

Le raisonnement d'autorité en droit privé

Catherine PUIGELIER

Professeur à l'Université du Havre

RÉSUMÉ. — Parmi les **raisonnements** qui construisent une **décision de justice**, il en est un qui se manifeste régulièrement : il s'agit du raisonnement d'**autorité**. Même s'il se nourrit de raisonnements classiques comme le raisonnement **inductif** ou le raisonnement **déductif**, le raisonnement d'autorité est, dès lors que l'on en accepte le présupposé, de nature à bouleverser tant la procédure civile que la théorie générale du droit.

*La logique cherche pourquoi
un raisonnement est erroné, la sociologie
pourquoi il obtient un consensus fréquent.*
Pareto

1. La notion de raisonnement a toujours été en proie à d'importantes divergences d'appréciation. Concept éminemment fuyant parce que sans doute trop proche de la notion de conscience, elle-même restée mal définie, voire indéfinissable ¹, le raisonnement se prête à des définitions variées. Aristote avait défini le syllogisme comme un discours : « tel que, certaines choses étant posées, quelques autres choses en résultent nécessairement par cela seul que les premières sont posées » (définition reprise par Blanchet en 1973 pour définir le raisonnement). Influencés par les philosophes empiriques des XVIII^e et XIX^e siècle, les psychologues du XIX^e siècle (les associationnistes) ont ensuite mis en exergue les associations pour définir le raisonnement — ces dernières

¹ Searle, *Les Mystères de la conscience*, éd. Odile Jacob, 1999 ; V. encore, Debru, « La Conscience du temps : de la phénoménologie à la cognition », *Revue de métaphysique et de morale*, 1992, n° 2, 273-293 ; Hume, *L'Entendement : traité de la nature humaine*, (1739), trad. fr., Garnier-Flammarion, 1995 ; Kant, *Critique de la raison pure*, Garnier-Flammarion, 1976 ; Lechevalier *et al.*, *La Conscience et ses troubles*, De Boeck Université, 1998 ; Leibniz, *Nouveaux essais sur l'entendement humain* (1765), trad. fr., Garnier-Flammarion, 1966 ; Locke, *Essai philosophique concernant l'entendement humain*, trad. française (1690), Vrin, 1989 ; article paru à la *RRJ*, 2003, p. 1685.

faisant appel à des liaisons entre perceptions, images, souvenirs, idées et mots ². Et Binet de publier en 1886 un ouvrage titré *La Psychologie du raisonnement* dans lequel il est possible de lire : « Raisonner c'est établir des associations sur le modèle d'autres associations déjà faites », ou « le raisonnement est une synthèse d'images ». Sur ce point, M. Oléron constate – outre l'intérêt historique de ces conceptions – que si l'on se place du point de vue du raisonnement utilisé dans des situations concrètes (et non dans un traité de logique), l'association est susceptible de caractériser un élément de découverte, « comme chez le savant ou le policier à qui elle suggère une hypothèse ou une direction qui peuvent s'avérer fécondes. Binet, comme d'autres auteurs de l'époque, rapprochait le raisonnement et la perception : la perception comporterait des raisonnements inconscients. Leur rapprochement, opéré par le biais des associations, est contestable. Mais on reconnaîtra que des inférences interviennent à un niveau de perception et d'action élémentaire » ³.

Pour l'heure, il semble possible d'affirmer qu'un raisonnement est un enchaînement, puisque les énoncés se succèdent et sont tour à tour analysés. Celui-ci prend en considération des informations de toute sorte, et le rapprochement « qu'il en fait aboutit plutôt à une sorte de faisceau (comme le dit d'ailleurs la langue courante) qu'à une ligne » ⁴. Les raisonnements mis en forme sont constitués d'énoncés qui peuvent être des mots de la langue courante, ou des symboles (comme en mathématiques). Ce faisant, les raisonnements utilisés par l'homme de la rue (par exemple) ne comprennent pas que des énoncés verbaux, puisqu'ils peuvent également mettre en œuvre des éléments obtenus à la suite de perceptions, des souvenirs ou des images qui se prêteront à des combinaisons, des inférences et des suppositions ⁵. Et les contraintes subies par les raisonnements peuvent être explicitées par des règles. Celles-ci déterminent la façon dont il est possible de passer d'un raisonnement à un autre, ou « d'enchaîner une suite de propositions pour assurer, par exemple, une démonstration... » ⁶. Enfin, le raisonnement est une activité intellectuelle, ce qui le différencie des enchaînements vécus de façon plus ou moins passive, « comme l'association d'images ou de mots, la remémoration d'une suite d'événements, la rêverie et naturellement le rêve » ⁷.

2. Reste à savoir si la logique juridique fournit des informations relatives au raisonnement mis en œuvre par le juriste ? Deux écoles ont joué un rôle considérable en matière de logique juridique, et, plus précisément, de raisonnement juridique. Il s'agit de l'École de Kelsen, et de celle de l'exégèse. Le positivisme juridique de Kelsen et son école considéraient que le droit était un système hiérarchisé qui était différent d'un système purement formel parce que « la norme inférieure [n'était] pas déduite de la norme supérieure par des transformations purement formelles, comme en logique ou en mathématiques, mais par la détermination des conditions selon lesquelles [pourrait] être

² Cf. Oléron, *Le Raisonnement*, PUF « Que sais-je ? », 1995, p. 13.

³ *Op. cit.*, p. 13 et 12 ; V. encore, Bruner, « Les Processus de préparation à la perception », in *Logique et perception*, PUF, 1958, p. 1-48 ; Chambon, *Le Monde comme perception et réalité*, Vrin, 1974.

⁴ Oléron, *op. cit.*, p. 11.

⁵ Oléron, *op. cit.*

⁶ Oléron, *op. cit.*, p. 11 et 12.

⁷ Oléron, *op. cit.*, p. 12 ; cf. notre thèse, *De l'apport de la psychologie cognitive dans la motivation d'une décision de justice (en matière civile)*, Paris XIII, 2001, n° 73.

autorisée la création de normes inférieures, l'efficacité du système dépendant de l'adhésion présumée à une norme fondamentale, la *Grundnorm*, qui [serait] la Constitution originelle »⁸. En d'autres termes, cette interprétation créait le droit, et aboutissait à une politique juridique « alors que « l'interprétation purement intellectuelle » d'une norme, pour en préciser le sens ou en combler les prétendues lacunes, ne [pouvait] conduire à une interprétation « exacte » ou « vraie » (Kelsen, *Théorie pure de droit*, n° 45 et s.) »⁹.

Quant à l'École de l'exégèse, elle estimait que les codes ne laissaient rien « à l'arbitraire de l'interprète » (Laurent, *Cours élémentaires de droit civil*, préface, Tome I, p. 9), et s'opposait aux idées de Portalis et des juristes du XVIII^e siècle selon lesquelles le droit naturel constituait une toile de fond pour le droit positif¹⁰. Au vrai, les partisans de l'École de l'exégèse cherchaient à limiter les prérogatives du juge à la constatation de la matérialité des faits et leur transformation en un cas de figure visé par la loi. Le droit résultait de la loi écrite, de sorte que le juge ne devait rechercher que la volonté du législateur¹¹. L'interprétation exégétique – alors fortement contestée¹² – nécessitait une recherche dans les travaux préparatoires publiés et faisant état des rapports et débats parlementaires afin de comprendre l'intention du législateur. Plusieurs raisonnements furent utilisés, tels des raisonnements « *a pari* », « *a contrario* » et « *a fortiori* ». Le raisonnement « *a pari* », ou par analogie consistait à déduire un cas similaire à un autre cas similaire, et, plus exactement, à appliquer une règle prévue pour une situation similaire, à une autre règle en cas de lacune du droit. Le raisonnement « *a fortiori* » consistait à appliquer une règle à un objet différent de celui pour laquelle elle avait été élaborée en raison de sa meilleure adaptation audit objet différent. Et le raisonnement « *a contrario* » consistait à déduire une proposition d'une opposition. À ce jour, la méthode de l'exégèse n'a pas disparu, puisqu'elle est combinée avec d'autres méthodes. Ainsi, les raisonnements inductif et déductif ou les raisonnements par analogie, « *a contrario* » ou « *a fortiori* » sont utilisés à l'appui d'une interprétation juridique. Et l'on a tendance à porter un intérêt particulier aux travaux préparatoires des lois. Enfin, lors d'une communication relative à la spécificité du raisonnement juridique, Tarello a élaboré treize types d'arguments aboutissant à une interprétation de la loi conformément à l'intention du législateur¹³. Ces arguments relèvent, au demeurant, du raisonnement et non de la logique formelle. Perelman a fort bien rappelé ces arguments qui sont l'argument *a contrario*, l'argument *a simili* ou l'argument analogique, l'argument *a fortiori*, l'argument *a completudine*, l'argument *a coherentia*, l'argument psychologique, etc.¹⁴.

De l'ensemble des raisonnements ou arguments susdéveloppés, il en émerge un qui mérite une attention toute particulière alors qu'il est généralement délaissé : il s'agit du

⁸ Perelman, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1999, n° 37.

⁹ Bergel, *Théorie générale de droit*, Dalloz, 1999, n° 230.

¹⁰ Perelman, *op. cit.*

¹¹ Perelman, *op. cit.* n° 17.

¹² V. Bergel, *op. cit.* n° 233 ; V. encore, E. Gaudemet, *L'Interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Sirey 1935 ; Husson, *Analyse critique de la méthode de l'exégèse. Nouvelles études sur la pensée juridique*, Dalloz, 1974, p. 74.

¹³ Cf. le volume complémentaire des *Actes du congrès de Bruxelles de 1971*.

¹⁴ Cf. notre thèse, *op. cit.* n° 223.

raisonnement d'autorité, et, plus exactement, du raisonnement tiré de la simple affirmation d'un auteur dont la personnalité suffit à convaincre¹⁵. Accepté de longue date par les juristes, et probablement inévitable, le raisonnement d'autorité ne se contente pas d'influencer d'autres raisonnements, puisqu'il peut aussi se substituer à eux. Construit à partir de raisonnements classiques, tels le raisonnement inductif ou le raisonnement déductif, le raisonnement d'autorité, même s'il n'est pas une caractéristique de la matière juridique, se prête volontiers à un cadre élaborant le droit.

3. Avant d'étudier l'emprise du raisonnement d'autorité en droit privé (II), il importe d'en dresser les caractéristiques (I).

I. — LES CARACTÉRISTIQUES DU RAISONNEMENT D'AUTORITÉ EN DROIT PRIVÉ

4. Un examen des caractéristiques du raisonnement d'autorité en droit privé suppose un rappel du cadre dans lequel celui-ci apparaît (A) ainsi que de quelques exemples jurisprudentiels (B).

A. — *Le cadre*

1) De l'émetteur... au récepteur

5. Dans la *Rhétorique*, Aristote avait souligné que la personnalité de l'orateur était l'un des facteurs qui génèrait la conviction, puisqu'un homme qui paraissait digne de foi emportait la confiance¹⁶. Comme le relève M. Oléron : « L'émetteur laisse transparaître ce qu'il est à travers ce qu'il dit, même quand il ne cherche pas explicitement à se révéler à l'auditoire... Quelqu'un qui est présenté comme un expert sur le sujet qu'il

¹⁵ V. à cet égard, pour des arguments d'autorité, Mathieu-Izorche, *Le Raisonnement juridique*, PUF, 2001, p. 357 ; et d'une façon plus générale, Bergel (dir.), « Analogie et méthodologie juridique », *RRJ*, 1995-4, PUAM, 1995 ; Bourcier et Thomasset, *L'Écriture du droit*, Paris, Diderot, 1996 ; Delmas-Marty, *Le Flou du droit*, PUF « Les voies du droit », 1986 ; « Vers une autre logique juridique : à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 1998, chron., p. 221 ; Dubouchet, « La Théorie normative du droit et le langage du juge », *RRJ*, 1994-2, p. 657 ; Izorche, « L'Ordre et le droit », in *Mélanges Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 731 ; « La Cassation, sanction d'une atteinte à la logique », in *Mélanges Couvrat*, PUF, 2001, p. 131 ; Kalinowski, « Logique et méthodologie juridique. Réflexions sur la rationalité formelle et non formelle en droit », *Archives de philosophie du droit*, t. 23, Sirey, 1978 ; « La Logique floue vs la logique formelle ? ou Plaidoyer en faveur d'un enseignement de logique aux étudiants de droit », *D.* 1998, chron. p. 297 ; Perelman et Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Éditions de l'Université de Bruxelles et Vrin, 1976 ; Stamatis, *Argumenter en droit. Une théorie critique de l'argumentation juridique*, Publisud, 1995.

¹⁶ V. Oléron, *L'Argumentation*, PUF « Que-sais-je ? » 1993, p. 80 ; V. également, Mathieu-Izorche, *op. cit.* ; V. encore, Peyron-Bongan, « Force et logique du discours. Pour un essai méthodologique de lecture critique », *RRJ*, 1991-3, PUAM, 1991

va traiter justifie ce titre s'il fait preuve de son savoir dans ses propos, comme dans les réponses aux questions et aux objections qui peuvent lui être adressées »¹⁷.

La forme du discours utilisé par l'émetteur est également révélatrice du raisonnement d'autorité : il fait appel à la simple affirmation. Outre la compétence de l'émetteur – qui, on l'a compris, est déterminante dans les domaines scientifiques ou juridiques –, le raisonnement d'autorité doit présenter une objectivité patente¹⁸. Il doit faire état d'une préoccupation de présenter des informations d'une façon informative et non biaisée¹⁹. Pour Hovland, la compétence et la sincérité déterminent la crédibilité de l'auteur (1953). Et « Il s'agit là de facteurs d'ordre cognitif, mettant l'accent sur les connaissances transmises par le message et les connaissances relatives à l'émetteur »²⁰. En toute hypothèse, l'argument d'autorité (ou le raisonnement d'autorité) s'appuie sur le « *Magister dixit* » (ou le maître a dit) qui est « le dernier mot dans un système où la parole d'une personne s'identifie à la Vérité »²¹. Il peut être encore lié à une similitude entre l'émetteur et le récepteur²². Les sujets de milieux donnés admettent, en effet, plus facilement la validité d'avis de ceux qui relèvent du même milieu. Or la Cour de cassation n'est pas économe de raisonnements d'autorité. En toute bonne foi ou non, elle n'hésite pas à utiliser des biais cognitifs de jugement de forclusion²³ afin d'éviter d'être confrontée à des situations juridiques embarrassantes (comme, par exemple, celle générée par la notion de personne en droit pénal et en droit civil)²⁴. Et si le raisonnement d'autorité peut émaner d'un émetteur comme la Cour de cassation, force est d'admettre la présence du jeu de la similitude (susvisée) entre l'émetteur et le récepteur, c'est-à-dire de la similitude entre la Cour de cassation et les juristes.

2) L'assise du raisonnement d'autorité

6. Le raisonnement d'autorité caractérise un raisonnement juridique *stricto sensu* ainsi qu'un raisonnement juridique *lato sensu*, c'est-à-dire un raisonnement soumis à des biais de jugement substantiels.

Pour ce qui concerne le raisonnement juridique *stricto sensu*, le raisonnement d'autorité repose sur des mécanismes cognitifs classiques, puisqu'il peut être inductif ou déductif, voire être tout à la fois inductif et déductif. Le raisonnement inductif consiste à

¹⁷ *Op. cit.* p. 81.

¹⁸ V. à cet égard, Desmons, « La Rhétorique des commissaires du gouvernement près le Conseil d'État », in *Rhétorique et droit, Droits*, 2002, n° 36, p. 39

¹⁹ Oléron, *op. cit.* p. 85.

²⁰ Oléron, *op. cit.* p. 85.

²¹ Oléron, *op. cit.* p. 86.

²² V. Hovland, 1953 ; V. encore, Beauvais et Joulé, « La Psychologie de la soumission », *La Recherche*, 1988, 19 (n° 202), p. 1050-1057 ; Milgram, *Soumission à l'autorité*, Calmann-Lévy, 2001.

²³ V. encore pour des études particulièrement intéressantes, Aubert, « De quelques risques d'une image troublée de la jurisprudence de la Cour de cassation », in *Mélanges Draï*, Dalloz 1999, Ire partie ; Roze, « Des Lieux porteurs de sens : images de l'institution à travers ses établissements successifs », in *Le Tribunal et la Cour de cassation (1790-1990)*, Litec, 1990, p. 97.

²⁴ Cf. *infra* n° 10.

rechercher une règle générale à partir d'exemples particuliers²⁵. Bruner, Goonow et Austin (1956) ont cherché à comprendre l'inférence inductive, c'est-à-dire les processus cognitifs permettant d'extraire des constantes d'un ensemble d'instances (appelé également catégorisation). Pour ces chercheurs, la pensée inductive s'ouvrirait à un concept conjonctif caractérisé par la conjonction de deux caractéristiques (*i. e.*, 2 et croix), un concept disjonctif caractérisé par la disjonction de deux caractéristiques (*i. e.*, deux cercles et deux cadres) ainsi qu'un concept relationnel caractérisé par un nombre de cadres devant être égal au nombre d'éléments, et donc par la relation entre deux dimensions (*i. e.*, le nombre de cadres et d'éléments). De plus, ils ont découvert que les sujets pouvaient utiliser plusieurs stratégies pour découvrir un concept. Parmi celles-ci, on peut citer la stratégie d'ensemble et la stratégie des parties. Autrement dit, le raisonnement inductif postule que les sujets doivent écarter différents obstacles, tels des biais de confirmation, « pour découvrir des règles générales à partir d'exemples, qu'ils utilisent plusieurs stratégies pour inférer des règles générales et que les règles à découvrir pour les sujets varient en difficulté selon le nombre d'éléments mis en relation dans la règle »²⁶.

Quant au raisonnement déductif, il consiste à tirer des conclusions vraies et valides à partir d'informations vraies. Théorie des modèles mentaux et théorie de la logique mentale nourrissent le raisonnement déductif. S'agissant de la théorie des modèles mentaux, le raisonnement connaîtrait trois étapes de traitement. La première étape serait caractérisée par la compréhension, tandis que la deuxième étape serait caractérisée par l'inférence. Quant à la troisième étape, elle serait caractérisée par la falsification ou la réfutation. Les deux premières étapes ne pourraient être qualifiées d'étapes de compréhension – représentation, de sorte que ce ne serait que dans la troisième étape que le raisonnement proprement dit interviendrait²⁷. En ce qui concerne la théorie de la logique mentale, « le premier postulat des théories de la logique mentale est que le système cognitif dispose des règles de logique. Ainsi, le système cognitif posséderait les règles fondamentales comme la règle du *modus ponens*. Le second postulat avance que le mécanisme à la base du raisonnement est le déclenchement et l'application de ces règles. Enfin, ces théories avancent que les règles logiques non disponibles dans le système cognitif peuvent être obtenues en combinant plusieurs règles disponibles. Dans ce cas, le système cognitif raisonnerait en activant les règles à appliquer et en les combinant séquentiellement. Le nombre de combinaisons à effectuer expliquerait l'inégale difficulté des problèmes de raisonnement à résoudre »²⁸. Par la force des choses, des erreurs peuvent être également commises. C'est le cas lorsqu'elles surviennent lors de l'étape de représentation, puisque les prémisses et la conclusion aboutiraient à une représentation erronée. Des erreurs peuvent également résulter de la mauvaise utilisation d'une heuristique, c'est-à-dire de stratégies mal utilisées lors de la chaîne d'inférences. Elles peuvent encore provenir d'erreurs de nature cognitive, telles des erreurs d'inattention ou « des problèmes du maintien de l'information en MDT »²⁹.

²⁵ V. Lecoutre, « Inférence statistique et raisonnements inductifs » *Psychologie française*, 1994, 39, p. 141-151.

²⁶ Cf. Lemaire, *Psychologie cognitive*, De Boeck Université, 1999, p. 226.

²⁷ V. à cet égard, Lemaire, *op. cit.*

²⁸ Lemaire, *op. cit.*, p. 218.

²⁹ Lemaire, *op. cit.*

Enfin, le raisonnement d'autorité en droit privé n'exclut pas un appel à un raisonnement plus subsidiaire comme le raisonnement syllogistique.

7. Reste à s'intéresser au raisonnement juridique *lato sensu*, c'est-à-dire aux biais de jugement qui entourent le raisonnement inductif ou le raisonnement déductif afin de conforter un raisonnement d'autorité. Ces biais sont susceptibles d'altérer la qualité de l'appréciation d'un sujet sans pour autant totalement fausser cette dernière, et, de toute façon, de profondément transformer une approche cognitive³⁰. Les jugements par heuristiques, les biais de traitement, le rôle du contexte et les effets de cadre et les jugements de probabilités peuvent — semble-t-il — être regroupés au rang de biais de jugement — ces instruments de réflexion pouvant faire double emploi.

Qu'est-ce qu'une heuristique ? Les jugements par heuristiques ont été dégagés par MM. Tversky et Kahneman³¹. L'heuristique est une stratégie de nature cognitive qui permet de résoudre un problème, et d'émettre un jugement dans un cadre d'incertitude. Les heuristiques de jugement aboutissent à un résultat rapide qui n'est pas toujours correct. Quatre heuristiques ont été mises en exergue : il s'agit de la représentativité, la disponibilité, l'ajustement et la simulation. L'heuristique de représentativité a vocation à juger un événement ou une entité incertaine en la catégorisant, c'est-à-dire en la rattachant à une catégorie d'entités similaires. Ce processus aboutit à une réduction d'incertitude grâce à une assimilation d'une entité particulière à une classe d'événements similaire jugée représentative. Quant à l'heuristique de disponibilité, elle consiste en un processus cognitif destiné à apprécier un événement eu égard à des informations disponibles, et non pas nécessairement adéquates, c'est-à-dire directement liées audit événement. Les jugements sont alors faussés par la fréquence d'informations au détriment de la validité d'autres informations (à l'aide, par exemple, d'informations données par la presse, etc.). Et l'heuristique d'ajustement permet de formuler une appréciation tirée d'une valeur initiale (appelée point d'ancrage), puis de l'ajuster « en fonction des similitudes ou des différences que l'événement à évaluer présente avec la référence choisie initialement »³². Le point d'ancrage peut fortement influencer l'appréciation opérée. Enfin, l'heuristique de simulation est caractérisée par l'élaboration d'un modèle mental de la situation, et l'imagination d'un « décours des événements selon ce modèle »³³.

Qu'est-ce qu'un biais de jugement de forclusion ? Un biais de forclusion de traitement cognitif du syllogisme consiste à mettre un terme à la démarche de traitement, et à construire une conclusion même si la totalité des informations n'a pas fait l'objet d'un regroupement, n'a pas été complètement examinée. Sous une forme brutale, « il consiste par exemple à négliger la mineure mais le plus souvent il revêt des formes moins évidentes, plus subtiles qui concernent les implications des prémisses surtout lorsque celles-ci sont négatives »³⁴. Et MM. Touffait et Tunc s'y sont, sans citer le

³⁰ V. Hamburger, *La Raison et la passion, Réflexion sur les limites de la connaissance*, Seuil, 1984.

³¹ V. notamment, Tversky et Kahneman, « Availability: a heuristic for judging frequency and probability », *Cognitive psychology*, 1973, 5, p. 207-232.

³² Cadet, *Psychologie cognitive*, Press éditions, 1998, p. 298.

³³ Lemaire, *op. cit.*, p. 243.

³⁴ Cadet, *op. cit.*, p. 250 et 251 ; cf. notre article, « D'une approche cognitive de l'arrêt de principe », *RRJ*, 2002, p. 1631.

biais de jugement de forclusion, intéressé, puisqu'ils ont écrit à propos du style de la Cour de cassation : « La Cour de cassation procède par affirmation de principes dont elle ne fait même rien pour éclairer la portée... »³⁵.

Qu'est-ce qu'un biais de jugement de surconfiance ? Il consiste en la surestimation par un sujet de la validité du résultat ou de la confiance qu'il lui accorde. Il résulte notamment des difficultés liées à la perception d'une incertitude, et se rapproche du biais d'extension exagéré qui permet à un sujet de traiter un syllogisme en lui appliquant des stratégies antérieurement efficaces mais sans que celui-ci ait procédé à la vérification de la similitude de leurs conditions d'application³⁶.

B. — Quelques exemples

1) Le raisonnement d'autorité : un moyen préalable au droit

8. Dans quelles conditions un raisonnement d'autorité caractérise-t-il un moyen préalable au droit ? Il en est ainsi lorsqu'il constitue l'assise d'un arrêt de principe, puisqu'il procède par voie de simple affirmation. Dans ce cas, le raisonnement d'autorité est tout à la fois un raisonnement inductif, et un raisonnement déductif accompagné d'un biais de jugement de surconfiance et/ou d'un biais de jugement de forclusion. Il est un moyen préalable au droit parce qu'il établit, à partir d'une espèce, une grille de réflexion destinée à prononcer le droit. La simple affirmation que révèle l'arrêt de principe précède la simple affirmation que révèle un autre arrêt d'espèce. Le raisonnement d'autorité en tant que moyen préalable au droit devient ultérieurement un moyen de droit s'il a vocation à appliquer un principe général à un cas analogue.

Le juge peut prononcer un arrêt de principe, c'est-à-dire une décision posant un principe général à partir d'un cas d'espèce susceptible de s'appliquer à un cas analogue³⁷. Créant la norme prétorienne, le juge peut être ainsi à la source de l'édiction de principes généraux, « de solution à propos des litiges qui se présentent, mais n'empêche nullement de les modifier lorsque se présentent d'autres espèces »³⁸. Par ailleurs, l'article 5 du Code civil affirme que le juge ne peut rendre un arrêt de règlement³⁹, et a, d'ailleurs, battu en brèche la possibilité accordée, sous l'Ancien régime, au Parlement de prononcer

³⁵ « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, p. 489-490 ; cf. Perelman, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, *op. cit.* n° 83.

³⁶ Cadet, *op. cit.*, p. 309 et p. 250.

³⁷ V. Atias, « L'Ambiguïté des arrêts dits de principe », *JCP* 1984, éd. G I, 3145 ; Bonneau, « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.* 1995, chron. p. 24 ; Marguery, *Contradiction et continuité de la jurisprudence de la Cour de cassation*, Thèse Bordeaux, 1984.

³⁸ V. Saluden, *Le Phénomène de la jurisprudence. Étude sociologique*, Thèse Paris II, 1983, p. 666.

³⁹ V. Bellet, « Le Juge de l'équité », in *Mélanges Rodière* 1981, p. 12 ; V. encore, Fragitas, « Les Précédents judiciaires en Europe continentale », in *Mélanges Maury*, 1960, t. II, p. 139 ; Sauvel, « Essai sur la notion de précédent », *D.* 1955, chron. p. 93.

des arrêts applicables à un arrêt déterminé et de construire une règle qui était applicable à de nombreuses espèces analogues — une telle possibilité ayant été de nature à heurter le principe de la séparation des pouvoirs⁴⁰. Ainsi, une décision rendue dans une autre affaire ne peut servir de fondement à un jugement⁴¹. Mais les juges ne rendent pas un arrêt de règlement, et, par conséquent, ne violent pas l'article 5 lorsqu'ils ordonnent l'expulsion d'un groupe de grévistes⁴². Toutefois, une distinction entre l'arrêt de règlement et l'arrêt de principe — outre des critères formels précis et des motivations qui, à l'évidence, dépassent la règle de portée générale — n'est pas perceptible⁴³. Ce sont, en effet, les simples affirmations du juge, ou le caractère péremptoire de celles-ci qui orienteront le juriste vers l'arrêt de principe au détriment de l'arrêt de règlement. Le juge peut, à l'aide d'un biais de jugement de surconfiance doublé d'un biais de forclusion, poser un principe de portée générale, ou affirmer qu'il est de portée générale alors qu'il revêt le caractère d'un arrêt de règlement à l'origine de la formulation d'une règle de droit. Parce que la Cour de cassation pose un principe, qu'il soit de portée générale ou qu'il présente le caractère d'un arrêt de règlement, le juriste estime que la solution adoptée ne contrevient pas aux principes généraux du droit français. Biais cognitif de jugement de surconfiance ou biais cognitif de forclusion ne sont pas perçus par ce dernier qui réitérera ces biais en les utilisant à l'appui de sa propre appréciation de la règle de droit — le rôle du contexte et les effets de cadre n'étant, bien entendu, pas étrangers à cette absence de perception⁴⁴.

2) Le raisonnement d'autorité : un moyen de droit

a) Le raisonnement d'autorité consenti

9. Sous cet aspect, le raisonnement d'autorité est — on l'a souligné — un moyen de droit parce qu'il pose le droit à l'espèce considérée par la voie d'une simple affirmation, ou, tout au moins, d'une option préétablie éventuellement confortée par les juristes en raison de la qualité de l'auteur du raisonnement.

Un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 29 novembre 1990 illustre tout à fait l'utilisation d'un raisonnement d'autorité par le juge et son acceptation par les

⁴⁰ V. Audinet, « Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ? », in *Mélanges Brèthe de la Gressaye*, 1967, p. 99 ; Beignier, « Les Arrêts de règlement », *Droits*, n° 9-1989, p. 45 ; Payen, *Les Arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, PUF, 1997 ; Sériaux, « Le Juge au miroir : l'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain », in *Mélanges Mouly*, 1998, t. 1, p. 171 ; Sinay, « La Résurgence des arrêts de règlement », *D.* 1958, chron. p. 85.

⁴¹ Cass. soc., 27 février 1991, *Bull. civ.* V, n° 102 ; V. également, Cass. 3^e civ., 27 mars 1991, *Bull. civ.* III, n° 101 ; V. encore, en matière de technique de cassation, Cass. com., 8 juin 1993, *Bull. civ.* IV, n° 224 ; Cass. 1^{re} civ., 4 avril 1991, *Bull. civ.* I, n° 125 ; Cass. com., 6 mai 1991, *Bull. civ.* IV, n° 152 et Perdriau, *La Pratique des arrêts civils de la Cour de cassation*, Litec, 1993, n° 239 ; Cass. crim., 11 juin 1986, pourvoi n° 85.92.15 ; Cass. soc., 25 mars 1992, pourvoi n° 90.41.118 ; 28 nov. 1985, pourvoi n° 82.40.887.

⁴² Cass. 2^e civ, 22 janvier 1997, *Bull. civ.* II, n° 19 ; V. encore, Cass. soc., 10 déc. 1996, *Bull. civ.* V, n° 433.

⁴³ V. à cet égard, notre article, « D'une approche cognitive de l'arrêt de principe », *op. cit.*

⁴⁴ V. *supra* n° 7.

juristes à l'aide d'une amplification⁴⁵. Par cette décision, les juges suprêmes ont rappelé que la perte de confiance à l'origine d'un licenciement devait être fondée sur des éléments objectifs. Et la Cour de cassation a plus récemment souligné que l'objectivité du motif n'était pas mise en exergue par des divergences de vue relatives à la qualité d'actionnaire du salarié, mais étrangères à son activité professionnelle⁴⁶. Pour la doctrine, l'arrêt du 29 novembre 1990 instituait un nouveau principe parce que la Cour suprême posait expressément que la perte de confiance ne pouvait être fondée que sur des éléments objectifs. Pourtant, la Cour régulatrice avait maintes fois rappelé que la perte de confiance ne pouvait reposer que sur des faits précis, lesquels étaient nécessairement appréciés de façon objective par le juge⁴⁷. Depuis que le législateur exige la présence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, le caractère objectif de la perte de confiance est nécessairement apprécié au travers de ladite cause réelle et sérieuse de rupture. Certes, il pourrait être relevé que le fait précis et le fait objectif sont différents. Mais la précision exigée par les juges suprêmes débouche obligatoirement sur une objectivité, et cette objectivité constitue, en réalité, une subjectivité objective. Si le licenciement d'une salariée, chef comptable, au motif que son mari avait été licencié précédemment pour faute grave, est illégitime⁴⁸, il demeure que la Cour de cassation a estimé, le 1^{er} avril 1992, que le caractère inévitable du conflit entre la veuve d'un ancien président directeur général et l'ancienne concubine de celui-ci constituait un élément objectif dont il était possible, au moment du licenciement de la concubine, d'apprécier tant la réalité que l'importance⁴⁹. En d'autres termes, la perte de confiance, qui ne peut en soi constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, s'ouvrait à des faits précis appréciés objectivement par la Cour de cassation mais à partir de la subjectivité des magistrats suprêmes. Comment être, en effet, certain que des rapports entre la veuve et l'ancienne concubine d'un employeur auraient été nécessairement difficiles ? Et, de toute façon, le fait précis qui devait être présenté au juge avant la décision du 29 novembre 1990, devait être nécessairement objectif au regard de l'appréciation subjective de la Cour régulatrice.

Mais il y a plus. La Cour régulatrice a souligné, le 29 mai 2001, que la perte de confiance de l'employeur ne pouvait jamais constituer en tant que telle une cause de licenciement même quand elle reposait sur des éléments objectifs. Pour les juges suprêmes, seuls ces éléments objectifs pouvaient, le cas échéant, constituer une cause de licenciement, mais non la perte de confiance qui avait pu en résulter pour l'employeur⁵⁰. D'une façon légitime, la doctrine a décelé au sein de cette motivation une éviction de la perte de confiance, et une nouvelle étape dans l'objectivation du licen-

⁴⁵ *Bull. civ.* V n° 597 ; *Dr. social* 1992, p. 32, note Gaudu ; *D.* 1991, jur. p. 190, note Pélissier ; V. encore *Cass. soc.*, 12 mars 1991, *Dr. trav.* 1991, n° 4, p. 13 ; *Cass. soc.*, 14 janv. 1998, *JCP* 1998, éd. E, pan. 355 ; 27 mai 1998, *Bull. civ.* V n° 283.

⁴⁶ *Cass. soc.*, 4 fév. 1993, *RJS* 1993, 328, n° 559 ; V. encore, *Cass. soc.*, 14 janv. 1998, *JCP* 1998, éd. E., p. 355 ; 26 janv. 2000, *Mme Verrier c/SNC Casino France* et la particularité de CE. 11 juin 1999, *Société les Grands Moulins de Strasbourg*.

⁴⁷ *Cass. soc.*, 12 mars 1987, *Dr. social* 1987, p. 357, note Savatier ; 26 janv. 1989, *D.* 1989, IR p. 54 ; 23 mars 1989, *Dr. ouvrier* 1990, p. 489 ; comp. *Cass. soc.*, 26 juin 1980, *Bull. civ.* V n° 573 ; *D.* 1981, IR 127, obs. Langlois.

⁴⁸ *Cass. soc.*, 26 juin 1980, précité.

⁴⁹ *RJS* 1992, 328, n° 577.

⁵⁰ *D.* 2002, jur. p. 921, note Gardin.

ciement pour motif personnel. Pourtant, et contrairement à l'impression de durcissement de l'objectif opéré, la solution consacrée le 29 mai 2001 repose sur un principe inchangé depuis de nombreuses années : celui d'un licenciement tiré d'éléments objectifs. Peu importe qu'il s'agisse d'une perte de confiance ou d'un autre motif de rupture, puisque seuls des éléments objectifs peuvent et ont toujours pu, en application de la loi du 13 juillet 1973, justifier la rupture⁵¹. Le principe en cause n'est pas la perte de confiance qui peut reposer sur des éléments objectifs, mais des éléments objectifs qui doivent asseoir une rupture, puisque la Cour de cassation affirme que seuls ces éléments objectifs peuvent, le cas échéant, constituer une cause de licenciement. Avant l'arrêt du 29 novembre 1990 tout comme après celui-ci, l'employeur n'a jamais pu invoquer un motif de rupture qui ne soit pas qualifié d'objectif par le juge. Le juge et la doctrine reposent donc leur argumentation sur un objectif qui a toujours existé sans que le terme sur lequel il se greffe ait une réelle importance, et cet objectif litigieux n'est que le subjectif du juge, puisque celui-ci ne peut prétendre à un objectif que dans un cadre social accepté par une majorité qui le rend nécessairement subjectif.

Il suit de là que la Cour de cassation émet des messages comportant des raisonnements qui n'apparaissent valides que parce qu'ils proviennent de la même Cour régulatrice. Autrement dit, les arguments d'autorité et raisonnements d'autorité sont amplifiés par les juristes en leur qualité de destinataires de ces messages⁵².

b) Le raisonnement d'autorité imposé

10. La notion de raisonnement d'autorité imposé peut paraître d'ordre pléonastique — si le raisonnement est d'autorité, c'est qu'il ne peut qu'être imposé. Pourtant, conformément à ce qui précède, le raisonnement d'autorité, même s'il doit être appliqué à la norme juridique, peut être contesté, ou, tout au moins, ne pas être amplifié par les juristes. Quatre arrêts de la Cour de cassation peuvent convaincre de la mise en œuvre d'un raisonnement d'autorité imposé.

Le premier est un arrêt du 30 juin 1999 de la chambre criminelle relatif à l'impossibilité de qualifier d'homicide involontaire l'atteinte portée à un fœtus par un médecin⁵³.

⁵¹ V. à cet égard, Teyssié, *Le Licenciement*, Economica, 1997.

⁵² V. d'une façon plus générale, Bellamy, « Le Pouvoir de commandement du juge ou le nouvel esprit du procès », *JCP* 1973, I, 2522 ; Taguieff, *La Force du préjugé*, Gallimard, 1990 ; Tarde, *Les Lois de l'imitation*, 1890, Slatkine, 1979 ; Vienne, *Le Rôle du juge dans la direction du procès civil*, Congrès dr. int. comp. Hambourg, 1962, Cujas 1962, p. 311.

⁵³ *Bull. crim.* n° 174 ; *D* 1999, jur. p. 710, note Vigneau ; *D*. 2000, somm. p. 27, obs. Mayaud ; *D*. 2000, somm., p. 169, obs. Desnoyer et Dumaine ; *JCP* 2000, éd. G., II, 10131, note Fauré ; *Rev. sc. crim.*, 1999, p. 813, obs. Mayaud ; *Dr. pénal*, 2000, comm. p. 3, obs. Véron, chron. p. 12, Rassat ; *Deffrénois*, 1999, article 37047, p. 1048, note Malaurie ; V. encore, Balestrero, « La Situation de l'enfant mort-né », *D*. 1999, chron., p. 80 ; Callu, « Autour de la mort : variations sur "Madame se meurt, madame est morte" », *RTD civ.*, 1999, p. 313 ; Debove, « Le Fœtus à l'index », *Petites Affiches* du 17 nov. 1999 ; Rebut, « La Loi pénale et l'interprétation stricte », *Dr. fam.*, 1999, chron. n° 20 ; Seuvic, « Variations sur l'être humain comme valeur pénalement protégée », in *Mélanges, C. Bolze*, Economica, 1999, 339 ; V. encore, pour des études plus générales, Bertrand-Mirkovic, *La Personne humaine*, Thèse Paris II, 2001 ; Carreau, « L'Acte mortifère en droit pénal », *D*. 2000, supp., p. 16, n° 23 ; Le Douarin et

Après avoir confondu une patiente enceinte avec une autre patiente à qui il devait être retiré un stérilet, un médecin gynécologue avait percé la poche des eaux d'un fœtus de plus de cinq mois de gestation et provoqué la mort de celui-ci. Par un arrêt du 13 mars 1997, la Cour d'appel de Lyon avait estimé que le médecin s'était rendu coupable d'un homicide involontaire au motif que le fœtus était en bonne santé⁵⁴. Mais la Cour de cassation a censuré cette décision parce que les faits reprochés au prévenu n'entraient pas dans les prévisions des articles 319 ancien et 221-6 du Code pénal, de sorte que la Cour d'appel avait violé l'article 111-4 du Code pénal⁵⁵. Alors que les juges d'appel avaient étayé leur décision de motifs circonstanciés, la Cour de cassation avait, à l'aide d'un raisonnement d'autorité — qui pourrait être également et à lui seul qualifié de biais cognitif de jugement de forclusion —, mis un terme à toute discussion, qui l'aurait entraîné dans des considérations philosophiques, éthiques, de société, etc. À la question cruciale : le droit à la vie s'exerce-t-il dès la conception d'un embryon, à compter de la viabilité potentielle d'un fœtus (c'est-à-dire de sa susceptibilité certaine à devenir un enfant) ou à compter de la naissance d'un enfant viable ?, la Cour de cassation ne répond pas. Comme le soulignent MM. Touffait et Tunc, la motivation de la chambre criminelle cache « toute une discussion possible » et « la question... est de savoir si cette façade est heureuse »⁵⁶. Ce biais cognitif de jugement de forclusion (qui constitue également un biais cognitif de jugement échappatoire) est fréquemment utilisé lorsque la question soulevée embarrasse la Cour de cassation.

Reste à déterminer si la Cour de cassation aurait, par le biais d'un traitement cognitif du syllogisme (concrétisé en l'occurrence par un biais cognitif de jugement de forclusion), commis des erreurs ? La Cour suprême n'a pas nécessairement commis des erreurs si l'on rappelle que la rédaction d'une décision doit être, par la force des choses, relativement laconique, et qu'un effort de réduction n'est pas toujours voué à l'erreur. Mais le raisonnement qui émane d'une décision dont la motivation est éminemment réduite, est indéterminable — outre le fait que l'on comprend que la réduction est destinée à éviter la présentation d'un raisonnement embarrassant —, et s'ouvre à de nombreuses erreurs d'interprétation⁵⁷.

11. Le deuxième arrêt est daté du 11 janvier 2000, et émane de la chambre sociale de la Cour de cassation qui, après avoir rappelé le contenu des articles L. 122-3 et

Puigelier, « L'Expérimentation à partir de cellules souches embryonnaires humaines », *JCP* 2002, éd. G., I., 127.

⁵⁴ *D.* 1997, jur. p. 557, note Serverin ; *JCP* 1997, éd. G., II, 22955, note Fauré ; *Defrénois*, 1997, p. 640, note Malaurie ; *Dr. pénal*, 1997, chron. n° 22 et la note ; *Dr. fam.*, 1997, chron. n° 9, obs. Murat ; V. encore, en ce sens, CA Reims, 3 février 2000, *D.* 2000, jur. p. 873, note Chevallier ; *JCP* 2000, éd. G., II, 10406, note Fauré ; *Petites Affiches* du 5 oct. 2000, p. 16, note Collet-Askri ; *Defrénois*, 2000, p. 740, obs. Forgeard.

⁵⁵ V. encore, pour des décisions postérieures à cet arrêt et qui ont consacré le même principe, CA Metz, 3 sept. 1998, *JCP* 2000, éd. G., II, 10231, note Fauré ; Cass. ass. plén., 29 juin 2001, *Bull. Ass. plén.*, n° 8 ; *D.* 2001, p. 2917, note D. Mazeaud ; *JCP* 2001, éd. G., II, 10569, rapp. Sargos, concl. Sainte-Rose, note Rassat ; et Pradel, « La seconde mort de l'enfant conçu (à propos de l'arrêt d'assemblée plénière du 29 juin 2001) », *D.* 2001, chron., p. 2907, n° 8.

⁵⁶ *Op. cit.*

⁵⁷ Cf. notre thèse, *op. cit.* n° 776.

L. 124-2-3 du Code du travail interdisant à l'employeur de faire appel à des contrats de travail à durée déterminée ou des entreprises de travail temporaire afin de porter atteinte au droit de grève, a estimé que l'employeur pouvait organiser l'entreprise pour assurer la continuité de son activité et accepter le concours bénévole d'autres producteurs⁵⁸. À l'aide d'une seule phrase, la Cour régulatrice englobe le fait qu'un mouvement de grève consiste en une cessation concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles déjà déterminées auxquelles l'employeur refuse de donner satisfaction⁵⁹, l'impossibilité pour l'employeur de porter atteinte à l'exercice du droit de grève, le trouble manifestement illicite qui doit être caractérisé par l'atteinte au droit de grève⁶⁰ et la possibilité pour l'employeur de maintenir l'activité de son entreprise en embauchant, par exemple, des travailleurs temporaires avant un conflit⁶¹. L'exercice est périlleux tant pour la Cour de cassation que pour le juriste en attente de l'éclairage d'un point de droit. L'assemblage de positions susvisé aboutit inévitablement à de multiples interprétations, paradoxes et antinomies. Il s'ouvre à d'interminables débats tirés d'interprétations obligatoirement différentes des sujets concernés. En toute hypothèse, il marque l'utilisation d'un raisonnement d'autorité s'apparentant à une simple affirmation.

Dans la même veine, un troisième arrêt du 3 juillet 2001 de la chambre sociale mérite de retenir l'attention⁶². Une salariée avait saisi la juridiction prud'homale parce que son salaire n'avait pas progressé alors qu'elle avait bénéficié d'une progression de son coefficient conventionnel. Par un arrêt du 23 février 1999, la Cour d'appel de Rouen l'avait déboutée de sa demande en paiement d'un rappel de salaire et de congés payés au motif qu'elle avait toujours perçu un salaire au moins équivalent au SMIC et au minimum prévu par la convention collective, et que l'absence d'augmentation de salaire consécutive au refus d'augmentation du coefficient individuel relevait du pouvoir de direction de l'employeur. La Cour de cassation a censuré cette décision pour avoir violé l'article 1134 du Code civil parce que le mode de rémunération contractuel d'un salarié constituait un élément du contrat de travail qui ne pouvait être modifié sans son accord, peu important que l'employeur prétende que le nouveau mode de rémunération serait plus avantageux que l'ancien, et qu'une clause du contrat de travail ne pouvait valablement permettre à l'employeur de modifier unilatéralement la rémunération contractuelle. Aussi la Cour de cassation avait-elle considéré que les juges d'appel avaient violé l'article 1134 du Code civil en s'abstenant de relever une modification du contrat de travail de la salariée, alors qu'ils avaient noté que la rémunération de celle-ci malgré l'élévation de son coefficient hiérarchique n'avait pas augmenté au motif que son coefficient « d'individualisation », déterminé en fonction de sa valeur professionnelle et de la qualité de travail fourni, avait été abaissé corrélativement par une décision unilatérale de l'employeur.

⁵⁸ *JCP* 2000, éd. E., p. 1291 et la note.

⁵⁹ Cass. soc., 17 janv. 1968, *Bull. civ.* V, n° 35, 1er arrêt ; 16 oct. 1985, *Bull. civ.* V, n° 430 ; *Dr. social*, 1986, p. 615, obs. Déprez ; 16 mai 1989, *Bull. civ.* V, n° 360.

⁶⁰ Cass. ass. plén., 4 juil. 1986, *JCP* 1986, éd. G., II, 20694, note Teyssié ; *D.* 1986, p. 477, concl. Bouyssic, note Ray.

⁶¹ Cass. crim., 2 déc. 1980, *D.* 1981, p. 346, obs. Péliissier ; V. toutefois, l'article L. 124-3, alinéa 2, du Code du travail.

⁶² *Dr. social*, 2001, p. 1007, obs. Radé.

Cette décision affiche donc une violation de l'article 1134 du Code civil alors que le coefficient individuel correspondant à la valeur professionnelle de la salariée était lui-même issu d'un accord des parties, et, par conséquent, de l'application du même article 1134. Pour la Cour de cassation, conformément à l'intangibilité des contrats et l'impossibilité de les révoquer sans le consentement mutuel des parties en application des alinéas 1 et 2, de l'article 1134 du Code civil, la salariée ne pouvait renoncer — non pas à l'intangibilité de la convention mais — à l'impossibilité de révoquer cet accord en l'absence de consentement mutuel, et, plus précisément, sans le consentement de celle-ci. Il importait peu que la salariée ait initialement accepté de telles dispositions, puisqu'elle ne pouvait renoncer aux droits qu'elle tenait de la loi⁶³.

À l'aide d'un chevauchement de raisonnements, la Cour de cassation n'en impose qu'un seul qui fait office de raisonnement d'autorité. L'article 1134 du Code civil est écarté dans un premier temps, puis devient décisif dans un second temps afin d'appuyer une condamnation de l'employeur. Seul un raisonnement d'autorité peut disposer d'une telle portée, puisqu'il permet d'écarter des solutions tirées de l'article 1134 qui ne correspondraient pas à la conviction du juge dont la mission est de trancher un litige. Pour autant, des raisonnements inductif ou déductif sont utilisés, et fournissent une coloration parfaitement logique à la solution adoptée. Et comment ne pas être impressionné par l'emprise du raisonnement d'autorité s'il est rappelé que, dans cette affaire, la Cour de cassation, après avoir abandonné au pouvoir souverain des juges du fond la notion de modification du contrat de travail⁶⁴, a exercé un contrôle de qualification sur cette notion⁶⁵, et qu'il est de jurisprudence constante que l'appréciation de l'insuffisance professionnelle du salarié relève du pouvoir souverain des juges du fond ?⁶⁶ Autrement dit, la Cour de cassation contrôle la modification du contrat de travail tirée d'une insuffisance professionnelle qui relève elle-même du pouvoir souverain des juges du fond. Et même si ce n'est pas l'insuffisance professionnelle qui avait été examinée par les juges du fond, mais le mécanisme qui avait conduit l'employeur à refuser d'augmenter le coefficient individuel de la salariée en raison de son appréciation de la valeur professionnelle de celle-ci, le caractère sinueux du raisonnement du juge est patent — réalisé par étapes, ce raisonnement lui a permis, à l'aide d'une chute, d'adopter la solution qu'il avait initialement désirée. L'apparence de cette dernière est logique, mais elle n'est pas totalement valide.

12. Enfin, il convient de s'intéresser à un quatrième arrêt du 16 novembre 2001 de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation relatif au contrôle exercé par la Cour

⁶³ V. à cet égard, nos observations sous Cass. soc., 27 fév. 2001, *JCP* 2001, éd. E., p. 1391 et les observations de M. Radé, *Dr. social*, 2001, p. 514.

⁶⁴ Cass. soc., 19 nov. 1997, *Gala c/société Boccard*.

⁶⁵ V. à cet égard, Cass. soc., 28 janv. 1998, *Bull. civ. V*, n° 40 ; 12 janv. 1999, *Rouxel c/société Les juristes associés d'Ile de France* ; V. encore, Waquet, « Tableau de la jurisprudence sur le contrôle de la modification d'un contrat de travail », *Dr. social*, 1999, p. 566.

⁶⁶ Cass. soc., 25 oct. 1990, *Bull. civ. V*, n° 506 ; V. toutefois, pour un défaut de base légale, Cass. soc., 3 avril 2001, *Bull. civ. V*, n° 117 ; V. encore, Waquet, « Le Contrôle de la chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse de licenciement », *Dr. social*, 1992, p. 980.

régulatrice sur l'existence d'une obligation non sérieusement contestable⁶⁷. Une femme s'était blessée en tombant d'une échelle alors qu'elle participait à un nettoyage de la maison d'habitation dans laquelle sa nièce envisageait une installation prochaine. Par un arrêt du 29 juin 1999, la Cour d'appel de Poitiers avait condamné *in solidum* la seconde et son assureur à verser une indemnité provisionnelle de 50 000 F à la première, c'est-à-dire à celle qui s'était blessée au motif que l'obligation de réparation de la nièce n'était pas sérieusement contestable au sens de l'article 809, alinéa 2, du Nouveau Code de procédure civile. La Cour de cassation a censuré cette décision pour avoir violé l'article 809, alinéa 2, du Nouveau Code de procédure civile, et, plus exactement, parce que la Cour d'appel ne l'avait pas mise en demeure d'exercer son contrôle sur l'existence d'une obligation non sérieusement contestable, et, par suite, n'avait pas donné de base légale à sa décision au regard dudit article 809.

Pourquoi est-il là question d'un raisonnement d'autorité ? L'arrêt du 16 novembre 2001 fait état d'un défaut de base légale au regard de l'article 809, alinéa 2, du Nouveau Code de procédure civile qui permettrait d'y déceler un contrôle de qualification même « léger » de l'absence de contestation sérieuse contrairement à la position adoptée par différents arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation ayant consacré un pouvoir souverain des juges du fond en matière de contestation sérieuse⁶⁸. Cependant, un défaut de base légale n'exclut pas un pouvoir souverain des juges du fond, de sorte que la censure de l'Assemblée plénière ne s'ouvre à un contrôle de qualification de l'absence de contestation sérieuse qu'à la suite d'un raisonnement d'autorité. Le contrôle normatif s'exerce sur l'interprétation et l'application de la règle de droit, ou la qualification des faits. Il est un contrôle qui ne porte pas sur la motivation ou la procédure, mais autorise la Cour de cassation à casser une décision qui lui est présentée « non pas pour la façon dont elle a été rédigée ou rendue, mais pour ce qu'elle a décidé »⁶⁹. Toutefois, un défaut de base légale peut s'inscrire — répétons-le — dans le cadre d'un contrôle non normatif, puisqu'il porte nécessairement sur la motivation, de sorte que la marque d'un contrôle de qualification par la Cour de cassation résulte, dans cette espèce, des seules censures de la décision des juges d'appel et écritures déposées par le Premier avocat général et le Conseiller rapporteur.

⁶⁷ *JCP* 2001, éd. G., II, 10646, note Perdriau.

⁶⁸ Cass. 1re civ., 4 oct. 2000, *Bull. civ. I*, n° 239 ; 24 oct. 2000, *Bull. civ. I*, n° 268 ; *RTD civ.*, 2001, p. 428, obs. Normand ; V. encore, Cass. 1re civ., 4 avril 2001, *Bull. civ. I*, n° 106 ; *JCP* 2001, éd. G., II, 10649 et la note ; 9 mai 2001, *Bull. civ. I*, n° 129.

⁶⁹ Cf. Perdriau, « Contrôle normatif du droit », *juris-classeur procédure civile, fasc. 792*, n° 1.

II. — L'EMPRISE DU RAISONNEMENT D'AUTORITÉ EN DROIT PRIVÉ

13. Le raisonnement d'autorité en droit privé dispose d'une emprise considérable, puisqu'il est aisément décelable lors de l'utilisation de raisonnements juridiques topiques, que ceux-ci soient implicites (A) ou explicites (B).

A. — *Sur les raisonnements implicites*

1) **Le raisonnement implicite et nécessairement utilisé**

14. Le raisonnement implicite et nécessairement utilisé est celui à l'aide duquel le juge répond implicitement à l'un des moyens d'une partie en répondant expressément à un autre moyen. Le raisonnement implicite résulte donc d'un raisonnement explicite, et, plus précisément, s'avère être une conséquence nécessaire de ce dernier. Il est ainsi de jurisprudence constante qu'il ne peut être reproché à un juge de ne pas avoir répondu expressément à un moyen de l'une des parties s'il a, *a contrario*, répondu implicitement mais nécessairement à celui-ci⁷⁰. Parce qu'il a adopté tel raisonnement (concrétisé par telle solution), le juge en a nécessairement rejeté un autre (concrétisé par une autre solution). Et « Expliquer pourquoi un contrat est une vente, c'est à l'évidence expliquer, du même coup, pourquoi la qualification de donation ou de prêt doit être exclue »⁷¹. Par nature, le raisonnement implicite donne lieu à des difficultés d'interprétation des intentions du juge et un abondant contentieux. Mais si le raisonnement implicite peut donner lieu à des interprétations diverses, il demeure que des moyens distincts fondés sur des faits propres n'autorisent pas à invoquer un raisonnement implicite (ou un motif implicite)⁷². Enfin, la complexité du raisonnement implicite et nécessairement utilisé et l'aléa sur lequel il s'ouvre, conduisent le juge à préférer un raisonnement plus strict, et, plus précisément, un biais cognitif de jugement de forclusion, et, par conséquent, un raisonnement d'autorité qui lui permet d'affirmer qu'il n'est pas tenu de suivre les parties dans le détail de leur argumentation⁷³.

15. Par ailleurs, le raisonnement implicite et nécessairement utilisé peut apparaître dans le dispositif des décisions⁷⁴. Autrement dit, le raisonnement n'apparaît pas dans la motivation même de la décision de justice, mais dans son dispositif. Comme le souligne M. Perdriau, « il est normal, quand on a statué sur une demande, de ne pas le faire sur celles qui sont dans sa dépendance de telle façon qu'elles deviennent sans objet ou sans portée. C'est ce qui se produit, lorsqu'on accueille une demande principale, vis-à-vis des demandes subsidiaires ou véritablement supplétives qui cessent d'avoir à être examinées,

⁷⁰ Req., 14 mai 1877, DP 1878, I, 39 ; Cass. 1re civ., 6 janvier 1965, *Bull. civ. I*, n° 19 ; Cass. com., 12 juillet 1993, *Bull. civ. IV*, n° 292 ; 1er février 1994, *Bull. civ. IV*, n° 41.

⁷¹ Cf. Boré, *La Cassation en matière civile*, Sirey 1980, n° 2215 ; Dalloz 1997, n° 2009.

⁷² Cass. 1re civ., 3 mai 1965, *Bull. civ. I*, n° 287.

⁷³ Cass. 2e civ., 19 nov. 1965, *D.* 1966, p. 62 ; Cass. 1re civ., 30 mai 1967, *JCP* 1968, éd. G, II, 15456, note Mayer-Jack ; Cass. soc., 14 octobre 1981, *Bull. civ. V*, n° 554 ; 31 mars 1993, *Bull. civ. V*, n° 107.

⁷⁴ V. Perdriau, « Les Dispositifs implicites des jugements », *JCP* 1988, éd. G, I, 3352.

et aussi vis-à-vis des prétentions adverses qui ne reposeraient que sur l'éventualité d'un rejet de la demande principale, comme ce serait le cas si elle soutenait que cette demande procédait d'un abus »⁷⁵.

Cependant, des dispositifs tirés de raisonnements implicites et nécessairement utilisés ne facilitent pas la tâche du justiciable. Tout d'abord, une distinction entre l'appel et le contredit est difficile à établir si le dispositif ne sépare pas la compétence du fond (articles 78 et 80 du NCPC). Ensuite, une limitation de l'appel ou de l'opposition à un point précis est complexe si le dispositif ne comporte pas de chefs distincts (article 562 alinéa 1^{er} du NCPC). Enfin, un appel immédiat peut être incertain si le dispositif prescrit ou modifie une mesure d'instruction ou ordonne une mesure provisoire en s'abstenant de préciser s'il tranche une partie du principal (articles 150, 544 et 545 du NCPC). Et que dire lorsqu'un dispositif tranche globalement des questions de droit à l'aide d'une formule unique ! Sur ce point, M. Perdriau souligne que l'imprécision des dispositifs de la Cour suprême provient fréquemment de l'imprécision des dispositifs des jugements ou arrêts qui lui sont déférés⁷⁶. Pour compenser cette imprécision tirée d'un raisonnement implicite et nécessairement utilisé (et donc de motifs implicites et nécessairement utilisés), il rappelle la notion de motifs déterminants, mais relève qu'il est toutefois difficile de distinguer les motifs « qui sont vraiment nécessaires au soutien de la décision, parce qu'il la justifie « légalement », et ceux qui servent seulement à en faire comprendre les raisons, sinon à en éclairer le sens ou la portée. Pour notre part, nous sommes tentés de les répartir selon qu'ils répondent à des « moyens » ou à des « arguments »... « Cette analyse conduit à expliquer que ce sont uniquement les réponses aux moyens qui sont susceptibles d'être incluses dans les dispositifs implicites ; elle ne facilite pas pour autant la délimitation de ceux-ci... »⁷⁷. Autrement dit, M. Perdriau remarque — à juste titre — que le raisonnement implicite mais nécessairement utilisé conduit à des incertitudes que les solutions qu'il propose ultérieurement, ne peuvent que partiellement compenser. Là, le raisonnement d'autorité est à son apogée, puisque la Cour de cassation peut affirmer que les juges du fond ont posé ce qu'ils n'ont pas nécessairement voulu dire.

2) Le raisonnement subséquent

16. Le raisonnement subséquent se rapproche fortement du raisonnement implicite et nécessairement utilisé en ce qu'il génère des conséquences implicites mais nécessaires à partir d'un raisonnement exprès⁷⁸. Ainsi, la cassation d'une demande en divorce absorbe nécessairement les mesures provisoires liées à ce divorce⁷⁹. Mais une cassation

⁷⁵ *Op. cit.* n° 15.

⁷⁶ *Op. cit.* n° 35 ; V. encore Perdriau, *JCP* 1986, éd. G, I, 3257, n° 89.

⁷⁷ Perdriau, *op. cit.* n° 33.

⁷⁸ V. notamment articles 624 et 625 du NCPC.

⁷⁹ Cass. 2e civ., 22 janv. 1975, *Bull. civ.* II, n° 29 ; V. encore, Cass. com, 7 fév. 1988, *Bull. civ.* IV, n° 70 ; Cass. 2e civ., 25 mars 1987, *Bull. civ.* II n° 75 ; 20 avril 1988, *Bull. civ.* II n° 94 ; 8 nov. 1989, *Bull. civ.* II, n° 202 ; V. encore pour l'existence d'une dette d'un tiers saisi, Cass. 1re civ., 4 janv. 1995, *Bull. civ.* I, n° 3 ; pour la révocation d'une ordonnance de clôture, Cass. 2e civ., 15 fév. 1995, *Bull. civ.* II, n° 50, ou une demande de prorogation des effets d'un commandement, Cass. 2e civ., 12 mars 1997, *Bull. civ.* II, n° 70 ; *D.* 1997, IR 95.

limitée au calcul d'intérêts et laissant subsister un principe d'une créance, ne génère pas la censure d'un arrêt validant une inscription de nantissement sur le fondement de ladite créance⁸⁰. Le raisonnement d'autorité se situe alors dans la phase de ce qui est implicitement entendu sans que la conséquence implicite soit toujours évidente.

3) Le raisonnement par élimination

17. « Résidu » est le qualificatif donné au raisonnement par élimination par Rieke et Sillars (1975). Celui-ci consiste à s'intéresser à différentes interprétations ou solutions possibles et à en adopter une après rejet de toutes les autres. Il se présente comme une extension du raisonnement disjonctif où l'alternative est envisagée avec un nombre d'éléments variable. Mais le raisonnement par élimination est moins performant qu'il paraît. Comme le relève M. Oléron, cette démarche « donne l'impression d'avoir examiné toutes les possibilités et de n'avoir retenu que celles qui s'imposaient »⁸¹. Cette impression peut être, toutefois, illusoire car toutes les possibilités n'ont pas été examinées, et, qu'au fond, « une liste exhaustive ne peut être dressée (ce qui est l'objectif classique contre la « vérification » des hypothèses dans les sciences inductives) »⁸².

À la lecture des décisions de justice, il apparaît que le juge utilise fréquemment le raisonnement par élimination pour motiver ses décisions. Ainsi, un juge prud'homal raisonne par élimination lorsqu'il condamne un employeur à verser à un salarié une somme au titre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse après avoir constaté que celui-ci n'avait pas présenté une insuffisance professionnelle ou n'avait pas commis une faute à l'origine de la rupture de son contrat de travail. Si celui-ci a correctement exécuté sa mission ou n'a pas commis de faute, c'est qu'il répondait aux attentes de l'employeur qui était alors tenu de maintenir son contrat de travail et de le rémunérer régulièrement. Pour autant, la réponse du juge — qui paraît avoir envisagé toutes les solutions possibles — a abandonné de nombreux paramètres. Le maintien du salarié dans l'entreprise pouvait s'avérer impossible en raison de son comportement agressif à l'égard d'autres salariés sans que ces derniers aient consenti à rédiger des attestations contre leur collègue. En pareille occurrence, le comportement désagréable du salarié — et qui aurait pu justifier un licenciement — est méconnu par le juge qui n'a fondé son raisonnement que sur les éléments qui lui étaient fournis dans le dossier qui lui a été communiqué. Le raisonnement par élimination apparaît alors illusoire bien qu'il soit — en apparence et au regard du droit — parfaitement logique (dans ce cas, l'absence de production d'attestations de salariés en faveur de leur employeur aurait pu se cumuler avec l'absence d'invocation par le même employeur d'une insuffisance professionnelle ou, plus simplement, d'une perte de confiance). Et il est intéressant de constater que le raisonnement du juge est, en réalité, le résultat d'un débat mené par les parties. Autrement dit, la motivation d'une décision de justice combine tout à la fois le raisonnement du juge lui-même autorisé par la Cour régulatrice et les moyens invoqués par les parties. À quel moment se déploie le raisonnement d'autorité ? Lorsque le juge élimine une solution à l'aide d'une simple affirmation sans se pencher sur d'autres possibilités.

⁸⁰ Cass. 3e civ., 19 avril 1972, *Bull. civ.* III, n° 246.

⁸¹ *Op. cit.*, 1993, p. 47.

⁸² Oléron, *op. cit.*

B. — *Sur les raisonnements explicites*1) **Le raisonnement *a contrario***

18. Le raisonnement *a contrario* peut être défini comme un processus cognitif permettant à un juge d'appliquer une règle de droit à un fait à partir d'une autre règle de droit appliquée à un autre fait contraire. Autrement dit, le juge applique, à une espèce contraire, la solution inverse de celle qu'il avait adoptée⁸³, ou qu'il aurait adoptée. Le raisonnement *a contrario* est également un raisonnement analogique, et suppose l'existence d'une règle⁸⁴. Ainsi, l'article 6 du Code civil pose que l'on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Aussi, peut-on en déduire qu'il est possible de déroger par des conventions particulières aux lois qui n'intéressent pas l'ordre public ou les bonnes mœurs⁸⁵.

Le droit français fait appel à deux sortes de raisonnements *a contrario* au travers de l'argument *a contrario* et de la jurisprudence *a contrario*. L'argument *a contrario* est illustré par l'exemple susvisé tiré de l'article 6 du Code civil. Quant à la jurisprudence *a contrario*, elle est caractérisée par le fait que le juge se réfère à une décision précédente pour forger un raisonnement, et donc justifier la motivation de la décision qu'il lui appartient de prendre. À cet égard, M. Atias relève : « Si le juge s'est exprimé uniquement en considération du cas particulier et si rien n'autorise à en inférer une conséquence générale, le raisonnement analogique est manifestement condamné. Ce qui est sûr, c'est que les conditions actuelles du travail des juges et des avocats conduisent à donner une importance tout à fait excessive à l'une des caractéristiques de la décision de justice ; l'attitude commune est de s'en tenir très principalement, voire exclusivement, à l'âge du précédent. Le plus récent l'emporterait nécessairement, il est supposé marquer le dernier état de la jurisprudence. L'expérience exemplaire de la *Common Law* suffirait à démontrer que bien d'autres données doivent intervenir dans l'appréciation de la portée d'un arrêt... Le raisonnement *a contrario* n'apparaît légitime ou illégitime qu'en fonction de l'opinion de l'interprète sur l'arrêt ou le jugement invoqué »⁸⁶. Et comme le souligne encore M. Atias, l'arrêt qui formule un arrêt de principe favorise le raisonnement *a contrario*⁸⁷. Enfin, le raisonnement *a contrario* repose sur le postulat que la même raison peut se retrouver dans deux espèces contraires⁸⁸ pour permettre l'application de solutions contraires, et nécessite en principe la présence d'une décision satisfaisante⁸⁹.

⁸³ V. Atias, « Jurisprudence *a contrario* », *D.* 1997, chron. p. 297 ; V. encore, Cornu, « Le Règne discret de l'analogie », in *Mélanges Colomer*, Litec 1993, p. 129.

⁸⁴ Atias, *op. cit.* n° 5 ; Perelman, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Dalloz 1976, n° 67 ; Dalloz 1999, n° 67.

⁸⁵ V. Agostini, « L'Argument *a contrario* », *D.* 1978, chron. p. 149 ; Vidal, « L'Enfant adultérin... *a contrario* », portée du principe de la liberté d'établissement de la filiation adultérine », *JCP* 1973, éd. G, I, 2539.

⁸⁶ *Op. cit.* n° 5 et 6.

⁸⁷ V. à cet égard, Cass. 3e civ., 7 juin 1990, *Bull. civ.* III, n° 140 ; 24 oct. 1990, *Bull. civ.* III, n° 205 ; Cass. 2e civ., 10 fév. 1988, *Bull. civ.* II, n° 41 ; V. encore, à cet égard, notre article, « D'une approche cognitive de l'arrêt de principe », *op. cit.*

⁸⁸ Atias, *op. cit.* n° 14.

⁸⁹ Atias, *op. cit.* n° 12.

19. Un arrêt du 29 février 2000 de la chambre sociale de la Cour de cassation est particulièrement éloquent de l'utilisation d'un raisonnement *a contrario* par la Cour de cassation qui s'ouvre à un raisonnement d'autorité⁹⁰. Un salarié avait fait l'objet d'une convocation devant une commission paritaire mixte conformément à l'article 12 de la Convention collective nationale des personnels de direction de la Mutualité agricole. Selon ce texte : « Si la commission reconnaît l'intéressé coupable d'un manquement grave aux règles professionnelles, à la discipline et à l'honneur, de même qu'en cas de condamnation pour crime et délit de droit commun, le ou les conseil(s) d'administration dont relève celui-ci pourront prononcer sa révocation immédiate sans un préavis ni indemnité ». Alors que la commission mixte avait estimé que les conditions d'une révocation immédiate n'étaient pas réunies, l'employeur a révoqué le salarié pour faute grave. Par un arrêt du 12 février 1998, la Cour d'appel d'Orléans a retenu la qualification de faute grave du salarié, et considéré qu'elle n'était pas liée par un simple avis de la commission mixte, puisque les dispositions de l'article L. 511-1 du Code du travail lui donnaient compétence pour apprécier la gravité des faits reprochés à l'intéressé. La Cour de cassation a cassé cette décision pour avoir violé les articles L. 122-8 et L. 122-9 du Code du travail, ensemble l'article 12 de la Convention collective nationale des personnels de direction de la Mutualité agricole.

Quel est le message livré par cet arrêt ? La Cour de cassation rappelle qu'un employeur doit respecter la procédure légale de rupture d'un contrat de travail, indépendamment du respect de la procédure conventionnelle applicable. Mais elle pose également que l'avis formulé par la commission saisie à l'occasion de l'accomplissement d'une procédure conventionnelle, ne peut être écarté par le juge. Toutefois, la Cour de cassation procède à une interprétation de l'article 12, puisque celui-ci ne décide pas que l'employeur ne peut prononcer la révocation immédiate du salarié sans un avis conforme de la commission. Le raisonnement des juges de cassation marque un cheminement en deux temps : la convention collective est interprétée, puis cette interprétation est imposée aux juges du fond qui ne pourront que suivre l'avis émis par la commission réunie conformément aux dispositions conventionnelles.

Or une interprétation est par nature relative, et si celle-ci est issue d'un raisonnement *a contrario* – qu'il soit inductif ou déductif –, la relativité est d'autant plus marquée. Quant au raisonnement *a contrario*, il est un raisonnement analogistique, c'est-à-dire un raisonnement faisant appel à une analogie. Dans l'espèce du 29 février 2000, les juges utilisent un raisonnement *a contrario* issu d'une interprétation et aboutissant à une analogie, puisque l'article 12 de la convention collective ne pose pas que l'employeur ne peut prononcer la révocation immédiate d'un membre du personnel de direction sans un avis conforme de la commission paritaire mixte. Sur ces facteurs d'incertitude s'en greffent d'autres : un raisonnement *a contrario* peut être également issu d'un raisonnement syllogistique conditionnel qui repose sur un ensemble d'éventualités auxquelles le sujet n'a pas nécessairement pensé, ce qui pourrait être le cas du raisonnement utilisé par les juges suprêmes dans l'espèce commentée, et qui donne fréquemment lieu à un biais de confirmation permettant à des conclusions d'être acceptées alors même qu'elles ne sont

⁹⁰ *Bull. civ.* V, n° 79 ; *Dr. social*, 2000, p. 556, obs. Savatier ; *JCP* 2001, éd. G., II, 10528, et la note.

pas licites sur le plan d'une stricte logique. Sans un raisonnement d'autorité imposé aux juristes, la solution adoptée pourrait être inacceptable au regard de l'article L. 511-1 du Code du travail qui donne compétence au juge social pour apprécier la gravité des faits reprochés à un salarié. Par l'arrêt du 29 février 2000, le juge social est, en effet, privé d'une partie de ses prérogatives à la suite d'un choix de raisonnement qui n'est pas nécessairement logique mais relève de la seule discrétion de la Cour de cassation.

2) Le raisonnement par substitution

20. Le raisonnement par substitution est un processus cognitif permettant au juge de maintenir une décision tout en en modifiant son contenu. Utilisé par les juges suprêmes et d'origine prétorienne, le raisonnement par substitution n'a été utilisé qu'à compter de la moitié du XIX^e siècle⁹¹. À cet égard, Faye soulignait que lorsque le dispositif paraît justifié par les constatations de l'arrêt, la Cour régulatrice peut, pour son maintien, substituer un motif de pur droit à un motif erroné⁹².

Selon l'article 620 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile, la Cour de cassation peut rejeter le pourvoi en substituant un motif de pur droit à un motif erroné⁹³. L'autorisant à adopter une solution différente du rejet ou de la cassation de l'arrêt, la substitution de motifs permet à la Cour de cassation de relever d'office des moyens de pur droit⁹⁴. Mais qu'est-ce qu'un moyen de pur droit ? Il s'agit d'un moyen qui ne nécessite aucune appréciation de fait, qui n'aurait pas été déjà soumis à l'examen des juges du fond, ce qui signifie que seule la décision attaquée doit fournir les éléments permettant à la Cour de cassation de se prononcer⁹⁵. Pour Mme Prieur : « L'emploi de la substitution de motifs postule — et cela est tout à fait remarquable — qu'à son rôle classique de censurer, elle ajoute la mission de construire. En effet, la juridiction suprême, ne se bornant pas à juger la décision attaquée, la modifie. En remplaçant la motivation de la décision attaquée, la Cour use, à l'évidence, d'un pouvoir qui excède celui que requiert le simple contrôle de la décision attaquée »⁹⁶. Elle ajoute : « Quant à l'utilité pratique de la substitution de motifs, elle est plus qu'évidente. En effet, permettant l'économie d'un renvoi, elle écourte notablement la procédure et remédie, de cette façon, à l'engorgement des juridictions inférieures. De plus, elle a un effet

⁹¹ V. Prieur, *La Substitution de motifs par la Cour de cassation*, Economica 1986, n° 5.

⁹² *La Cour de cassation*, Librairie Duchemin, 1903, Réimpression 1970, n° 99.

⁹³ V. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, Litec 2000, n° 1978 ; Frabreguettes, *La Logique judiciaire et l'art de juger*, LGDJ 1926, p. 547 ; Marty, *Immutabilité et évolution du litige*, LGDJ 1977, n° 514 ; Motulsky, « La Cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.* 1964, chron. p. 235 ; Normand, *Le Juge et le litige*, LGDJ 1965, n° 221 ; Puigelier, *La Pratique de la cassation en matière sociale*, Litec 1996, n° 624 ; Vincent et Guinchard, *Procédure civile*, Dalloz 2001, n° 1527 ; Voulet, « L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP* 1970, éd. G I, 2305, n° 16.

⁹⁴ V. encore, article 12 du Nouveau Code de procédure civile.

⁹⁵ Cass. civ., 27 mars 1888, DP. 1888, 1, 345 ; 3 juil. 1934, *Gaz. Pal.* 1934, 2, 120 ; Cass. 1^{re} civ., 12 avril 1988, *Bull. civ.* I, n° 111 ; Cass. 2^e civ., 12 juin 1970, *Bull. civ.* II, n° 207 ; Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1987, *Bull. civ.* I, n° 77 ; Cass. com. 21 juil. 1987, *Bull. civ.* IV, n° 201 ; Cass. soc. 16 mai 1980, *Bull. civ.* V n°, 367 ; Cass. 1^{re} civ., 7 fév. 1994, *Bull. civ.* I, n° 68 ; cf. notre ouvrage, *La Pratique de la cassation en matière sociale*, *op. cit.* n° 616.

⁹⁶ *Op. cit.* n° 6.

dissuasif : décourager les pourvois formés à l'encontre des décisions dont le dispositif peut être maintenu. C'est indéniablement fort appréciable en un temps où la Cour de cassation est de plus en plus débordée par l'afflux de pourvois toujours plus nombreux et où, par suite, le délai moyen de jugement des affaires s'est allongé d'une manière inquiétante, au point de mettre très sérieusement en question la bonne administration de la justice »⁹⁷. Il peut s'agir d'une motivation remplacée ou d'une motivation substituée. Pour ce qui concerne la motivation remplacée, la motivation de la décision attaquée doit être erronée et le bien fondé de celle-ci doit être incertain. S'agissant de la motivation substituée, le changement peut concerner la motivation de droit ou la motivation de fait de ladite décision.

Quels sont les effets de la substitution de motifs ? La substitution de motifs permet – on l'a souligné – de sauver la décision attaquée. Elle « lui épargne la censure ; elle la “sauve”, le pourvoi, bien que fondé, est rejeté »⁹⁸. Mais il ne s'agit là que de l'effet principal. Le raisonnement par substitution dispose également d'un effet accessoire. L'autorité de la chose jugée est, en effet, affectée par ce processus cognitif original, puisqu'« opérée d'office », la substitution de motifs écarte l'autorité de la chose jugée dont étaient revêtus les motifs remplacés pour l'accorder aux motifs substitués⁹⁹. Pourquoi enfin le raisonnement d'autorité dispose-t-il d'une emprise sur le raisonnement par substitution ? Parce que le pouvoir de substitution de motifs de la Cour de cassation présente un caractère discrétionnaire excluant toute motivation de sa part¹⁰⁰.

3) Le raisonnement par subsidiaire

21. En procédure civile, le subsidiaire est secondaire, invoqué en second lieu (par exemple, une demande subsidiaire, une action subsidiaire)¹⁰¹. Pour M. Cornu, le subsidiaire peut être défini comme suit : « Qui a vocation à venir en second lieu (à titre de remède, de garantie, de suppléance, de consolation), pour le cas où ce qui est principal, primordial, vient à faire défaut (cependant, un ordre à plusieurs degrés peut comporter un subsidiaire du subsidiaire, etc., jusqu'à l'*ultimum subsidium*) »¹⁰². Dans quelles conditions le raisonnement subsidiaire joue-t-il ? Trois situations permettent de mettre en œuvre le raisonnement subsidiaire. Il s'agit de l'action subsidiaire, de la demande subsidiaire et du moyen subsidiaire. L'action subsidiaire est ce qui ne peut être intenté, à titre

⁹⁷ *Op. cit.*

⁹⁸ Prieur, *op. cit.* n° 214 ; V. encore, Derrida et Julien, note sous Cass. com., 27 nov. 1979, *D.* 1980, p. 240.

⁹⁹ Prieur, *op. cit.* n° 241

¹⁰⁰ V. à cet égard, Bockel, *Contributions à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, AJDA 1978, 355.

¹⁰¹ Cf. *Dictionnaire de droit privé*, Centre de publications universitaires, 1999.

¹⁰² *Vocabulaire juridique*, PUF 1998 ; V. également, Guinchard et Montagnier, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz 1999 ; V. encore, Boré, « La Rédaction des conclusions en prévision du pourvoi en cassation », *Gaz. Pal.* 1974, 2, doct. p. 803 ; Buisson, *Le Raisonnement par subsidiaire devant le juge civil*, Mémoire IFRAC 1999 ; Perdriau, *La Pratique des arrêts civils de la Cour de cassation*, *op. cit.* n° 657 ; Putman, « Remarques sur la demande subsidiaire », *JCP* 1991, éd. G, I, 3493 ; V. encore pour une distinction entre demande reconventionnelle principale et demande subsidiaire, TGI Nice, 1er juin 1977, *D.* 1978, IR 172, obs. Breton ; *RTD civ.* 1978, p. 704, obs. Normand ; *JCP* 1978, II, 18907, note Lindon ; TGI Lyon, 15 déc. 1977, *D.* 1978, p. 201, note Breton.

de garantie, qu'après le rejet d'une action principale. Quant à la demande subsidiaire, elle est celle « qui a pour objet de procurer un avantage considéré comme un pis-aller, pour le cas où la prétention principale serait rejetée ». Enfin, le moyen subsidiaire est celui qui est soulevé par une partie ou le juge pour renforcer un moyen principal ou suppléer celui-ci dans l'hypothèse où il ne prospérerait pas ¹⁰³.

Tout comme le souligne M. Buisson, la notion de subsidiarité doit être distinguée de la surabondance ¹⁰⁴. La surabondance peut être définie comme ce qui est superflu ou inutile. La surabondance d'un motif est « un élément inutile et souvent critiquable de la motivation de la décision de justice qui, bien qu'erroné, n'empêche pas cette décision d'être maintenue » ¹⁰⁵. Et l'article 620 du Nouveau Code de procédure civile pose à cet égard : « La Cour de cassation peut rejeter le pourvoi en substituant un motif de pur droit à un motif erroné ; elle le peut également en faisant abstraction d'un motif de droit erroné mais surabondant ». Le motif surabondant n'est pas indispensable, mais il n'est pas nécessairement erroné ¹⁰⁶. La notion de subsidiarité doit être également distinguée de celle d'additionnalité caractérisée par la demande additionnelle qui s'ajoute à la demande principale, et ne revêt pas un caractère secondaire. Au vrai, la notion de subsidiarité se rapproche de celle d'alternativité ¹⁰⁷. En effet, la demande alternative permet un choix entre deux ou plusieurs solutions ou une option entre deux ou plusieurs partis ¹⁰⁸. Ce faisant, les décisions qui font état de demandes alternatives sont rares ¹⁰⁹. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle posé, le 20 janvier 1988, que : « Saisie d'une action qui tendait à la nomination rétroactive d'une personne en qualité de praticien-conseil, aux lieu et place de confrères choisis par la caisse, soit à l'attribution de dommages-intérêts en contrepartie du préjudice causé par ce choix, une Cour d'appel, [en présence de cette demande alternative] qui n'excluait pas le recours aux principes de la responsabilité délictuelle, a estimé, sans méconnaître les dispositions de l'article 4 du Nouveau Code de procédure civile, que seule la demande en dommages-intérêts pouvait être accueillie sur la base de l'article 1382 du Code civil ». Dans tous les cas, il existe une primauté du principal sur le subsidiaire. Ainsi, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a décidé, le 11 juin 1981, que les juges d'appel avaient modifié les termes d'un litige en confirmant un jugement qui avait ordonné un serment parce que l'appelant avait prêté serment alors que ce dernier avait conclu à titre principal au rejet de la demande, et n'avait accepté qu'à titre subsidiaire de prêter serment devant la Cour d'appel ¹¹⁰.

2.2. La mise en œuvre du raisonnement par subsidiaire suppose la présence des éléments ci-après. Avant toute chose, le principal doit être rejeté. Ainsi que le relève M. Putman : « la demande subsidiaire est la deuxième ligne de fantassins qui se lèvent

¹⁰³ Cornu, *op. cit.*

¹⁰⁴ *Op. cit.* p. 8.

¹⁰⁵ Cornu, *op. cit.*

¹⁰⁶ Cass. com., 2 nov. 1964, *Bull. civ.* III, n° 470 ; Cass. 2e civ., 25 nov. 1970, *Bull. civ.* II, n° 926 ; Cass. 1re civ., 20 fév. 1996, *Bull. civ.* I, n° 97 ; Cass. soc., 18 mars 1997, *Bull. civ.* V, n° 114.

¹⁰⁷ Buisson, *op. cit.* p. 9.

¹⁰⁸ Cornu, *op. cit.*

¹⁰⁹ Cass. 1re civ., 23 nov. 1964, *Bull. civ.* I, n° 267 ; Cass. soc., 20 janv. 1988, *Bull. civ.* V, n° 51.

¹¹⁰ *Bull. civ.* II, n° 130.

quand l'ennemi a abattu la première »¹¹¹. Et la Cour de cassation est vigilante quant au respect de l'économie du raisonnement par subsidiaire¹¹².

Par ailleurs, le raisonnement subsidiaire peut être prohibé. À preuve, une prohibition est édictée par l'article 7 du premier décret du 27 décembre 1985 relatif à la saisine sur assignation d'un créancier en matière de procédure collective. Selon ce texte : « la demande d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est à peine d'irrecevabilité qui doit être soulevée d'office, exclusive de toute autre demande ». Et pour la Cour de cassation, l'assignation tendant à titre principal à ce que la procédure de redressement judiciaire ouverte à l'égard d'une société, et qui avait déjà abouti au prononcé de la liquidation judiciaire, soit étendue à d'autres débiteurs ayant encore la maîtrise de leurs biens, en raison de la confusion des patrimoines relevée et, à titre subsidiaire, à la condamnation des défendeurs au paiement d'une certaine somme, est irrecevable¹¹³ — la procédure est, d'ailleurs, affectée d'un vice lorsqu'un plaideur ajoute à la demande principale d'ouverture d'une procédure collective une demande subsidiaire en paiement¹¹⁴.

La loi peut également imposer un ordre d'invocation des prétentions. Ainsi, l'article 241 du Code civil pose qu'un époux peut, à la suite de sa demande de débouté d'une demande principale en divorce pour rupture de la vie commune, présenter une demande, appelée demande reconventionnelle, « en invoquant les torts de celui qui a pris l'initiative. Cette demande reconventionnelle ne peut tendre qu'au divorce et non à la séparation de corps. Si le juge l'admet, il rejette la demande principale et prononce le divorce aux torts de l'époux qui en a pris l'initiative ». Sur ce point, la Cour suprême estime que le juge ne peut statuer sur la demande reconventionnelle « qu'après rejet des défenses opposées à la demande principale »¹¹⁵. Aussi M. Buisson souligne-t-il très justement : « Il s'ensuit que dans l'hypothèse où, retenant notamment le moyen tiré de la clause d'exceptionnelle dureté, le juge fait droit aux conclusions de débouté, la demande reconventionnelle en divorce pour faute, formée à titre subsidiaire, ne sera pas examinée, puisque le moyen de défense principal, nécessairement préalable, a été accueilli et que le cumul du principal et du subsidiaire est prohibé. Mais dans le cas où, à l'inverse, les conclusions de débouté sont écartées, et qu'en outre une demande reconventionnelle a été présentée, à titre subsidiaire, la Cour de cassation a déduit de l'article 241 du Code civil, l'obligation pour le juge — non pas seulement d'examiner la demande subsidiaire — mais surtout de l'examiner préalablement à tout autre, sans qu'il y ait lieu de tenir compte du rang qui lui aurait été assigné par la partie intéressée »¹¹⁶.

Un ordre implicite de l'utilisation d'un raisonnement subsidiaire peut encore exister. Ainsi, l'article 74 du Nouveau Code de procédure civile décide que les exceptions doi-

¹¹¹ *Op. cit.*

¹¹² Buisson, *op. cit.* p. 14 ; V. encore, Cass. com., 8 oct. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 280 ; Cass. soc., 5 mars 1986, *Bull. civ. V*, n° 70.

¹¹³ Cass. com., 1er déc. 1992, *Bull. civ. IV*, n° 383.

¹¹⁴ Cass. com., 17 fév. 1998, *Bull. civ. IV*, n° 74.

¹¹⁵ Cass. 2e civ., 10 oct. 1984, *Gaz. Pal.* 1986, 1, 25, note JM ; *JCP* 1985, II, 20453, note Lindon et Bénabent ; Cass. 2e civ., 22 oct. 1997, *Bull. civ. II* n°, 254.

¹¹⁶ *Op. cit.* p. 17 et 18.

vent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. Et des requérants qui ont assigné en intervention forcée, avant de soulever l'exception d'incompétence, ont présenté une défense au fond, rendant irrecevable l'exception¹¹⁷. Quant à l'article 112 du même Code, il édicte que la nullité des actes de procédure est couverte si celui qui l'invoque a, postérieurement à l'acte critiqué, fait valoir des défenses au fond ou opposé une fin de non recevoir sans soulever la nullité. Au reste, un Tribunal d'instance méconnaît l'article 112 lorsqu'il rejette l'exception de nullité de la convocation devant lui qu'une partie avait soulevée en même temps qu'elle concluait subsidiairement au fond¹¹⁸.

23. Il importe encore de souligner que le raisonnement par subsidiaire peut être formulé explicitement ou implicitement. Dans l'hypothèse où la formulation est explicite, il est fait appel à l'adverbe « subsidiairement » ou l'expression « à titre subsidiaire ». Dans le cas où la formulation est implicite, des éléments plus subtils doivent être signalés. Tout d'abord, une formulation implicite a été admise dans son principe¹¹⁹. Ensuite, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé, le 12 novembre 1997, qu'une demande subsidiaire peut se déduire implicitement et nécessairement des prétentions expressément formulées par une partie. Ainsi, la demande d'indemnité contractuelle de licenciement formulée par une salariée impliquait nécessairement celle d'une indemnité légale, pour les cas où la première ne lui serait pas accordée¹²⁰. À cet égard, M. Perdriau observe : « s'il est tentant pour le juge, surtout en matière sociale, de se porter au secours d'une partie, il importe qu'il ne le fasse pas à au détriment d'une autre partie. Ce désir et cet impératif doivent le conduire à rechercher un équilibre qui risque d'être difficile à atteindre »¹²¹.

Enfin, la subsidiarité peut être organisée ou libre¹²². S'agissant de la subsidiarité organisée, il convient de s'intéresser à la demande subsidiaire par nature, c'est-à-dire l'action de *in rem verso*. La mise en œuvre de cette action ne peut être admise qu'à défaut de toute autre action ouverte au demandeur¹²³. Et celle-ci ne peut être engagée pour suppléer à une autre action qui se heurte à un obstacle de droit¹²⁴. Il peut s'agir d'une demande nécessairement dépendante d'une autre. Tel est (par exemple) le cas de l'action à fins de subsides (article 342 du Code civil et dépendant de l'action en recherche de paternité visée par l'article 340 du même Code) permettant à un enfant naturel, dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie, de réclamer des subsides à celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la période légale de conception¹²⁵. Pour ce qui concerne la

¹¹⁷ Cass. 2e civ., 6 mai 1999, *JCP* 1999, éd. G IV, 2141.

¹¹⁸ Cass. soc., 10 mai 1978, *Bull. civ.* V, n° 346.

¹¹⁹ Cass. 1re civ., 2 avril 1997, *Bull. civ.* I, n° 117 ; Cass. com., 2 avril 1990, *Bull. civ.* IV, n° 111 ; V. encore, pour une solution contraire, Cass. 1re civ., 13 mars 1963, *Bull. civ.* I, n° 157.

¹²⁰ Pourvoi n° 95.41.907 ; V. Perdriau, « Une demande subsidiaire peut-elle être implicite ? », *Gaz. Pal.* 1998, 2, doct. p. 922.

¹²¹ *Op. cit.*

¹²² *Op. cit.* p. 23.

¹²³ Cass. 3e civ., 29 avril 1971, *Gaz. Pal.* 1971, 2, 554.

¹²⁴ Cass. com., 16 mai 1995, *Bull. civ.* IV, n° 149 ; *RTD civ.* 1996, p. 160, obs. Mestre.

¹²⁵ V. à cet égard, Cass. 2e civ., 14 fév. 1995, *JCP* 1996, éd. G II, 22569, et la note ; V. pour l'action estimatoire de l'article 1644 du Code civil qui « peut se subdiviser et

subsidiarité libre, elle peut être caractérisée (par exemple) par l'action en nullité du contrat et l'action en résolution, ou par l'action en responsabilité contractuelle et l'action en responsabilité délictuelle. Pour M. Buisson : « Outre qu'elle est autorisée, la subsidiarité est ici totalement libre. En effet, le plaideur n'a pas seulement la faculté, respectant la logique juridique qui consacre la primauté de l'action en responsabilité contractuelle, de fonder subsidiairement sa demande sur les règles des articles 1382 ou 1384 du Code civil, qui seront examinées si l'application du régime contractuel est écartée »¹²⁶. « Si tel est son intérêt, il peut à l'inverse se prévaloir à titre principal des règles de la responsabilité délictuelle et à titre subsidiaire de la responsabilité contractuelle. La solution n'a certes pas été expressément consacrée en jurisprudence, mais la Cour de cassation a tout de même jugé qu'après avoir constaté que les juges du fond avaient choisi à tort le fondement délictuel, il lui appartenait de lui substituer d'office le fondement contractuel qui aurait également permis de justifier la solution admise par la décision frappée de pourvoi (Cass. civ. 2^e, 9 janvier 1963, *Bull. civ.* II n° 32) »¹²⁷. À quel moment, le raisonnement par subsidiaire s'ouvre-t-il à un raisonnement d'autorité ? Lorsque le juge décide que la demande peut se déduire implicitement et nécessairement des prétentions formulées par l'une des parties. Le secours apporté à celle-ci lui permet d'affirmer ce qu'elle n'a pas nécessairement voulu exprimer.

nvn

24. À ce point donné de l'étude, une question s'impose : le raisonnement d'autorité qui ne se limite, bien entendu, pas au droit privé — le juge administratif pouvant également s'investir dans des raisonnements d'autorité — donne-t-il lieu, voire s'identifie-t-il, à une règle morale ou une règle de droit ? Une distinction entre ces deux règles est au cœur de la théorie générale du droit, de la philosophie du droit, etc., et a fait l'objet de nombreuses réflexions. Jossierand écartait une quelconque frontière entre le droit et la morale, puisque le droit n'était que « la morale dans la mesure où elle devient susceptible de coercition »¹²⁸. Quant à Ripert, il considérait qu'il n'y avait pas de différence de nature ou de but entre la règle de droit et la règle morale, et que le droit, « même dans ses parties les plus techniques », est toujours dominé par la loi morale¹²⁹. Et M. Jestaz d'affirmer que le droit naturel, « c'est au fond le droit tout court... le droit en soi » correspondant à « la nature que l'humanité a voulu se donner » et à « une physique sociale élémentaire »¹³⁰. En revanche, Kant estimait que le droit ne visait que les actions, au « for extérieur », et non les mobiles qui les inspirent alors que la morale ne s'intéressait qu'aux intentions et aux motifs de l'homme, à son « for intérieur », et non à ses actions¹³¹. Et Roubier de considérer qu'il n'existait aucune opposition de principe

offrir au demandeur un choix entre l'action réhabilitatoire, variété d'action en résolution, et l'action estimatoire, application de la réfaction du contrat » Buisson, *op. cit.* p. 26.

¹²⁶ Cass. soc, 21 mars 1972, *Bull. civ.* IV, n° 141.

¹²⁷ *Op. cit.* p. 29.

¹²⁸ Cf. *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927, n° 254.

¹²⁹ Cf. *La Règle morale dans les obligations civiles*, 1949, n° 13-18 ; V. encore, Bergel, *op. cit.* n° 39.

¹³⁰ *RTD civ.*, 1983, p. 233.

¹³¹ F. Bergel, *op. cit.*

entre le droit et la morale « mais que, le droit envisageant comme fin l'ordre de la société alors que la morale poursuit la perfection individuelle, l'appréciation juridique est « objective et bilatérale », tandis que l'appréciation morale est « subjective et unilatérale »¹³². Aussi, y décelait-il de nombreuses différences entre le droit et la morale¹³³. Enfin, pour M. Bergel, le droit et la morale poursuivent des finalités différentes, puisque la morale tend à la perfection de l'homme alors que le droit n'aspire qu'à une bonne organisation de la vie en société¹³⁴. Pour ce qui concerne le raisonnement d'autorité, règle de droit et morale apparaissent identiques en amont, mais différentes en aval bien que la sanction juridique n'est que l'émanation d'une sanction morale. De cette contestation, en découle une autre : le raisonnement d'autorité consacre nécessairement un jugement de valeur, puisqu'il fait appel à des biais cognitifs de jugement importants. Le raisonnement d'autorité ne traduirait alors qu'un jugement de valeur du juge. Mais ce dernier a-t-il les moyens de penser autrement ?

affcb@affcb.com
21 avenue Victor Hugo - 75116 Paris

¹³² Cf. Bergel, *op. cit.*

¹³³ Cf. Bergel, *op. cit.*

¹³⁴ *Op. cit.* n° 40 ; V. encore, Gobert, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Thèse Paris, 1957 ; Guinchard, « Les moralistes au prétoire », in *Mélanges Foyer*, PUF 1997, p. 447 ; Habermas, *Droit et morale*, Seuil, 1997 ; cf. notre thèse, *op. cit.* n° 792.