratique de distinguer entre les deux applications	146
<i>Conclusion de la partie préliminaire</i>	149

PREMIERE PARTIE – LE DROIT COMMUN TERRITORIAL.....151

<i>Titre I – Les tendances convergentes dans l'existence</i>	153
Sous-titre I – L'aspiration au droit commun territorial	154
Chapitre I – L'obstacle initial : la profusion des droits locaux	155
Section I – L'éclatement dans les sources : le droit commun impossible	156
§ I – Impossibilité d'un droit commun territorial par les coutumes : caractère limité du ressort territorial des coutumes	156
§ II – Impossibilité d'un droit commun territorial par les décisions des parlements : caractère limité du ressort territorial des parlements	157
Section II – L'éclatement dans le contenu : le droit commun souhaitable	159
§ I – Successions et libéralités	160
§ II – Sûretés	162
§ III – Incapacités	163
§ IV – Prescription	164
Chapitre II – Les incitations doctrinales : les propositions de <i>droit commun de la France</i>	168
Section I – La proposition d'un <i>droit commun de la France</i> issu du droit romain : le <i>jus commune</i>	169
§ I – Contenu de la proposition	170
§ II – Nature de la proposition	172
A. Le caractère commun sans le caractère juridique	172
B. Le caractère juridique sans le caractère commun	175
Section II – La proposition d'un <i>droit commun de la France</i> issu des coutumes : le <i>droit commun coutumier</i>	176
§ I – Contenu de la proposition	176
A. Un droit commun coutumier issu de la comparaison des coutumes	176
B. Un droit commun coutumier issu de la coutume de Paris ?	178
§ II – Nature de la proposition	180
A. Le caractère commun sans le caractère juridique	180
B. Le caractère juridique sans le caractère commun	182
Sous-titre II – La construction du droit commun territorial	185
Chapitre I – La fondation	188
Section I – L'édiction par le roi de règles de droit commun territorial	188
§ I – Successions et libéralités	189
§ II – Sûretés	190
§ III – Incapacités	191
§ IV – Prescription	191
Section II – L'imperfection technique des règles de droit commun territorial	192
Chapitre II – La consolidation	196
Section I – L'existence consolidée du droit commun territorial	196
§ I – Les règles de <i>droit commun de la France</i> avant les codifications	197
§ II – Les règles de <i>droit commun de la France</i> avec les codifications	199
A. La situation originaire	199
B. La situation contemporaine	201
Section II – La perfection technique du droit commun territorial	205

§ I – La codification, instrument de la systématique du droit commun territorial.....	205
§ II – La cassation centralisée, instrument de l’interprétation uniforme du droit commun territorial.....	206
<i>Titre II – Les tendances convergentes dans l’effectivité.....</i>	<i>213</i>
Sous-titre I – La coexistence persistante avec les règles spéciales territoriales.....	214
Chapitre I – L’apparente disparition des règles spéciales territoriales.....	215
Section I – La stabilité des règles spéciales territoriales sous l’Ancien Régime.....	215
§ I – Le contrôle réussi.....	216
§ II – La résorption manquée.....	218
Section II – L’abrogation des règles spéciales territoriales après la Révolution.....	222
§ I – La matière civile : l’article 7 de la loi du 30 ventôse an XII.....	222
§ II – Les autres matières.....	222
Chapitre II – Le réel renouveau des règles spéciales territoriales.....	224
Section I – Recension des règles spéciales territoriales.....	226
§ I – Les règles spéciales territoriales exceptionnelles.....	227
1. L’exemple de l’Alsace-Moselle.....	228
2. L’exemple de la Nouvelle-Calédonie.....	232
§ II – Les règles spéciales territoriales non exceptionnelles.....	234
A. La copie du droit commun territorial.....	235
B. Le renvoi au droit commun territorial.....	237
Section II – Réflexion sur les règles spéciales territoriales.....	238
§ I – La recherche des justifications.....	238
A. La recherche de justification des règles spéciales territoriales exceptionnelles.....	238
B. La recherche de justification des règles spéciales territoriales non exceptionnelles.....	243
§ II – La question du maintien.....	245
A. La question du maintien des règles spéciales territoriales exceptionnelles.....	245
B. La question du maintien des règles spéciales territoriales non exceptionnelles.....	251
Sous-titre II – La relation instable avec les règles spéciales territoriales.....	255
Chapitre I – L’ordre des solutions d’ancien droit.....	256
Section I – L’étendue du droit spécial territorial.....	256
Section II – L’autorité du droit commun territorial.....	257
§ I – La subsidiarité souhaitée des propositions doctrinales de droit commun de la France.....	257
§ II – La primauté imposée du <i>droit commun de la France</i> issu des lois du roi.....	259
Chapitre II – Le désordre des solutions du droit contemporain.....	261
Section I – Le caractère insatisfaisant des solutions consacrées en droit positif.....	262
§ I – Le caractère inopportun des solutions consacrées dans les rapports entre <i>droit commun de la France</i> et règles spéciales territoriales d’Alsace-Moselle.....	262
A. Exposé : l’application de règles de conflit savigniennes.....	262
B. Critique : le caractère inopportun de la méthode choisie.....	265
§ II – Le caractère insuffisant des solutions consacrées dans les rapports entre <i>droit commun de la France</i> et règles spéciales territoriales d’outre-mer.....	270
A. Exposé : des solutions classiques.....	270
1. La primauté majoritairement reconnue.....	270
2. La subsidiarité rappelée.....	271
B. Critique : le caractère insuffisant de la méthode choisie.....	273
Section II – L’opportunité d’appliquer plus systématiquement les solutions inspirées de l’adage <i>specialia generalibus derogant</i>	274
§ I – Appliquer les solutions de l’adage : les rapports entre droit commun de la France et règles spéciales territoriales d’Alsace-Moselle.....	275
A. Exposé de la proposition.....	275
B. Mise en œuvre de la proposition.....	278
§ II – Affirmer les solutions de l’adage : les rapports entre droit commun de la France et règles spéciales territoriales d’outre-mer.....	281
<i>Conclusion de la première partie.....</i>	<i>285</i>

DEUXIEME PARTIE – LE DROIT COMMUN MATERIEL.....287

<i>Titre I – Les tendances contraires dans l’existence.....</i>	<i>289</i>
Sous-titre I – Les variations dans l’état du droit commun matériel.....	290
Chapitre I – Le degré d’achèvement variable.....	291
Section I – L’hypothèse du droit commun existant.....	291

§ I – La variation dans la formulation du droit commun matériel	291
A. Le droit commun qui régit	291
1. Les successions	292
2. Les libéralités	292
3. Le cautionnement	293
4. Le gage	293
5. La prescription extinctive	294
B. Le droit commun qui dirige	295
1. Les mesures de protection des majeurs	297
2. Le procès civil	301
3. L'unité de la succession	304
§ II – L'absence de variation dans l'interprétation : la cassation généraliste, instrument de l'interprétation uniforme du droit commun matériel	306
A. Le problème posé	307
1. Spécialisation des chambres de la Cour de cassation et sous-sections du Conseil d'État	307
2. Conséquences sur l'interprétation des règles de droit commun matériel	308
B. Les solutions proposées	310
1. Solutions préventives	311
2. Solutions curatives	311
Section II – L'hypothèse de l'inexistence du droit commun matériel	313
§ I – L'inexistence totale	313
A. Les sûretés	313
1. Constat	313
2. Conséquences	317
B. La prescription	318
1. Constat	318
2. Conséquences	320
C. L'acte juridique	321
1. Constat	321
2. Conséquences	322
D. Les personnes morales	322
1. Constat	323
2. Conséquences	323
§ II – L'inexistence partielle	324
A. Durée et point de départ du délai de prescription extinctive	324
1. Constat	324
2. Conséquences	327
B. Durée et point de départ du délai de prescription acquisitive	330
1. Constat	331
2. Conséquences	332
Chapitre II – Les incitations doctrinales au développement	333
Section I – Les propositions consacrées	334
§ I – Les mesures de protection des majeurs	334
§ II – Autres illustrations	336
Section II – Les propositions ignorées	337
§ I – Les sûretés	337
A. La proposition a maxima : édicter un droit commun matériel à toutes les sûretés	337
B. Les propositions a minima : édicter un droit commun matériel des sûretés pour autrui, un droit commun matériel des sûretés personnelles et un droit commun matériel des sûretés réelles	339
§ II – Autres illustrations	342
Sous-titre II – Les remèdes à défaut de droit commun matériel	344
Chapitre I – La référence de source textuelle	345
Section I – L'utilisation de la technique	345
§ I – Droit commun matériel du nantissement et renvoi au gage	346
§ II – Droit commun matériel de la prescription acquisitive et renvoi à la prescription extinctive	347
Section II – L'imperfection de la technique	348
§ I – Exposé du défaut : risque de solutions inadaptées	348
§ II – Conséquences du défaut : doutes sur la portée de la référence	349
A. Incertitude sur la portée du renvoi de l'article 2355, alinéa 5, du code civil	349
B. Incertitude sur la portée du renvoi de l'article 2259 du code civil	352
Chapitre II – La référence de source jurisprudentielle	355
Section I – L'utilisation de la technique	355

§ I – La référence aux règles applicables à une autre situation.....	356
A. Délai et point de départ de la prescription extinctive des droits potestatifs et des droits mixtes et renvoi aux droits personnels et mobiliers.....	356
B. Délai de prescription acquisitive des droits réels autres que la propriété immobilière et renvoi à la propriété immobilière.....	357
§ II – La référence aux règles applicables à une autre institution.....	359
A. Régime de la garantie autonome et renvoi au cautionnement.....	359
B. Objet et cause d'un legs et renvoi au contrat.....	360
C. Révocation du dirigeant d'une association par l'assemblée générale sans inscription à l'ordre du jour et renvoi à la société anonyme.....	361
Section II – L'imperfection de la technique.....	362
§ I – Exposé des défauts : risque de solutions inadaptées et caractère facultatif.....	362
A. Le risque de solution inadaptée.....	363
B. L'absence de caractère obligatoire.....	364
§ II – Conséquences des défauts : absence de prévisibilité et doutes sur l'opportunité.....	364
A. L'absence de prévisibilité des solutions.....	365
1. L'incertitude du principe de la référence.....	365
2. L'incertitude de la nature de la référence.....	365
3. L'incertitude de l'objet de la référence.....	367
B. L'absence d'unanimité des résultats.....	369
<i>Titre II – Les tendances contraires dans l'effectivité.....</i>	<i>373</i>
Sous-titre I – La coexistence inégale avec les règles spéciales matérielles.....	374
Chapitre I – Recension des règles spéciales matérielles.....	377
Section I – Le pullulement des règles spéciales matérielles.....	377
§ I – Les règles spéciales matérielles exceptionnelles.....	378
A. Les sûretés personnelles, réelles mobilières et réelles immobilières non conventionnelles.....	379
1. Le cautionnement.....	380
2. Le gage.....	381
3. Le nantissement.....	383
4. Les privilèges.....	384
B. La prescription extinctive.....	386
1. Le régime entier.....	386
2. Le délai : durée et point de départ.....	387
3. Autres règles.....	389
§ II – Les règles spéciales matérielles non exceptionnelles.....	390
A. Le droit spécial matériel de reproduction du droit commun matériel.....	390
1. La copie du droit commun matériel.....	391
2. Le renvoi au droit commun matériel.....	392
B. Le droit spécial matériel d'application du droit commun matériel.....	393
Section II – La rareté des règles spéciales matérielles.....	395
§ I – Recension des institutions préservées.....	395
A. La rareté absolue.....	395
1. La prescription acquisitive.....	395
2. Les sûretés réelles immobilières conventionnelles.....	396
B. La rareté relative.....	397
1. Les successions.....	397
2. Libéralités.....	400
§ II – Comparaison avec les institutions rongées.....	402
Chapitre II – Réflexion sur les règles spéciales matérielles.....	405
Section I – La recherche des justifications.....	406
§ I – La recherche de justification des règles spéciales matérielles exceptionnelles.....	407
A. La technique.....	408
1. Les règles justifiables par la technique.....	408
2. Les règles non justifiables par la technique.....	410
B. Les valeurs sociales.....	413
1. Les règles justifiables par les valeurs sociales.....	414
2. Les règles spéciales non justifiables par les valeurs sociales.....	415
C. La sociologie.....	416
1. Les règles justifiables par la sociologie.....	417
2. Les règles non justifiables par la sociologie.....	418
D. L'amoncellement empirique.....	419
1. Manifestation.....	420

2. Raison complémentaire : l'influence des groupes de pression.....	421
§ II – La recherche de justification des règles spéciales matérielles non exceptionnelles	425
A. Le droit spécial matériel d'application	425
B. Le droit spécial matériel de reproduction ou de renvoi.....	425
Section II – La question du maintien	427
§ I – La question du maintien des règles spéciales matérielles exceptionnelles	428
A. L'objet de la suppression.....	428
B. Les moyens de la suppression	430
§ II – La question du maintien des règles spéciales matérielles non exceptionnelles.....	432
A. L'objet de la suppression.....	432
B. Les moyens de la suppression	433
Sous-titre II – La relation nuancée avec les règles spéciales matérielles	435
Chapitre I – L'absence de primauté du droit commun matériel.....	436
Section I – L'incertaine fonction du droit spécial matériel.....	436
§ I – La fréquence de la primauté du droit spécial matériel sur le droit commun matériel.....	436
A. La primauté affirmée par la loi	436
B. La primauté appliquée par la jurisprudence	438
§ II – La persistance d'options entre droit commun matériel et droit spécial matériel	440
A. Exemples d'options.....	440
B. Imprévisibilité des solutions	441
1. Constater l'imprévisibilité.....	441
2. Remédier à l'imprévisibilité ?	443
Section II – La fréquente interprétation stricte du droit spécial matériel.....	445
§ I – Successions.....	446
§ II – Sûretés	447
§ III – Prescription extinctive	448
Chapitre II – La subsidiarité du droit commun matériel.....	450
Section I – Le bon fonctionnement général	450
§ I – Successions.....	451
§ II – Sûretés	452
§ III – Prescription extinctive	453
Section II – Le mauvais fonctionnement marginal.....	455
§ I – Les rappels textuels inutiles de la subsidiarité.....	455
§ II – Les refus jurisprudentiels isolés d'appliquer la subsidiarité.....	456
<i>Conclusion de la deuxième partie</i>	<i>461</i>

CONCLUSION	463
I. Reprise : la consistance du droit commun.....	463
II. Ouverture : l'importance du droit commun	466
A. Un instrument d'unité.....	466
B. Un instrument résiduel	469