

**LES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT
ET LA TECHNIQUE DES VISAS
DANS LES ARRETS DE LA COUR DE CASSATION**

Patrick Morvan

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Introduction (n^{os} 1 à 6)

I. – Traits consubstantiels des principes (n^{os} 7 à 23)

II. – Inventaire des visas de principe (n^{os} 24 à 38)

III. – Visas de principes et technique de cassation (n^{os} 39 à 75)

IV. – Élaboration judiciaire des principes : sédimentation juridique et double invention
(n^{os} 76 à 91)

1. – Genèse. – *Principium* : de *primo* (premier) et *capere* (prendre). Le *princeps* est celui qui prend la première place, la première part, le premier rang... Il est le Prince, le chef, la tête, le soldat de première ligne...

Les principes juridiques sont abondamment mis à contribution pour ne rien exprimer, asservis à la rhétorique. Tel homme public en appelle aux grands « principes de droit » – se gardant d'en nommer un seul – pour soutenir sa pensée ; mais, au travers de cette incantation politique, il ne recherche que des « vêtements magnifiques pour des opinions discutables » (G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, chap. VI : « *Les principes juridiques* », n° 132). Par delà les frontières, la diplomatie nous gratifie, par voie de communiqués ou de déclarations, de solennels « principes » au statut incertain. Des principes, chétifs embryons de règles, prolifèrent dans les branches du droit les plus immatures. Le succès du mot a ruiné sa valeur singulière, noyée dans un pluriel ampoulé : *les principes* sont plus souvent brandis que *tel ou tel principe* qu'il est plus délicat de ne pas désigner en gesticulant. Condillac en exprimait déjà le regret : « *Principe est synonyme de commencement ; et c'est dans cette signification qu'on l'a d'abord employé ; mais ensuite à force d'en faire usage, on s'en est servi par habitude, machinalement, sans y attacher d'idées, et l'on a eu des principes qui ne sont le commencement de rien* » (*La logique ou les premiers développemens de l'art de penser*, An III, Seconde partie, chap. VI).

2. – Tripléité fondamentale. – Le principe est donc un commencement. Au-delà de l'étymologie, le *Dictionnaire de l'Académie française* (1694) livre la somme des acceptions la plus claire qui soit, le vocable étant, à la fin du XVIIIe siècle, parvenu à maturité (J. Turlan, *Principe. Jalons pour l'histoire d'un mot*, in « *La responsabilité à travers les âges* »

Économica, 1989, p. 115, spéc. p. 117). Mais c'est Lalande (*Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, V^o Principe) qui vint éclairer sa triplicité de sens fondamentale : **ontologique, logique et normatif**.

3. – Le premier versant, **métaphysique**, fut inauguré par Aristote, assignant à la philosophie la mission de saisir les “premiers principes” (*archai*) de la science, à la portée seulement d'une raison intuitive procédant par induction (*Éthique à Nicomaque*, L. VI. — *Métaphysique*, L. IV). L'*archon* désigne alors aussi bien l'objet premier de la connaissance que l'acte intellectuel donnant accès à celle-ci – la forme de la connaissance. L'induction est, sous ce dernier aspect, « *principe de la science car elle est principe du principe lui-même* » (*Les seconds analytiques*). En outre, l'*archon* recouvre les quatre causes aristotéliennes du devenir. À ce titre, « *Dieu est au nombre des causes et il est un principe* » (*Métaphysique*, L. I), c'est-à-dire la cause efficiente, le premier moteur de l'univers. Descartes perpétue cette double acception : s'efforçant de trouver « les principes ou premières causes de tout ce qui est dans le monde », il érige le *cogito ergo sum* en « *premier principe* » (*Discours de la méthode*, VIe partie. Comp. PASCAL : *Pensées*, I et 282).

Mais les juristes modernes, qu'ils soient allemands (Windscheid, Ihering), français (Gény, Boulanger, Basdevant, Batiffol) ou américains (Roscoe Pound), ne voient plus, hélas, dans le principe qu'une proposition générale induite de règles particulières (source de nouvelles déductions), le pur produit d'un raisonnement inductif, souvent confondu avec la *ratio juris* qui décide de l'analogie. Cette acception commune s'avère fort réductrice : même sur l'étroit terrain de la logique juridique – auquel se cantonne cette approche –, le principe revêt une plus large dimension.

4. – Le deuxième versant s'étend en effet dans le domaine de la **logique juridique**, à l'intérieur, cette fois, du champ de la **science du droit**. Les principes de logique désignent, d'une part, un corps de règles issues d'une élaboration méthodique, réfléchie, disposées dans un ordre systématique et, d'autre part, les axiomes fondateurs de cet édifice rationnel. L'archétype de cette signification réside dans les deux-cent onze *regulæ* ou maximes du titre 17 du livre 50 du Digeste (*De diversis regulis juris antiquis*) codifiant, aux yeux des romanistes, les *principia maximæ* (Accurse) ou *generalia juris principia* (J. Coras), soit les véritables universaux du Droit. Les *regulæ*, produit de la science du droit, scellent l'association des principes et de l'œuvre perpétuelle de mise en ordre du droit par la Raison. Sous ce rapport, « *L'Exposé du droit universel* » de forme géométrique d'un Bodin (1576) ou les « *Loix civiles dans leur ordre naturel* » (1690-1697) d'un Domat sont littéralement des sommes de principes, bâties sur des axiomes (donnés par la raison ou la morale) qui revêtent à leur tour une valeur principielle (cf. *Domat, Traité des lois, Chap. I, « Des principes de toutes les lois »*). Les jusnaturalistes modernes entreprennent de la même double façon de déduire le droit tout entier par la “droite raison” de quelques principes éthiques et intitulent leurs traités systématiques au moyen de ce vocable (cf. *Pufendorf, Le droit de la nature et des gens ou système des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, 1672 ; *Burlamaqui, Principes du droit naturel*, 1748).

Au XIXe siècle, les Exégètes ne se départissent pas de cette dualité de sens logique, se proposant, au seuil de leurs traités, de chercher « *les principes de la théorie* » avant d'en développer les conséquences (Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code civil, 1re éd., 1811, t. I, Préface, p. iv*), ne voyant dans les « *principes (...) autre chose que les idées nécessaires bien coordonnées* » sachant que, « *quand on les possède, on possède la science tout entière* » (Ch. Beudant, *Cours de droit civil français, 1re éd., 1896, t. I, Préface, pp. VII-VII*) ou prenant « *pour point de départ les règles premières et essentielles, les principes, les éléments enfin de la science (...) cette base nécessaire de toute étude sérieuse et solide* » (Ch. Demolombe, *Cours de Code civil, 1re éd., 1845, Préface, p. i*).

Mais tous les principes de logique ne poursuivent pas une finalité **démonstrative**. D'aucuns poursuivent une finalité **didactique**. La face active de la connaissance – la démonstration – est indissociable de sa face passive : l'apprentissage. En 1532, Bouchard dans sa Chronique de Bretagne conte que Saint-Yves se retira en la ville de Rennes après « qu'il fust *principié* en la science de théologie », c'est-à-dire instruit dans les principes (J. Turlan, *op. cit.*, p. 118). De fait, le principe est commencement (*principium*) de la science comme de l'apprentissage. En ce dernier sens, il est "précepte". Les Exégètes ne l'oublient point : « *les principes, c'est ce que les débutants ont à apprendre ; c'est aussi ce que plus tard on a sans cesse besoin de se rappeler* » (Ch. Beudant, *op. cit.*). L'acception didactique ne s'est jamais démentie. D'innombrables ouvrages sont intitulés avec des "principes" sans intention de livrer une démonstration scientifique. L'effort de logique et l'esprit de système sont au service d'un projet d'enseignement du droit. « Les principes généraux du droit administratif » de G. Jèze (1904) ou les « Principes de droit international privé » de E. Bartin (1931-1935), traités classiques, trouvent à cet égard un ancêtre commun dans les *Institutes* de Gaius (160 ap. J.-C) et celles de Justinien (533 ap. J.-C).

En tout état de cause, le principe didactique, pas plus que le principe démonstratif, ne se confond avec le principe normatif, étranger à ce contexte logique et cognitif.

5. – Le principe **normatif**, sur le dernier versant, ne décrit pas l'objet ou une forme de la connaissance (point de vue ontologique, relevant de la philosophie), ni un axiome ou un système de règles construit par la raison (point de vue logique, relevant de la science du droit) mais une norme juridique édictant un devoir-être (point de vue normatif, relevant seul du Droit).

À ce titre, il n'est pas de "principes d'interprétation", malgré qu'une vingtaine de codes civils étrangers mentionnent les « principes » comme ultime ressource pour l'interprète judiciaire démuné (cf. P. Morvan, *Le principe de droit privé, éditions Panthéon-Assas, 1999, n° 38*). Les adages d'interprétation appartiennent aux règles formelles du raisonnement logique (Ch. Rousseau, *Droit international public : Dalloz, t. I, 3e éd., 1970, n° 299*). En droit, elles se contredisent, sont dépourvues de force contraignante et asservies à la politique d'un juge.

6. – **Doctrine des principes.** – L'étude des principes normatifs est longtemps demeurée l'apanage de la doctrine de **droit public**, d'abord **internationaliste** (H. Lauterpacht, *Private law Sources and Analogies of International Law, Longmans, Green, London, 1927 ; série*

d'articles notamment de L. Le Fur, A. Verdross, Ch. de Visscher et G. Scelle aux *Mélanges Gény*, Sirey, t. III, 1935 ; Bin Cheng, *General principles of law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1953, rééd. Grotius Publications, Cambridge University Press, 1994) puis **interne** (B. Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, 1954). La mention des « **principes généraux de droit reconnus par les Nations civilisées** » à l'article 38, § 1, c) du Statut de la Cour permanente de justice internationale en 1920, la référence qu'opéra le 26 octobre 1945 le Conseil d'État, dans son arrêt Aramu, à des « **principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte** » (1), l'apparition de « **principes généraux du droit communautaire** » dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes au début des années 1960, provoquèrent un afflux de contributions dans ces spécialités (cf. P. Morvan, *op. cit.*, n° 93 s.).

Après quelques brillants apports rédigés au cours des années 1950 (J. Boulanger, *Principes généraux du droit et droit positif, Études offertes à G. Ripert*, LGDJ, 1950, t. I, p. 51 ; G. Ripert, *op. cit.* ; J. Léauté, *Les principes généraux relatifs aux droits de la défense*, *Rev. sc. crim.* 1953, p. 47), la doctrine privatiste connut une éclipse intellectuelle de trois décennies qui l'empêcha de contester l'hégémonie conquise par une doctrine publiciste ô combien plus prolifique.

Certes, un renouveau se manifesta dans les années 1980 (B. Oppetit, *Les principes généraux en droit international privé*, *Arch. phil. dr.*, t. 32, Sirey, 1987, p. 179) à la faveur d'un essor des principes dans le domaine du droit international privé. Mais, négligeant le fait que la Cour de cassation s'était arrogé le pouvoir de viser des dizaines de principes non écrits à l'appui de ses arrêts (à partir de Cass. com., 20 avr. 1948 : DP 1948, 375. V. *infra*, n° 7) et animés d'une peur du vide doctrinal, les privatistes continuèrent à puiser leurs opinions à la source d'études de droit public. Ce mimétisme popularisa dans leur discipline les idées – jugées classiques à l'extérieur – que les principes

- sont insusceptibles de prospérer dans un droit codifié (droit civil, droit pénal...) et ne germent que sur le terreau d'une législation écrite lacunaire (droit administratif, droit international privé...) dont ils comblent les vides ;
- préservent la cohérence et l'harmonie du système juridique ;
- émanent par induction de dispositions fragmentaires jusqu'à se retrouver « *en suspension dans l'esprit du droit* » ;
- sont l'expression de valeurs idéales supérieures ;
- enfin, sont découverts par un interprète dépourvu de rôle créateur se bornant à révéler leur préexistence dans l'ordre juridique.

Mais c'était là contempler la lumière persistante d'une étoile défunte – les principes du droit administratif étant eux-mêmes en rupture avec ces lieux communs – pour s'aveugler sur la réalité – les principes de droit privé révélant à l'observateur une tout autre physionomie. Leurs traits consubstantiels (I) et leur inventaire (II) doivent être éclairés autrement.

(1) CE, Ass., 26 oct. 1945, *Aramu* : Rec. CE, p. 213, DP 1946, 158, note G. Morange, EDCE 1947, n° 1, p. 48, concl. R. Odent, S. 1946,3,1, concl. R. Odent : « il résulte [...] des principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte, qu'une sanction ne peut [...] être prononcée légalement sans que l'intéressé ait été mis en mesure de présenter utilement sa défense »

La focale pourra alors être resserrée sur la technique de cassation employée (III) et la physionomie de l'élaboration judiciaire des principes (IV).

I. – TRAITS CONSUBSTANTIELS DES PRINCIPES

7. – Principes ordinaires et extra-ordinaires : le phénomène des visas de principes. –

L'existence de principes de droit privé dans la législation positive ne suscite ni doute ni controverse. Le législateur peut évidemment proclamer des « principes ». Mais la présence de tels « principes », textuels et légiférés, ne constitue pas une situation extra-ordinaire ou seulement originale du point de vue des sources du droit (V. par ex. art. 1196, 1584, 1803, 1842 et 2021 du Code civil où les « principes » n'expriment qu'un renvoi à des règles du même code, procédé qui n'ajoute rien aux sources du droit). Cette figure inclinerait plutôt à croire que la loi est la source unique du droit, ce qui ne se peut concevoir sans prêter allégeance au dogme du positivisme légaliste. L'étrangeté se tient, en réalité, hors du droit légiféré. La jurisprudence judiciaire recèle un phénomène anomal qu'il convient d'exposer : les « *visas de principes* ».

En 1948, une figure normative insolite prit place en droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Il s'agit du recours aux **visas de principes**. Le procédé est d'une extrême simplicité : la Cour inscrit littéralement dans le visa qu'elle est tenue de faire figurer en tête de ses arrêts de cassation (NCPC, art. 1020) non point un texte législatif, réglementaire ou de droit international, mais un « principe » ou des « principes » extra-textuels. Les formules les plus répandues à cet égard sont : « *Vu le principe de...* », « *Vu le principe selon lequel...* », « *Vu les principes régissant (ou qui régissent)...* » et parfois même « *Vu la règle...* » (sans qu'il y ait là autre chose qu'une variante de pure forme). La chambre commerciale de la Cour de cassation inaugura cette formule dans un arrêt du **20 avril 1948** ainsi rédigé : « *Vu l'article 443 du Code de commerce et les principes applicables en matière de compte courant* » (Cass. com. 20 avril 1948 : DP 1948, 375 ; S. 1948, 1, 129 ; RTD com. 1948, p. 697, obs. R. Houin, déduisant que « la faillite de l'une des parties en contrat de compte courant entraîne la clôture de ce compte qui doit être liquidé à la date du jugement déclaratif de faillite »).

Il existe aujourd'hui une **centaine de visas de principes** différents, employés par près de 500 arrêts de cassation, recouvrant toutes les branches du droit, privé ou public, interne ou international. Un inventaire de ce précieux minerai juridique sera donné ci-après (V. *infra*, II).

8. – Les principes et la théorie du droit. –

Aux principes visés il convient d'assimiler les principes visables qui n'ont pu accéder à un visa de cassation qu'en raison de circonstances purement contingentes (ex. : principes proclamés dans des arrêts de rejet dénués de visa, sous la forme d'attendus de principe voire dans des avis). **Principes visés et visables** sont des normes extra-ordinaires parce qu'ils en disent long sur la genèse du droit positif et sur le pouvoir créateur du juge.

Ils éclairent ainsi les facettes du « donné » (extra-juridique) que sont le droit naturel, l'équité, la morale (aspects du donné idéal), l'histoire (donné historique) ou la raison pure (donné rationnel). Ils offrent un terrain exceptionnel à l'étude de la formation et du rôle tant de la

jurisprudence que de la doctrine. Ils témoignent des conflits qui se jouent dans la hiérarchie des normes (ainsi que les contradictions internes à la métaphore pyramidale qui sous-tend celle-ci) et de la richesse des relations qui se nouent entre les ordres juridiques en raison de leur aptitude à migrer, à « déambuler » d'une branche du droit à l'autre ou à y transporter des solutions nouvelles (pour une étude de ces thèmes au travers du prisme des principes visés et visables, cf. *P. Morvan, Le principe de droit privé, éditions Panthéon-Assas, 1999*). Les principes, visés ou visables, sont un promontoire pour l'étude de la théorie générale du droit.

9. – Les principes jouent un rôle fondamental (A) et un rôle instrumental (B). Il n'est pas trop exagéré de songer que la théorie des principes de droit a souffert de l'oubli de cette distinction cruciale.

A. – Rôle fondamental

10. – Thèse néo-jusnaturaliste ou romantique. – Selon la thèse romantique (communément reçue auprès d'auteurs qui oublient qu'elle fut promue par une doctrine néo-jusnaturaliste imprégnée d'organicisme), les principes normatifs ont un caractère transcendant, idéal et absolu. Ils visent à combler les lacunes de la loi dans un droit incomplet. Une telle fonction est servie par leur mode spécifique d'élaboration : les principes s'induisent de textes épars ou de valeurs supérieures préexistants dans un droit positif dont ils extraient et consignent l'esprit, la *ratio legis*, prélude à de fécondes déductions. Ainsi agissant, ils renforcent, d'une part, la complétude, d'autre part, l'unité, la continuité, la cohérence et l'harmonie du système juridique...

Une doctrine classique a longtemps assimilé le principe à une règle de droit quelconque résultant d'un raisonnement juridique soit analogique, soit inductif. Gény estimait que « c'est bien le principe [...] qui nous apparaît comme *la raison, permanente et foncière, de la loi (ratio juris), c'est lui seul, qui peut et doit décider de l'analogie* » (*F. Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2e éd., 1954, t. II, n° 165, p. 121*). Boulanger considéra que « *la ratio legis n'est pas autre chose qu'un principe* » (*J. Boulanger, Principes généraux du droit et droit positif, Études offertes à G. Ripert, LGDJ, 1950, t. I, p. 51, spéc. p. 63*). Une doctrine tenace, en droits interne et international, qualifie de principe juridique toute norme induite de textes épars (*analogia legis*) ou, à défaut, dégagée de « l'esprit du droit » (*analogia juris*).

Sous l'influence de cette pensée tout à la fois rationaliste et romantique, l'idée germa naturellement qu'un principe entretient les liens les plus harmonieux avec la loi (puisque'il est l'émanation des textes ou de l'esprit du système en vigueur) et qu'il se cantonne à un rôle subsidiaire de supplément de la législation (puisque l'existence d'un texte précis rend superflu le recours à un tel raisonnement). Gény souligne à ce titre que « l'analogie peut s'élever, jusqu'à constituer, en réunissant des décisions éparses et fragmentaires, plutôt même en condensant un *esprit général, qui planerait* sur notre organisation juridique, des théories *comblant de véritables lacunes légales* » (*F. Gény, op. cit., n° 166, p. 124*). Boulanger estime dans cette même perspective qu'un « principe sert à élaborer la solution *lorsque la règle*

légale vient à manquer » (J. Boulanger, art. cit., p. 64). L'induction (confondue pour la circonstance, d'ailleurs à tort, avec l'analogie) se voit toujours décerner ce rôle par la doctrine. Une célèbre formule de Carbonnier a scellé cette conception : « *La doctrine et la jurisprudence ont formulé [les] principes généraux. Mais elles ne les ont pas créés. Elles les ont trouvés en suspension dans l'esprit de notre droit, tel que semblaient le leur révéler certains textes fragmentaires* » (J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, PUF, coll. *Thémis*, 1^{re} éd., 1955, n° 29, p. 101).

11. – Réfutations. – En réalité, l'esprit du droit, comme l'esprit des morts, n'est qu'un objet de croyance surnaturelle. « *Il est préférable de revenir sur terre* », suggérait un éminent pénaliste (M. Puech, *Les principes généraux du droit (aspect pénal)*, *Journées de la société de législation comparée sur « Les principes généraux du droit »*, *RID comp.*, n° spéc., vol. 2, 1980, p. 337, spéc. p. 338), et de ne plus étudier les principes le regard tourné vers le ciel juridique. L'esprit du droit est une vue de l'esprit du juriste. Ce masque mystique recouvre, en pratique, des procédés d'interprétation ordinaires, telle l'analogie ou la recherche de l'intention du législateur, et paraît bien superflu pour décrire l'élaboration des normes juridiques. Bien pis, il se révèle nuisible lorsque l'incertitude de cette expression abrite un certain nombre de postulats pour les obscurcir et les dérober à la critique : la préexistence du principe, « découvert » et non créé par le juge, sa fonction prétendue d'harmonisation du droit, sa généralité essentielle... sont l'héritage arbitraire de cette vision spiritualiste. Ces thèses, qui encourent de graves reproches en droit positif, ont trouvé dans les vapeurs du droit « en suspension » un refuge trop facile.

La vision romantique n'est pas seulement le fruit d'un anthropomorphisme que réprouve la méthode des sciences sociales (le droit se voyant doter d'un "esprit" et d'une volonté). Elle est aussi doublement irréaliste.

12. – En premier lieu, les principes généraux consacrés après guerre par le Conseil d'État sont apparus « *dans le champ d'un droit administratif organisé, et déjà pourvu par les textes et la jurisprudence d'un réseau normatif serré* » (G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, PUF, t. I, 12^e éd., p. 474). La Cour de cassation multiplia quant à elle le recours à des principes visés (« Vu le[s] principe[s]... ») ou visables (nichés au sein d'attendus de principe voire principiels), en dehors de toute référence textuelle, dans des branches du droit privé interne abondamment codifiées (P. Morvan, *op. cit.*, n° 75 s. et n° 487).

Le motif du recours aux principes n'est donc pas la nécessité de combler des lacunes véritables. S'ils s'établissent en marge de la loi écrite (caractère foncièrement *extra-textuel* ou *extra legem* du principe, indéniable dès lors que le juge ne se fonde pas sur des dispositions légales), c'est en alimentant un droit positif d'ores et déjà complet au prix d'une mise à distance de textes disponibles mais jugés inadéquats ou inopportuns. Partant, l'édification intellectuelle du principe n'est en rien redevable d'un raisonnement inductif s'appuyant sur des textes épars (ou sur une chimérique conscience collective). D'ailleurs, nombre de

principes ne sont induits d'aucun texte et les textes ne fournissent souvent la matière d'aucune induction claire.

13. – En second lieu, l'invention par le Conseil d'État des « principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte » (législatif) fut avant tout l'invention de principes applicables à l'encontre des textes (réglementaires), ayant eu pour objet premier d'asservir le règlement à un contrôle normatif inédit.

À son tour, la Cour de cassation évince les textes législatifs les plus divers sous le couvert de principes (visés ou visables) dont la portée *contra legem* fut maintes fois soulignée durant plus d'un siècle par la doctrine et, parfois même, la jurisprudence elle-même.

14. – Thèse conflictuelle. – Mais les principes visés ou visables par la Cour de cassation ont déjoué les prévisions des rationalistes, révélant, à contre-courant de leur vision romantique, une nature belliqueuse et subversive à l'encontre du droit positif. Leur action la plus emblématique (même si elle n'est ni unique ni exclusive) est l'**éviction de la loi**. Leur caractéristique la plus notable réside dans leur aptitude potentielle à écarter des normes en vigueur du droit écrit. De multiples règles textuelles ont ainsi vu leur force obligatoire tenue en échec.

Le principe s'oppose par nature à des normes dont il stérilise l'impératif juridique. Il s'insurge par essence contre les dispositions du droit en vigueur. Au moyen des principes, écrivait le président P. Lescot, le juge parvient à « *se substituer en quelque sorte au législateur, tantôt par une interprétation hardie des textes en vigueur, tantôt même en faisant abstraction des textes* » (P. Lescot, *Les tribunaux face à la carence du législateur*, JCP 1966, I, 2007).

15. – Nombre de principes visés ou seulement visables ont ainsi exercé une **action dissolvante** ou **négatrice** sur les règles du droit écrit (sur l'ensemble des illustrations effleurées ci-après, cf. P. Morvan, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 1999, n° 593 s. et n° 608 s.).

La négation du droit procède d'abord de son **éviction** radicale. C'est ainsi, qu'une kyrielle de principes :

- inhibe l'institution légale de la prescription extinctive (*contra non valentem* ; *quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* ; principe d'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité ; principes qui régissent le droit au nom et notamment son imprescriptibilité ; principe « aliments n'arréragent pas ») ;
- renversent la règle de l'autorité relative de la chose jugée exprimée à l'article 1351 du Code civil, soit en créant des cas d'autorité absolue de la chose jugée (principe de l'autorité absolue de la chose jugée au criminel, « principe de l'autorité de la chose jugée à l'égard de tous attachée aux jugements » en matière de redressement ou de liquidation judiciaire), soit en frappant d'immutabilité la chose jugée en première instance (principe selon lequel les juges d'appel ne peuvent aggraver le sort de l'appelant sur son unique appel), soit en la relativisant au point de l'abolir (principe de l'indépendance respective de

l'action civile et de l'action disciplinaire). À cela s'ajoutent les principes intervenant en amont du processus judiciaire pour interdire que la cause soit soumise à une tierce juridiction (principe selon lequel le juge de l'action est le juge de l'exception, principe *electa una via non datur recursus ad alteram*) ;

- forcent l'ouverture des voies de recours dont le législateur a expressément interdit l'exercice. Le modèle originel de cette fronde judiciaire réside dans une jurisprudence classique du Conseil d'État selon laquelle le recours pour excès de pouvoir demeure « ouvert même sans texte contre tout acte administratif » parce qu'il « a pour effet d'assurer, conformément aux *principes généraux du droit*, le respect de la légalité » (2). Le juge pénal et le juge civil étendirent à toutes sortes d'actions ces principes délibérément *contra legem* (ouverture du pourvoi contre l'avis rendu par la cour d'appel en matière d'extradition, création de recours-nullité en droit des procédures collectives ou de l'arbitrage...). En définitive, les principes ne semblent jamais aussi sèchement négateurs de la loi que lorsque celle-ci met en péril l'accès du sujet de droit à leur inventeur, le recours au juge ;
- laminent l'article 1382 du Code civil, siège et *clausula generalis* de la responsabilité civile, en instaurant de nouveaux délits civils obéissant à des conditions spécifiques (principe de la responsabilité objective du fait des choses, principe *fraus omnia corrumpit*, théorie de l'abus de droit, principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage, « principes généraux applicables en matière de concurrence » qui répriment le délit de trouble anormal de commerce) ;
- dérogent aux règles fondatrices du droit pénal (principe de la rétroactivité *in mitius* et principe de proportionnalité de la peine, dérogeant au principe constitutionnel de légalité des délits et des peines ; principe de la responsabilité pénale [du fait d'autrui] du décideur ou chef d'entreprise, qui déroge à la règle de la personnalité des peines) ;
- font échec à **toutes les règles légales** susceptibles d'en contrecarrer l'application, que ces principes
 - o soient de portée étroite et spécifiques (« principe concernant l'attribution des souvenirs de famille » dont la Cour de cassation affirme qu'ils « échappent aux règles de la dévolution successorale et du partage *établies par le Code civil* » (3) et que ce principe est une « *exception aux règles normales* » (4) ; « principes applicables en matière de compte courant », écartant de nombreuses règles du Code civil)
 - o ou qu'ils jouissent d'un champ d'application illimité (théorie de l'apparence visée sous la forme des « principes régissant l'apparence des actes juridiques » et qualifiée d'« *exception nécessaire à la règle écrite* » (5) ; principe *fraus omnia*

(2) CE, Ass., 17 févr. 1950, Lamotte, Rec. CE, p. 110, RD publ. 1951, p. 478, concl. Delvolvé, note M. Waline.

(3) Cass. 2e civ. 29 mars 1995, JCP G 1995, éd. G, II, 22477 (2e esp.), note S. Hovasse-Banget, D. 1995, Somm. 330, obs. M. Grimaldi, RTD civ. 1996, p. 420, obs. F. Zénati.

(4) Cass. 1re civ. 21 févr. 1978, D. 1978, 505, note R. Lindon, JCP G 1978, II, 18836, concl. Gulphe, RTD civ. 1978, p. 900, obs. R. Savatier, Defrénois 1978, art. 31764, n° 35, p. 866, obs. G. Champenois.

(5) Cass. civ. 26 janv. 1897, DP 1900, 1, 33, note L. Sarrut, S. 1897, 1, 313.

corruptit selon lequel « la fraude fait *exception* à toutes les règles » (6) ; théorie générale de l'abus de droit). Il suffit ici de citer le propos de P. Lescot, ancien président de la chambre commerciale : « Une large utilisation de la théorie de l'apparence (...) a permis à la jurisprudence, et cette fois **pour parler franc, au mépris de la loi**, d'écarter l'application de textes du droit positif qui ne correspondent plus aux nécessités pratiques de l'heure présente » (P. Lescot, *Les tribunaux face à la carence du législateur* : JCP G 1966, I, 2007, n° 2)...

Mais il est une seconde façon de nier la valeur contraignante d'un impératif juridique : en exagérant, en prorogeant la teneur de la norme au point de lui attribuer une portée qui méconnaisse tant sa signification littérale que l'intention du législateur. La négation résulte en ce cas d'une **prorogation** du droit en vigueur.

C'est ainsi que la jurisprudence a forgé des peines privées qu'il n'appartenait qu'au législateur d'édicter (« principes régissant les astreintes », principe *nemo auditur*) ou déduit des nullités virtuelles des « principes généraux du droit » de la procédure pénale.

De façon plus particulière ont été dégagés un « principe de l'autorité de la chose décidée », un « principe de la gestion d'affaires » et un « principe du droit de rétention » alors qu'il n'appartenait qu'au législateur de les édicter.

16. – Sur le plan de la méthode, le caractère non écrit des principes ne doit pas occulter leur fonction *contra legem*. L'opinion selon laquelle une norme juridique non écrite a pour fonction évidente de combler les lacunes du droit écrit se révèle un singulier **raccourci** intellectuel. Elle confond l'état et l'action de cette norme. Or, 'être non écrit' n'implique pas de 'combler les lacunes du droit écrit' !

17. – Les principes visés, qui n'assument pas une vocation idyllique à combler les lacunes de l'ordre juridique pour restaurer sa cohérence et son harmonie, ne possèdent pas non plus un caractère nécessaire de **généralité**. L'inventaire accompli présente d'innombrables principes dotés d'une étroite spécificité et, parfois même, d'un domaine aussi vaste qu'une tête d'aiguille. Ainsi, par exemple, le principe *nemo auditur* jouit d'un champ d'application très restreint, en dépit de l'apparence de généralité que lui confère son habillage en adage. La généralité consubstantielle du principe est un **mythe**, également hérité de la conception romantique.

Enfin, loin d'avoir été découverts par le juge dans un magma normatif préexistant, ils s'avèrent être l'œuvre d'une jurisprudence **sédimentaire**, souvent très ancienne, parfois séculaire (sur cette sédimentation juridique, V. *infra*, n° 77 s.). Ce sont, en un mot, des constructions prétorienne (plus que jurisprudentielles, en ce qu'elles lient le juge lui-même) bâties sur des normes qui naissent puis rayonnent en dehors du droit écrit (**extra-textualité** essentielle du principe) et qui, si cela est nécessaire à leur suprématie, se retournent contre lui.

(6) Cass. req. 3 juill. 1817, S. chr. 1815-1818, 1, 342. – Cass. civ. 26 mars 1855, DP 1855, 1, 326. – Cass. req. 27 nov. 1893, DP 1894, 1, 342. – Cass. 3e civ. 12 oct. 1971, Bull. civ. III, n° 486.

18. – Nuance (tolérance d'autres prétendus principes). – Sans doute, il ne faut point réduire l'univers des principes à la seule planète des principes visés ou même visables. Les partisans de la théorie classique (notamment les internationalistes) défendent à juste titre l'existence, par ailleurs, de principes « généraux » élaborés par voie d'induction ou d'analogie, instillant harmonie et complétude dans un système juridique dont ils incarneraient « esprit » et combleraient les lacunes. De même se sont multipliés des principes de source légale, purement textuels.

Mais les virtualités subversives que recèlent les principes visés en droit interne, leur aptitude viscérale à agir *contra legem* leur confèrent un éclat unique.

Bien plus, il n'est pas rare que les partisans de la conception classique prennent pour un principe normatif ce qui n'est qu'un principe instrumental. C'est ici qu'une distinction cardinale doit être opérée.

B. – Rôle instrumental

19. – Le genre des principes comprend une autre espèce, sans lien avec celle des principes normatifs. Son rôle, technique et subalterne, consiste à assurer « *le transport des messages qui reliant entre eux des systèmes apparemment autonomes* » (M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 103). Ils ont pour fonction de déplacer des règles de droit entre des ordres juridiques distincts, de servir de vecteurs formels à des normes quelconques.

La carence d'un ordre juridique contraint en effet celui-ci à « *emprunter à d'autres ordres juridiques (voisins, supérieurs ou inférieurs)* » (G. Scelle, *La notion d'ordre juridique : RD publ.* 1944, p. 85) s'il souhaite posséder un vivier abondant de règles. Instruments de transfert du droit positif (pour une fine description du processus, cf. Ch. de Visscher, *Théorie et réalités en droit international public*, Pédone, 4e éd., 1970, p. 419. – P. Weil, *Principes généraux du droit et contrats d'État*, in *Études offertes à B. Goldman*, Litec, 1983, p. 387, spéc. p. 401 s.), les principes instrumentaux soutiennent cet emprunt.

20. – Procédé mécanique, stratagème rhétorique, le principe instrumental est **en lui-même dénué de contenu impératif**, se bornant à mouvoir une norme quelconque (presque toujours une règle textuelle) du système qui l'a engendrée vers un système qui la requiert.

De tels principes s'opposent aux principes normatifs dont sont pourvus des droits plus anciens et d'ores et déjà suffisants (principes visés ou visables et principes généraux du droit, inventés respectivement par la Cour de cassation et le Conseil d'État, sans emprunts à d'autres ordres juridiques).

À l'inverse, le droit international public, le **droit communautaire** et le **droit des relations privées internationales** (notamment la *lex mercatoria*), manquant d'une législation minutieuse, se sont longtemps et d'abord inspirés des règles des droits publics et des droits privés internes pour s'édifier, s'enrichir de principes communs (instrumentaux), avant que de se doter – selon une chronologie naturelle – de principes propres (normatifs).

21. – Les principes instrumentaux se déploient le long de deux axes reliant les ordres juridiques. Des “**principes communs**” à l’œuvre dans l’ordre international, vecteurs d’un déplacement **vertical** de normes originaires des droits internes (sous l’égide d’un juge ou d’un arbitre international raisonnant – en théorie – par analogie et par référence au droit comparé), il convient de rapprocher les “**principes-ponts**”, vecteurs d’un déplacement **horizontal** de règles entre ordres juridiques d’égal niveau. C’est ainsi que

- le Conseil d’État fabrique d’artificiels « *principes dont s’inspirent* » un certain nombre de textes du Code civil (not. les art. 1326 et 1792) et du Code du travail (une dizaine de règles légales protectrices du salarié) dont il souhaite importer la teneur en droit public (pour un recensement, cf. *P. Morvan, Le principe de droit privé, éd. Panthéon-Assas, 1999, n° 699*),
- la CJCE proclame sa soumission aux « *principes généraux du droit consacrés* » dans (ou : « *dont s’inspire* ») chaque article de la Convention européenne des droits de l’homme (formule consacrée par l’art. 6 § 2 du Traité CE),
- de façon plus ponctuelle, la Cour de cassation vise « *les principes de la responsabilité des services publics* » (*V. infra, n° 35*), pur décalque de la jurisprudence administrative.

22. – Impact sur la théorie des principes. – Dans les branches du droit les plus « importatrices », le modèle du principe instrumental a prospéré, confortant la thèse qu’un principe a pour fonction essentielle de combler des lacunes au moyen d’une analogie ou induction, incarne l’esprit du droit, contribue à l’harmonie du système juridique et pré-existe à sa reconnaissance par le juge.

De là l’engouement évident des internationalistes pour la thèse romantique des « principes généraux du droit ». Cette conception, si elle apparaît incongrue à l’endroit des principes normatifs (*V. supra, n° 11 s.*), est compréhensible à l’égard des principes instrumentaux. Mais ceux-ci n’épuisent pas, loin s’en faut, la catégorie des principes ! Bien au contraire, ils ne recouvrent qu’une méthode d’élaboration de la règle de droit, quelle qu’elle soit.

23. – Aussi convient-il de **dissocier** avec rigueur ces deux catégories et de ne pas mentionner comme un trait universel des principes une caractéristique exclusive de la seconde (telle la généralité ou l’abstraction de la norme).

Une telle dissociation est d’ailleurs opérée de longue date en droit international, lequel oppose les “principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées” (*Statut CIJ, art. 38, § 1, c*) aux “principes propres” au droit international (inexistants dans les droits internes) ou encore les “principes généraux de droit” (empruntés aux systèmes juridiques nationaux) aux “principes généraux du droit international” (qui sont « spéciaux à l’ordre juridique international », *A. Pellet, Recherches sur les principes généraux de droit en droit international, thèse, Paris, 1974, dactyl., p. 357*). La doctrine de droit communautaire marque identiquement le départ entre les “principes généraux de droit” (ou “communs aux droits des États membres”) et les “principes généraux du droit communautaire” (qui sont « déduits de la nature des Communautés » et uniques, tel le principe de primauté, *J. Boulouis, Rép. communautaire Dalloz, V° Principes généraux du droit*).

En définitive, la *summa divisio* des principes de droit s'établit entre les **emprunts** et les **fonds propres** (selon le mot de *D. Simon, Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ?*, *Droits* 1991, n° 14, p. 73).

II. – INVENTAIRE DES VISAS DE PRINCIPE

24. – Classification principale. – La meilleure classification des visas de principes est la plus simple : celle qui procède par disciplines juridiques. Les auteurs de droit administratif ont eux-mêmes fait l'expérience de ce que les « principes généraux du droit » dégagés, à partir de 1945 (*CE, Ass., 26 oct. 1945, Aramu, préc.*), par le Conseil d'État étaient rétifs aux catégories finies : leurs classifications se referment toujours sur une catégorie résiduelle accueillant les insoumis.

25. – Les « principes visés » par la Cour de cassation relèvent de la théorie générale du droit (1°), du droit civil (2°), du droit processuel (3°), du droit commercial (4°), du droit social (5°), du droit pénal (6°), du droit international privé (7°), du droit international public (8°), du droit public (9°) et du droit communautaire (10°).

Tous sont des principes « de droit privé » et non seulement « en droit privé ». Le juge judiciaire applique aussi le droit public où il peut déceler des principes.

Il seront présentés dans l'ordre chronologique de leur apparition dans les visas d'arrêts de la Cour de cassation (de 1948 au 15 **mars 2006**). Pour chaque discipline sera faite une évaluation du nombre de visas (variantes de pure forme non comprises) et du nombre total d'arrêts rendus.

1° Principes visés relevant de la théorie générale du droit

26. – Il existe ici 9 visas de principes différents, mis en œuvre par 35 arrêts rendus **dans toutes les branches du droit** par les différentes chambres de la Cour suprême.

- « Vu (...) la règle : *contra non valentem agere non currit præscriptio* » (7). Variante : « Vu (...) le principe selon lequel la prescription ne court pas contre celui qui ne peut exercer ses droits » (8).
- « Vu le principe selon lequel la renonciation à l'exercice d'un droit ne se présume pas » (9). Variante : « Vu (...) les principes régissant la renonciation à un droit » (10) ; « Vu le principe selon lequel la renonciation à un droit ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer » (11).

(7) [**Principes visés relevant de la théorie générale du droit**]. – Cass. com. 23 févr. 1970, Bull. civ. IV, n° 69. – 19 mars 1974, JCP 1975, II, 17941, note J. Ghestin.

(8) Cass. 3e civ. 18 oct. 1977, Bull. civ. III, n° 346.

(9) Cass. 2e civ. 3 avril 1979 : Bull. civ. II, n° 117.

(10) Cass. 1re civ. 20 déc. 1993, pourvoi n° 91-19.612, inédit.

(11) Cass. civ. 1^{re} 4 oct. 2005, Bull. civ. I, à paraître.

- « Vu le principe *fraus omnia corrumpit* » (12). *Variante* : « Vu le principe “la fraude corrompt tout” » (13).
- « Vu (...) les principes régissant l'apparence des actes juridiques » (14).
- « Vu l'obligation pour le juge de ne pas dénaturer les documents de la cause » (15). *Variante* : « Vu le principe selon lequel le juge ne doit pas dénaturer les éléments de preuve qui lui sont soumis » (16).
- « Vu les principes relatifs à la personnalité morale » (17).
- « Vu la règle *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » (18). *Variante* : « Vu le principe “nemo auditur propriam turpitudinem allegans” » (19) ; « Vu le principe selon lequel nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude » (20).
- « Vu le principe selon lequel l'exception de nullité est perpétuelle » (21). *Variante* : « Vu le principe selon lequel la prescription d'une action en nullité n'éteint pas le droit d'opposer celle-ci comme exception en défense à une action principale » (22).
- « Vu le principe selon lequel nul ne peut se constituer un titre à soi-même » (23).

2° Les principes visés relevant du droit civil

27. – Il existe ici 20 visas de principes différents, mis en œuvre par 106 arrêts. Le premier principe cité ci-dessous est, à lui seul, visé dans 37 arrêts. Les principes du droit des obligations sont naturellement visés par toutes les chambres de la Cour de cassation, aussi bien en matière civile que **sociale** ou **commerciale**.

(12) Cass. com. 6 juill. 1981, Bull. civ. IV, n° 303. – 3 juin 1986, pourvoi n° 84-15.037, inédit. – Cass. 1re civ., 14 févr. 1990, Bull. civ. I, n° 42. – 4 déc. 1990, Bull. civ. I, n° 278, Defrénois 1991, art. 35018, n° 32, p. 497, note G. Champenois, RTD civ. 1992, p. 157, obs. J. Patarin. – 4 févr. 1992, JCP 1992, éd. G, II, 21946, note Ph. Salvage, Defrénois 1992, art. 35503, p. 853, note G. Champenois, D. 1993, Somm. 227, obs. B. Vareille, RTD civ. 1992, p. 432, obs. J. Patarin. – Cass. civ. 1re 17 mars 1992, Bull. civ. I, n° 86, RTD civ. 1993, p. 118, obs. J. Mestre et 390, obs. J. Patarin, D. 1992, Somm. 401, obs. Ph. Delebecque, D. 1993, Somm. 226, obs. M. Grimaldi. – Cass. soc. 3 oct. 1995, pourvoi n° 93-11.054, inédit. – Cass. com. 21 janv. 1997, Quot. jur. 25/2/1997, n° 16, p. 5, RTD civ. 1997, p. 652, obs. J. Mestre, Dr. sociétés 1997, n° 55, obs. T. Bonneau.

(13) Cass. soc., 15 mars 2006, pourvoi n° 04-44.728, inédit.

(14) Cass. 3e civ., 28 mai 1986, pourvoi n° 84-17.588, inédit.

(15) Cass. com. 2 déc. 1986, Bull. civ. IV, n° 227. – Cass. soc., 5 juill. 2000 : RJS 9-10/2000, n° 930.

(16) Cass. com. 5 avril 1993, pourvoi n° 89-21.236, inédit.

(17) Cass. com. 10 janv. 1990, pourvoi n° 87-14.366, inédit.

(18) Cass. soc. 8 juin 1995, Bull. civ. V, n° 195 (l'adage est appliqué ici de façon très peu orthodoxe).

(19) Cass. soc. 23 mai 2001, pourvoi n° 99-43.140, inédit.

(20) Cass. civ. 1re 22 juin 2004, JCP G 2005, II, 10006, RTD civ. 2004, 503.

(21) Cass. 3e civ. 18 mars 1998, Bull. civ. III, n° 67. – 24 nov. 1999, Bull. civ. III, n° 223. – 4 oct. 2000, Bull. civ. III, n° 156. – 10 mai 2001 (deux arrêts dont un publié), Bull. civ. III, n° 61. – 10 juill. 2002, pourvoi n° 01-01.127, inédit. – Cass. civ. 2e 3 avr. 2003, Bull. civ. II, n° 92. – Cass. civ. 3e 8 févr. 2006, pourvoi n° 04-18.096, inédit.

(22) Cass. 3e civ., 25 nov. 1998, pourvoi n° 97-10.365, inédit. – 2 déc. 1998, Bull. civ. III, n° 226.

(23) Cass. 3e civ. 30 janv. 2001, Contrats conc. consom. 2001, comm. 68.

- « Vu (...) les principes de l'action de in rem verso » (24). *Variantes* : « Vu les principes qui prohibent l'enrichissement sans cause » (25) ; « Vu les règles de l'action de in rem verso » (26) ; « Vu (...) les principes qui régissent l'action de in rem verso » (27) ; « Vu les principes régissant l'enrichissement sans cause » (28) ; « Vu (...) les principes de l'enrichissement sans cause » (29) ; « Vu (...) le principe de l'enrichissement sans cause » (30) ; « Vu les principes qui régissent l'enrichissement sans cause » (31).
- « Vu les principes applicables en matière de droit de rétention » (32). *Variantes* : « Vu le principe du droit de rétention » (33) ; « Vu les principes relatifs au droit de rétention » (34).
- « Vu le principe d'égalité du partage » (35). *Variante* : « Vu la règle de l'égalité du partage » (36).
- « Vu (...) les principes régissant l'indivision » (37).

(24) **[Principes visés relevant du droit civil]** Cass. 1re civ. 19 janv. 1953, D. 1953, 234.

(25) Cass. 1re civ. 16 déc. 1953, D. 1954, 145.

(26) Cass. soc. 15 nov. 1957, Bull. civ. IV, n° 1069.

(27) Cass. 1re civ. 18 janv. 1960, D. 1960, 753, note P. Esmein, JCP 1961, éd. G, II, 11994, note F. Goré, RTD civ. 1960, p. 513, obs. P. Hébraud.

(28) Cass. 1re civ. 15 mars 1967, Bull. civ. I, n° 102. – Cass. 3e civ. 29 avril 1971, Bull. civ. III, n° 277, RTD civ. 1971, p. 842, obs. Y. Loussouarn, Gaz. Pal. 1971, 2, 554. – Cass. 3e civ. 15 mai 1973, Bull. civ. III, n° 342, RTD civ. 1974, p. 148, obs. Y. Loussouarn. – Cass. 1re civ. 24 oct. 1973, Bull. civ. I, n° 280. – Cass. soc. 12 déc. 1973 (deux arrêts), Bull. civ. V, n° 657. – Cass. 3e civ. 25 févr. 1975, Bull. civ. III, n° 77. – Cass. 1re civ. 15 déc. 1976, Bull. civ. I, n° 408. – Cass. 3e civ. 1er mars 1989, Bull. civ. III, n° 49. – Cass. 1re civ. 26 juin 1990, pourvoi n° 89-11.396, inédit. – 14 mai 1991, pourvoi n° 90-11.003, inédit. – Cass. 3e civ. 26 févr. 1992, Bull. civ. III, n° 64. – Cass. 1re civ. 16 déc. 1992, pourvoi n° 91-13.103, inédit. – Cass. 1re civ. 14 mars 1995, JCP 1995, éd. G, II, 22516, note F. Roussel, JCP 1995, éd. N, p. 1433, obs. Moreau, D. 1996, 137, note V. Barabé-Bouchard, D. 1996, Somm. 127, obs. E.-N. Martine, RTD civ. 1996, p. 215, obs. J. Patarin. – Cass. soc. 10 oct. 1995, pourvoi n° 93-21.711, inédit. – Cass. civ. 3e 27 sept. 2000, Bull. civ. III, n° 152. – 12 déc. 2001, pourvoi n° 00-12.527, inédit. – Cass. civ. 1re 21 févr. 2006, pourvoi n° 03-15.970, inédit. – 24 mai 2005, Bull. civ. I, à paraître.

(29) Cass. 1re civ. 22 oct. 1974, JCP 1976, éd. G, 18331, note H. Thuillier, RTD civ. 1975, p. 705, obs. Y. Loussouarn, Defrénois 1975, art. 30863, p. 300. – 16 juill. 1985, D. 1986, 393, note J.-L. Aubert, RTD civ. 1986, p. 109, obs. J. Mestre. – Cass. com. 24 févr. 1987, Bull. civ. IV, n° 50. – Cass. 1re civ. 21 mai 1996, pourvoi n° 94-13.744, inédit. – 15 déc. 1998, Bull. civ. I, n° 363.

(30) Cass. com. 23 janv. 1978, JCP 1980, éd. G, II, 19365, note H. Thuillier, Defrénois 1979, art. 31928, n° 8, p. 377, note J.-L. Aubert, D. 1979, IR, 273, obs. M. Cabrillac, Banque et droit 1978, p. 1017, obs. Martin.

(31) Cass. 1re civ. 5 févr. 1980, Bull. civ. I, n° 44. – Cass. 3e civ. 18 mai 1982, Bull. civ. III, n° 122. – Cass. 1re civ. 19 janv. 1988, Bull. civ. I, n° 16. – 31 janv. 1990, pourvoi n° 88-14.171, inédit. – 12 juill. 1994, JCP 1995, éd. G, II, 22425, note A. Sériaux, Defrénois 1994, art. 35950, p. 1511, note X. Savatier, RTD civ. 1995, p. 373, obs. J. Mestre et 407, obs. J. Patarin. – 15 oct. 1996, Bull. civ. I, n° 357, Petites affiches 5/9/1997, n° 107, p. 15, note M. Enama, D. 1997, Somm. 177, obs. R. Libchaber, RTD civ. 1997, p. 658, obs. J. Mestre. – Cass. com. 18 mai 1999, Bull. civ. IV, n° 104. – 10 oct. 2000, Bull. civ. IV, n° 150. – Cass. civ. 2e 2 déc. 1998, Bull. civ. II, n° 289.

(32) Cass. com. 19 févr. 1958, Bull. civ. III, n° 82.

(33) Cass. soc. 17 avril 1958, Bull. civ. IV, n° 489.

(34) Cass. 1re civ. 17 juin 1969, JCP 1970, éd. G, II, 16162, note N. Catala-Franjou, Gaz. Pal. 1970, 1, 123. – 1er févr. 1989, JCP 1989, éd. G, IV, p. 118.

(35) Cass. 1re civ. 30 juin 1965, Bull. civ. I, n° 434.

(36) Cass. 1re civ. 12 mai 1966, Bull. civ. I, n° 289. – 16 juill. 1968, JCP 1968, éd. G, II, 15694, note M.D., D. 1968, 617.

- « Vu (...) les principes de droit régissant le don manuel » (38).
- « Vu le principe concernant l'attribution des souvenirs de famille » (39).
- « Vu (...) le principe de la gestion d'affaires » (40).
- « Vu le principe selon lequel l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt » (41).
- « Vu le principe suivant lequel nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage » (42). *Variantes* : « Vu le principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble excédant les inconvénients normaux du voisinage » (43) ; « Vu le principe selon lequel nul ne peut causer à autrui un dommage excédant les inconvénients normaux du voisinage » (44).
- « Vu les principes qui régissent la transmission du nom » (45). *Variante* : « Vu (...) les principes qui régissent le droit au nom » (46).
- « Vu (...) les principes qui régissent l'obligation alimentaire » (47). *Variante* : « Vu la règle selon laquelle "aliments n'arréragent pas" » (48).
- « Vu le principe général selon lequel des intérêts sont dus sur les indemnités allouées pour la réparation d'un dommage jusqu'au paiement desdites indemnités » (49).
- « Vu (...) le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes » (50).

(37) Cass. 3e civ. 8 nov. 1973, D. 1974, 726, note H. Souleau, RTD civ. 1975, p. 329, obs. Cl. Giverdon, Rec. gén. lois et jurispr. et Rép. Commaillé 1975, p. 126, obs. R. Désiry.

(38) Cass. 1re civ. 14 juin 1977, Bull. civ. I, n° 276.

(39) Cass. 1re civ. 21 févr. 1978, D. 1978, 505, note R. Lindon, JCP 1978, éd. G, II, 18836, concl. Gulphe, RTD civ. 1978, p. 900, obs. R. Savatier, Defrénois 1978, art. 31764, n° 35, p. 866, obs. G. Champenois.

(40) Cass. 1re civ. 12 juin 1979, Bull. civ. I, n° 173, Defrénois 1980, art. 32421, n° 72, p. 1215, note J.-L. Aubert.

(41) Cass. 1re civ. 10 déc. 1985, D. 1987, 449, note G. Paire, Gaz. Pal. 1986, 2, Somm. 323, obs. Piédelièvre, Defrénois 1986, art. 33722, p. 668, note G. Paire, RTD civ. 1987, p. 309, obs. J. Mestre.

(42) Cass. 2e civ. 19 nov. 1986, Bull. civ. II, n° 172. – Cass. 3e civ. 24 oct. 1990, Bull. civ. III, n° 205. – Cass. 2e civ. 19 févr. 1992, Bull. civ. II, n° 60, D. 1993, Somm. 37, obs. A. Robert. – 17 févr. 1993, Bull. civ. II, n° 68, p. 37. – Cass. 3e civ. 11 mai 1994, pourvoi n° 92-15.889, inédit. – Cass. 2e civ. 28 juin 1995, Bull. civ. II, n° 222, Defrénois 1995, art. 36210, n° 146, p. 1412, obs. J.-L. Aubert, D. 1996, Somm. 59, obs. A. Robert, RTD civ. 1996, p. 179, obs. P. Jourdain. – Cass. 3e civ. 17 avril 1996, Bull. civ. III, n° 108, RTD civ. 1996, p. 638, obs. P. Jourdain. – 23 juin 1996, pourvoi n° 93-21.820, inédit. – 27 nov. 1996, pourvoi n° 94-15.530, inédit. – 8 janv. 1997, inédit. – 11 févr. 1998, Bull. civ. III, n° 33. – Cass. civ. 1re 18 sept. 2002 : Bull. civ. I, n° 200. – 14 autres arrêts inédits ont été rendus depuis 1999 (en dernier lieu : Cass. civ. 2e 3 févr. 2005, pourvoi n° 03-20.545, inédit).

(43) Cass. soc. 10 oct. 1995, pourvoi n° 94-12.445, inédit. – Cass. civ. 3e 11 mai 2000, Bull. civ. III, n° 106. – 8 juin 2004, pourvoi n° 02-20.921, inédit. – 30 juin 2004, Bull. civ. III, à paraître. – 12 oct. 2005, Bull. civ. III, à paraître.

(44) Cass. civ. 3e 10 déc. 2003, pourvoi n° 02-14.350, inédit.

(45) Cass. 1re civ. 15 mai 1987, Bull. civ. I, n° 141.

(46) Cass. 1re civ. 15 mars 1988, D. 1988, 549, note J. Massip, Defrénois 1988, art. 34309, n° 72, p. 1010, note J. Massip, JCP 1989, éd. G, II, 21347, obs. E. Agostini. – Cass. com. 9 avril 1991, Bull. civ. IV, n° 135.

(47) Cass. 1re civ. 18 janv. 1989, D. 1989, 383, note J. Massip. – 3 avril 1990, Bull. civ. I, n° 77. – 5 févr. 1991, D. 1991, 469, note J. Massip. – 10 mars 1993, Bull. civ. I, n° 98.

(48) Cass. 2e civ. 24 janv. 1996, pourvoi n° 93-19980, inédit.

(49) Cass. com. 10 juill. 1990, Bull. civ. IV, n° 209. *Adde* P. Catala, Mélanges offerts à J. Derruppé, GLN Joly, Litec, 1991, p. 159.

- « Vu les principes applicables en matière de subrogation » (51).
- « Vu le principe de la répétition de l'indu » (52).
- « Vu le principe selon lequel ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé » (53).
- « Vu le principe général du droit selon lequel nul ne pouvant s'enrichir injustement aux dépens d'autrui, celui qui par erreur, a payé la dette d'autrui de ses propres deniers, a, bien que non subrogé aux droits du créancier, un recours contre le débiteur » (54). *Variante* : « Vu le principe selon lequel nul ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui » (55).
- « Vu les principes régissant les obligations in solidum » (56). *Variante explicite* : « Vu le principe suivant lequel chacun des responsables d'un même dommage doit être condamné à la réparer en totalité » (57).
- « Vu le principe de la réparation intégrale du préjudice » (58).
- « Vu le principe selon lequel le patrimoine est indissociablement lié à la personne » (59).

3° Les principes visés relevant du droit processuel

28. – Il existe ici 23 visas de principes différents, mis en œuvre par 140 arrêts **dans toutes les branches du droit** et par les différentes chambres de la Cour suprême. Le troisième principe cité ci-dessous est, à lui seul, l'objet de 69 arrêts, soit le **maximum connu pour un seul principe**.

- « Vu le principe du respect des droits de la défense » (60). *Variantes* : « Vu le principe de l'inviolabilité des droits de la défense » (61) ; « Vu le principe de la liberté des droits de la défense » (62) ; « Vu (...) le principe de respect des droits de la défense » (63).

(50) Cass. ass. plén. 11 déc.1992, JCP 1993, éd. G, II, 21991, concl. M. Jéol, note G. Mémeteau, Petites affiches 17/3/1993, n° 33, note J. Massip, Defrénois 1993, art. 35502, p. 414, note J. Massip, RTD civ. 1993, p. 97, obs. J. Hauser.

(51) Cass. com. 23 mars 1993, pourvoi n° 89-19.946, inédit.

(52) Cass. com. 1er mars 1994, Bull. civ. IV, n° 89. – 3 mai 1995, pourvois n° 93-16.728 et n° 93-17.314, inédits.

(53) Cass. civ. 1re, 15 mai 2001, Bull. civ. I, n° 133. – Cass. civ. 3e 2 oct. 2002, pourvoi n° 01-02.924, inédit. – 22 juin 2005, Bull. civ. III, à paraître ; D. 2005, 3003.

(54) Cass. civ. 2e 16 sept. 2003, pourvoi n° 01-20.503, inédit.

(55) Cass. civ. 2e 4 mai 2004, pourvoi n° 03-30.006, inédit.

(56) Cass. civ. 1re 30 mars 2004, pourvoi n° 01-15.553, inédit. – 29 nov. 2005, pourvoi n° 02-45.848, inédit.

(57) Cass. civ. 3e 31 mars 1999, pourvoi n° 97-14.751, inédit.

(58) Cass. soc. 7 juill. 2004, pourvoi n° 02-40.458, inédit. – Cass. civ. 2e 22 sept. 2005, pourvoi n° 04-06.008, inédit.

(59) Cass. com. 12 juill. 2004 : Bull. civ. IV, à paraître (3 arrêts dont un publié). – 12 juill. 2005, pourvoi n° 04-11.170, inédit. – 8 nov. 2005, pourvoi n° 03-20.982, inédit. – 31 janv. 2006, pourvoi n° 04-14.576, inédit.

(60) **[Principes visés relevant du droit processuel]** Cass. 1re civ. 7 déc. 1953, Bull. civ. I, n° 353. – Cass. soc. 29 nov. 1956, Bull. civ. IV, n° 886. – Cass. 2e civ. 11 janv.1968, Bull. civ. II, n° 17. – 28 mai 1970, Bull. civ. II, n° 188. – Cass. soc. 29 mars 1973, Bull. civ. V, n° 208, p. 189. – Cass. 1re civ. 8 mai 1973, Bull. civ. I, n° 157. – Cass. 3e civ. 10 oct. 1973, Bull. civ. III, n° 526. – Cass. 2e civ. 8 déc. 1976, D. 1977, 543, note A. Bénabent, RTD civ. 1978, p. 184, obs. J. Normand. – Cass. soc. 18 avril 1980, Bull. civ. V, n° 330. – 13 nov. 1985, pourvoi n° 83-41.567, inédit. – Cass. ass. plén. 30 juin 1995, JCP 1995, éd. G, II, 22478, concl. M.

- « Vu (...) le principe de la libre contradiction des parties » (64). *Variantes* : « Vu le principe consacrant le caractère contradictoire du débat judiciaire et le respect des droits de la défense » (65) ; « Vu le principe selon lequel tout document dont fait état le juge doit avoir été soumis préalablement à la libre discussion des parties » (66) ; « Vu le principe du contradictoire » (67) ; « Vu les règles applicables aux décisions disciplinaires des associations et, notamment, le principe de la contradiction » (68) ; « Vu (...) le principe de la contradiction » (69).
- « Vu le principe de l'autorité absolue de la chose jugée au criminel » (70). Il existe un **nombre impressionnant et sans doute regrettable de variantes** (dix-huit !) : « Vu le principe de l'autorité absolue de la chose jugée au criminel » (71) ; « Vu (...) la règle "le criminel tient le civil en l'état" » (72) ; « Vu le principe de l'autorité absolue de la chose jugée au pénal » (73) ; « Vu (...) le principe de l'autorité absolue au civil de la chose jugée au pénal » (74) ; « Vu (...) le principe de l'autorité au civil de la chose jugée au pénal » (75) ; « Vu le principe selon lequel la chose jugée a, au civil, une autorité absolue » (76) ; « Vu le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil » (77) ; « Vu (...) le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal »

Jéol, D. 1995, 513, concl. M. Jéol, note R. Drago, Bull. inf. C. cass. 1/8/1995, p. 6, concl. M. Jéol, rapp. J.-P. Ancel. – Cass. 1re civ. 23 janv. 1996, Bull. civ. I, n° 35. – 16 avril 1996, Bull. civ. I, n° 179. – Cass. soc. 27 mai 1999, Bull. civ. V, n° 246. – Cass. civ. 2e 25 janv. 2001, Bull. civ. I, n° 18. – Cass. crim. 11 juin 2002, Bull. crim. n° 132. – 11 mai 2004, Bull. crim., à paraître. – Cass. civ. 2e 10 juin 2004, Bull. civ. II, à paraître. – 13 déc. 2005, Bull. civ. II, à paraître.

(61) Cass. 2e civ. 18 juill. 1957, Bull. civ. II, n° 554. – 10 juill. 1963, Bull. civ. II, n° 507. – 18 juill. 1974, Bull. civ. II, n° 246.

(62) Cass. soc. 15 nov. 1990, Bull. civ. V, n° 560.

(63) Cass. 1re civ. 16 avril 1996, Bull. civ. I, n° 179.

(64) Cass. 2e civ. 19 déc. 1955, Bull. civ. II, n° 600.

(65) Cass. civ. 3e, 12 mars 1970 : Bull. civ. III, n° 196.

(66) Cass. civ. 3e, 30 juin 1971 : Bull. civ. III, n° 424.

(67) Cass. 1re civ. 12 mars 1980, Bull. civ. I, n° 86. – Cass. 2e civ. 27 avril 1988, pourvoi n° 86-18.514, inédit.

(68) Cass. 1re civ. 29 mars 1989, Bull. civ. I, n° 141.

(69) Cass. 1re civ. 3 nov. 1989, Bull. civ. I, n° 311.

(70) Cass. 2e civ. 5 janv. 1956, JCP 1956, éd. G, II, 9140, note P.-A. Pageaud, D. 1956, 236.

(71) Cass. 2e civ. 21 juin 1957, JCP 1958, éd. G, II, 10598, note M. Cachia, Gaz. Pal. 1957, 2, 395. – 8 déc. 1961, JCP 1962, éd. G, II, 12856, note R. Rodière.

(72) Cass. com. 5 févr. 1963, Bull. civ. III, n° 87. – Cass. com. 8 nov. 1973, Bull. civ. IV, n° 316.

(73) Cass. 2e civ. 6 févr. 1963, Bull. civ. II, n° 118. – 6 juill. 1978, Bull. civ. II, n° 178. – Cass. soc. 3 mars 1994, pourvoi n° 91-10.508, inédit.

(74) Cass. 2e civ. 20 mai 1966, Bull. civ. II, n° 596.

(75) Cass. 1re civ. 3 févr. 1976, D. 1976, 441, note M. Contamine-Raynaud. – Cass. soc. 16 oct. 1984, Bull. civ. V, n° 374. – Cass. 1re civ. 30 oct. 1985, Bull. civ. I, n° 280. – Cass. soc. 5 nov. 1992, pourvoi n° 91-12.752, inédit. – 13 juill. 1994, JCP 1995, éd. G, II, 22424, note Y. Saint-Jours. – 30 mai 1996, pourvoi n° 92-44.783, inédit. – 30 janv. 1997, pourvoi n° 94-20.895, inédit. – 20 mars 1997, JCP 1997, éd. G, II 22887 (2ème esp.), note C. Puigelier. – Cass. 2e civ. 12 nov. 1997, Bull. civ. II, n° 261. – Cass. civ. 2e 21 sept. 2000, pourvoi n° 98-20.640, inédit. – Cass. com. 21 nov. 2000, pourvoi n° 98-15.469, inédit. – Cass. com. 3 mars 2004, pourvoi n° 00-16.556, inédit. – Cass. soc. 30 juin 2004, pourvoi n° 02-42.016, inédit. – 12 juill. 2004, pourvoi n° 03-43.296, inédit. – 15 déc. 2004, pourvoi n° 02-45347, inédit. – Cass. civ. 2e, 6 janv. 2005, pourvoi n° 03-11.253, inédit. – Cass. soc., 2 févr. 2006, pourvoi n° 04-47.557, inédit.

(76) Cass. com. 2 mai 1977, Bull. civ. IV, n° 119, Rev. sociétés 1977, p. 737, note A. Honorat.

(77) Cass. com. 16 janv. 1980, Bull. civ. IV, n° 25. – 5 déc. 1984, Bull. civ. IV, n° 331. – Cass. soc. 21 juin 1989, D. 1990, 132 (1ère esp.), note J. Pralus-Dupuy. – Cass. 1re civ. 10 mars 1993, Dr. pénal 1993, comm.

(78) ; « Vu (...) le principe concernant l'autorité au civil de la chose jugée au pénal » (79) ; « Vu le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur l'action portée devant les juridictions civiles » (80) ; « Vu (...) la règle de l'autorité absolue de la chose jugée au pénal » (81) ; « Vu le principe de l'autorité de la chose jugée du criminel sur le civil » (82) ; « Vu le principe de l'autorité absolue de la chose jugée au pénal sur le civil » (83) ; « Vu le principe selon lequel l'autorité de la chose jugée au pénal ne s'attache qu'aux décisions de juridiction de jugement qui sont définitives et qui statuent sur le fond de l'action publique » (84) ; « Vu le principe de l'autorité de la chose jugée par le juge pénal » (85) ; « Vu le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal » (86) ; « Vu le principe général d'autorité au civil de la chose jugée au pénal » (87) ; « Vu le principe de l'autorité de la chose jugée » (88).

- « Vu (...) le principe de l'indépendance respective de l'action civile et de l'action disciplinaire » (89).
- « Vu le principe suivant lequel le juge doit se déterminer d'après les circonstances particulières au procès et non point par voie de référence à un litige antérieur » (90).
- « Vu le principe de l'effet dévolutif de l'appel » (91).
- « Vu le principe selon lequel nul ne peut être condamné s'il n'a pas été assigné régulièrement et en la même qualité que celle en laquelle il est condamné » (92).
- « Vu (...) les principes régissant les astreintes » (93).

222. – Cass. 2e civ. 28 avril 1993, Bull. civ. II, n° 152. – Cass. soc. 2 mars 1994, Defrénois 1995, art. 30499, p. 716, obs. G.-P. Quéant. – Cass. 2e civ. 17 mai 1995, Bull. civ. II, n° 139. – Cass. soc. 19 oct. 1995, pourvoi n° 94-41.397, inédit. – 16 avril 1996, Bull. civ. V, n° 89. – 29 mai 1996, Bull. civ. V, n° 109. – 12 juin 1996, Bull. civ. V, n° 146. – Cass. civ. 2e 30 nov. 2000, pourvoi n° 98-23.214, inédit.

(78) Cass. 1re civ. 1er juill. 1980, Bull. civ. I, n° 204. – Cass. soc. 23 mars 1995, pourvoi n° 92-14.944, inédit.

(79) Cass. 1re civ. 2 mai 1984, Bull. civ. I, n° 144. – Cass. 2e civ. 25 nov. 1992, pourvoi n° 91-15.459, inédit.

(80) Cass. 1re civ. 25 mai 1987, Bull. civ. I, n° 165. – Cass. soc. 21 nov. 1990, Bull. civ. V, n° 573. – 12 mars 1991, Bull. civ. V, n° 122, Dr. soc. 1991, p. 632, note J. Savatier, JCP 1991, éd. E, II, 176, note F. Taquet. – 18 avril 1991, Bull. civ. V, n° 207, Dr. soc. 1991, p. 633. – 6 nov. 1991, Dr. soc. 1992, p. 79. – 10 déc. 1991, Bull. civ. V, n° 562. – 10 févr. 1993, pourvoi n° 92-40.665, inédit. – 7 avril 1993, pourvoi n° 91-45.618, inédit. – 13 oct. 1993, pourvoi n° 90-45.907, inédit. – 1er déc. 1993, pourvoi n° 92-41.176, inédit. – 25 avr. 2001, pourvoi n° 99-40.650, inédit. – Cass. soc., 3 nov. 2005, Bull. civ. V, à paraître. – Cass. com., 13 déc. 2005, pourvoi n° 04-11.727, inédit

(81) Cass. 1re civ. 9 juin 1993, Bull. civ. I, n° 209.

(82) Cass. soc. 13 mars 1995, pourvoi n° 93-13.252, inédit. – 13 juin 2001, pourvoi n° 99-41.102, inédit.

(83) Cass. soc. 7 févr. 1996, pourvoi n° 94-11.880, inédit. – Cass. civ. 2e 25 mars 1998, pourvoi n° 96-18.915, inédit. – Cass. civ. 3e 11 mai 2000 : Bull. civ. III, n° 108.

(84) Cass. 1re civ. 6 mars 1996, D. 1997, 93, note M.-Ch. Lebreton.

(85) Cass. soc. 17 mars 1998, pourvoi n° 95-42.710, inédit. – 6 juill. 1999 : Bull. civ. V, n° 326.

(86) Cass. soc. 1er déc. 1998, pourvoi n° 96-45.494, inédit.

(87) Cass. com. 26 mars 2002, pourvoi n° 00-12.575, inédit.

(88) Cass. soc. 28 oct. 1999, pourvoi n° 97-22.336, inédit.

(89) Cass. 1re civ. 1er juill. 1958, D. 1959, p. 283, note J. Brethe de la Gressaye. – 18 avril 1961, JCP 1961, éd. G, II, 12184, note J. Savatier.

(90) Cass. civ. 2e, 1er juill. 1960 : Bull. civ. II, n° 432.

(91) Cass. civ. 2e, 1er déc. 1960 : Bull. civ. II, n° 738. – Cass. soc., 20 févr. 1964 : Bull. civ. IV, n° 153. – Cass. civ. 2e 15 juill. 1970 : Bull. civ. II, n° 244. – Cass. civ. 3e, 9 mai 1972 : Bull. civ. III, n° 285.

(92) Cass. com., 7 déc. 1960 : Bull. civ. IV, n° 404.

- « Vu le principe qui interdit au juge d’excéder ses pouvoirs » (94).
- « Vu le principe de l’autorité de la chose jugée par la juridiction administrative » (95).
- « Vu le principe pas d’intérêt pas d’action » (96).
- « Vu la règle “*electa una via non datur recursus ad alteram*” » (97).
- « Vu les principes régissant les effets du renvoi après cassation » (98).
- « Vu la règle du double degré de juridiction » (99).
- « Vu le principe “nul ne plaide en France par procureur” » (100). *Variantes* : « Vu (...) le principe selon lequel “nul en France ne plaide par procureur” » (101) ; « Vu la règle “nul ne plaide par procureur” » (102) ; « Vu le principe selon lequel “nul ne plaide par procureur” » (103).
- « Vu le principe de l’autorité de la chose jugée à l’égard de tous attachée aux jugements prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens » (104).
- « Vu le principe selon lequel les juges d’appel ne peuvent aggraver le sort de l’appelant sur son unique appel » (105).
- « Vu les principes régissant la compétence territoriale des juridictions de l’ordre judiciaire » (106).
- « Vu le principe de l’autorité de la chose décidée » (107).
- « Vu (...) le principe de l’impartialité du juge » (108).
- « Vu le principe de l’effet déclaratif des jugements » (109).
- « Vu le principe selon lequel la compétence s’apprécie lors de l’introduction de l’instance » (110).

(93) Cass. 1re civ. 5 nov. 1963, Bull. civ. I, n° 476. – 17 mars 1965, Bull. civ. I, n° 195.

(94) Cass. chambre temporaire des expropriations, 30 oct. 1964 : Bull. civ., n° 3. – 25 juin 1965 : Bull. civ., n° 92. – Cass. civ. 3e, 23 avr. 1976 : Bull. civ. III, n° 169. – 18 mars 1974 : Bull. civ. III, n° 131.

(95) Cass. civ. 2e, 4 déc. 1964 : Bull. civ. II, n° 791.

(96) Cass. civ. 2e, 25 févr. 1965 : Bull. civ. II, n° 193. – 14 mai 1965 : Bull. civ. II, n° 432.

(97) Cass. 2e civ. 26 mars 1965, JCP 1965, éd. G, II, 14456, note A.-M. Larguier.

(98) Cass. civ. 3e, 8 mai 1969 : Bull. civ. III, n° 361.

(99) Cass. 2e civ. 13 oct. 1971, Bull. civ. II, n° 275. – 6 nov. 1974, Bull. civ. II, n° 284.

(100) Cass. 3e civ. 27 juin 1972, Bull. civ. III, n° 431. – 19 mars 2003, pourvoi n° 00-17.668, inédit.

(101) Cass. 3e civ. 15 oct. 1974, Bull. civ. III, n° 359.

(102) Cass. 3e civ. 3 févr. 1976, Bull. civ. III, n° 40.

(103) Cass. civ. 2e 29 nov. 2001, Bull. civ. II, n° 175.

(104) Cass. com. 2 mars 1976, D. 1976, 693, note P. Julien. – 10 janv. 1983, Bull. civ. IV, n° 6.

(105) Cass. com. 23 oct. 1984, Bull. civ. IV, n° 271. – 3 nov. 1992, Bull. civ. IV, n° 343. – 5 avril 1994, pourvoi n° 92-15.556, inédit. – 6 juin 1995, pourvoi n° 92-20.488, inédit.

(106) Cass. 1re civ. 24 févr. 1993, Bull. civ. I, n° 83.

(107) Cass. soc. 16 mars 1995, Bull. civ. V, n° 94.

(108) Cass. 1re civ. 3 déc. 1996, Bull. civ. I, n° 427, Rev. crit. DIP 1997, p. 328, note H. Muir Watt.

(109) Cass. soc., 20 déc. 2001, Bull. civ. V, n° 400.

(110) Cass. civ. 1re 17 juin 2003, Bull. civ. I, n° 143.

29. – À noter enfin des cas exceptionnels de **double visa de principes** : « Vu la règle du double degré de juridiction et le principe du contradictoire » (111) ; « Vu la règle du double degré de juridiction ensemble le principe du respect des droits de la défense » (112). Et même un cas de **triple visa** : « Vu les principes de l'effet dévolutif de l'appel, de l'autorité de la chose jugée et du contrat judiciaire » (113).

4° Les principes visés relevant du droit commercial

30. – Il existe ici 4 visas de principes différents, mis en œuvre par 9 arrêts. Mais la chambre commerciale de la Cour de cassation est également à l'origine de divers principes relevant de la théorie générale du droit, du droit civil des obligations, du droit processuel ou du droit international privé (cités *supra* et *infra*).

- « Vu (...) les principes applicables en matière de compte courant » (114). *Variante* : « Vu (...) les principes régissant le compte courant » (115).
- « Vu le principe de l'unité des procédures collectives » (116).
- « Vu (...) le principe de l'égalité entre les créanciers d'un débiteur en redressement ou en liquidation judiciaires » (117). *Variantes* : « Vu (...) le principe de l'égalité entre les créanciers » (118) ; « Vu la règle de l'égalité des créanciers chirographaires » (119).
- « Vu le principe de la liberté du commerce et de l'industrie » (120).

5° Les principes visés relevant du droit social

[V. aussi les principes de théorie générale du droit, de droit processuel et de droit international privé dont certains doivent leur consécration à la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation]

31. – Il existe ici 13 visas de principes différents, mis en œuvre par 104 arrêts. La chambre sociale de la Cour de cassation se montre extrêmement prolifique **depuis 1996** dans l'invention de nouveaux visas de principe. Elle est par ailleurs à l'origine de divers principes visés relevant de la théorie générale du droit, du droit processuel ou du droit international privé.

(111) Cass. 2e civ. 12 juill. 1972, Bull. civ. II, n° 219.

(112) Cass. 2e civ. 12 mai 1976, Bull. civ. II, n° 155.

(113) Cass. soc., 8 févr. 1962 : Bull. civ. IV, n° 165.

(114) [**Principes visés relevant du droit commercial**] Cass. com. 20 avril 1948, DP 1948, 375, S. 1948, 1, 129, RTD com. 1948, p. 697, obs. R. Houin.

(115) Cass. com. 10 déc. 1996, pourvoi n° 94-20.188, inédit.

(116) Cass. com. 17 juill. 1990, Bull. civ. IV, n° 211.

(117) Cass. com. 11 mai 1993, Bull. civ. IV, n° 181, D. 1993, Somm. 368, obs. A. Honorat, JCP 1993, éd. G, I, 3721, n° 17, obs. M. Cabrillac. – 5 avril 1994, pourvoi n° 91-20.509, inédit.

(118) Cass. com. 17 juin 1997, Bull. civ. IV, n° 192, D. 1997, Somm. 311, obs. A. Honorat.

(119) Cass. com. 11 févr. 2004, Bull. civ. V, n° 27.

(120) Com., 4 juin 2002, Bull. civ. IV, n° 98. – 9 juill. 2002, pourvoi n° 00-18.311, inédit.

- « Vu le principe de la liberté de vote » (121).
- « Vu le principe selon lequel la responsabilité du salarié n'est engagée envers son employeur qu'en cas de faute lourde » (122).
- « Vu le principe fondamental en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application » (123).
- « Vu (...) le principe constitutionnel de la liberté du travail » (124).
- « Vu (...) les règles de la dénonciation des usages de l'entreprise » (125). *Variante* : « Vu le principe selon lequel l'employeur qui entend dénoncer un usage doit respecter un délai de préavis suffisant » (126) ; « Vu les règles régissant la dénonciation des usages » (127) ; « Vu la règle de dénonciation des usages » (128).
- « Vu les règles régissant la dénonciation des usages et des engagements unilatéraux » (129). *Variante* : « Vu la règle de dénonciation des usages et engagements unilatéraux » (130).
- « Vu le principe "à travail égal salaire égal" » (131). *Variante* : « Vu la règle "à travail égal salaire égal" » (132).

(121) [**Principes visés relevant du droit social**] Cass. soc. 7 févr. 1974, Bull. civ. V, n° 99, Gaz. Pal. 1974, 2, 568, Dr. ouvrier 1974, p. 431.

(122) Cass. soc. 23 sept. 1992, Bull. civ. V, n° 466. – 29 juin 1994, pourvoi n° 92-41.240, inédit. – 12 avril 1995, Bull. civ. V, n° 131, RJS 1995, n° 487. – 19 oct. 1995, RJS 1995, n° 1236. – 11 avril 1996, Bull. civ. V, n° 152. – 11 mars 1998, Dr. soc. 1998, p. 497, obs. J. Savatier. – 2 juin 1999, pourvoi n° 96-45.299, inédit. – 1er mars 2000, pourvoi n° 97-45.554, inédit. – 12 juin 2002, pourvoi n° 00-41.954, inédit. – 19 mars 2003, pourvoi n° 01-40.084, inédit. – 6 juill. 2005, pourvoi n° 03-42.741, inédit.

(123) Cass. soc. 17 juill. 1996 (quatre arrêts dont deux publiés), Bull. civ. V, n° 296 et n° 297, JCP 1997, éd. G, II, 22798, note J. Chorin, Dr. soc. 1996, p. 1053, concl. P. Lyon-Caen (p. 1049) et note J. Savatier (p. 1054). – 8 oct. 1996, Bull. civ. V, n° 315. – 27 mars 2001, Bull. civ. V, n° 106. – En outre, des dizaines d'arrêts inédits ont été rendus entre 1998 et 2003 (en huit vagues successives, que nous comptabilisons seules) sur des pourvois formés par de nombreux salariés (d'entreprises publiques, notamment). – Cass. soc. 23 févr. 2005, pourvoi n° 02-17.433, inédit.

(124) Cass. soc. 19 nov. 1996, Bull. civ. V, n° 392, Dr. soc. 1997, p. 95, obs. G. Couturier. – 18 déc. 1997, Dr. soc. 1998, p. 194, obs. J. Savatier. – 10 mars 1998, JCP 1998, éd. E, p. 731. – 7 avril 1998, RJS 5/98, n° 591.

(125) Cass. soc. 3 déc. 1996, Dr. soc. 1997, p. 102, obs. Ph. Waquet.

(126) Cass. soc. 12 févr. 1997, Bull. civ. V, n° 62, Dr. soc. 1997, p. 430, obs. J. Savatier. – 2 juill. 1997, pourvoi n° 96-40.975, inédit. – 1er juill. 1998, pourvoi n° 96-40.971, inédit.

(127) Cass. soc. 12 nov. 1997, RJS 12/97, n° 1456. – 10 févr. 1998, RJS 4/98, n° 556.

(128) Cass. soc. 19 oct. 2005, pourvoi n° 03-42.130, inédit.

(129) Cass. soc. 19 nov. 1997, Bull. civ. V, n° 391. – 7 mai 1998, Dr. soc. 1998, p. 730, obs. G. Couturier. – 3 nov. 2004, pourvoi n° 02-45.945, inédit. – 10 mai 2005, pourvoi n° 03-42.494, inédit.

(130) Cass. soc., 6 juin 2001, pourvoi n° 99-42.072, inédit. – 28 mai 2003, pourvoi n° 01-42.950, inédit. – 24 sept. 2003, pourvoi n° 01-44.950, inédit. – 5 nov. 2003, pourvois n° 01-45.207 à 01-45.215, inédits sauf un publié : Dr. ouvrier 2004, p. 439.

(131) Cass. soc., 18 mai 1999, Bull. civ. V, n° 213. – 11 déc. 2002, pourvoi n° 00-46.800, inédit. – 13 janv. 2004, Bull. civ. V, n° 1. – 1^{er} juin 2005, Bull. civ. V, à paraître. – 1^{er} déc. 2005, pourvoi n° 03-47.197, inédit.

(132) Cass. soc. 8 janv. 2003, pourvoi n° 01-40.618, inédit. – 22 janv. 2003, pourvoi n° 00-44.686, inédit. – 28 mai 2003, pourvoi n° 02-40.144, inédit. – 9 déc. 2003, pourvoi n° 01-43.039, inédit. – 8 mars 2005, pourvoi n° 02-45.848, inédit.

- « Vu le principe selon lequel un même fait ne peut faire l'objet de plusieurs sanctions disciplinaires » (133).
- « Vu le principe de l'effet obligatoire de la recommandation patronale » (134).
- « Vu (...) les principes régissant le fonctionnement des régimes de retraite par répartition par points » (135) [un arrêt qui condamne une caisse de retraite à rembourser 2,7 milliards de francs, soit le visa de principe et l'arrêt **les plus coûteux de l'histoire du droit français**].
- « Vu la règle selon laquelle les frais professionnels engagés par le salarié doivent être supportés par l'employeur » (136).
- « Vu le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle » (137). Ce visa a connu un essor quantitatif très important depuis qu'il est associé de façon quasi systématique à la question de la clause de non-concurrence stipulée dans un contrat de travail. *Variante* : « Vu le principe constitutionnel du libre exercice d'une activité professionnelle » (138).
- « Vu le principe fondamental de la liberté d'entreprendre » (139).

6° Les principes visés relevant du droit pénal

32. – Il aura fallu attendre 1999 pour que la chambre criminelle de la Cour de cassation adopte la technique du visa de principe, alors même que les « principes » ou « principes généraux du droit » prolifèrent dans la jurisprudence pénale depuis cinquante ans. Seuls 4 visas ont été admis qui, au demeurant, relèvent du droit processuel et du droit international public ou privé (tous précités, à l'exception du premier).

- « Vu le principe *non bis in idem* » (140).
- « Vu les principes généraux du droit international » (141).
- « Vu les principes généraux du droit international privé » (142).
- « Vu le principe du respect des droits de la défense » (143)

(133) Cass. soc. 2 déc. 1998, pourvoi n° 96-45.605, inédit. – 3 févr. 1999, pourvoi n° 97-40.908, inédit.

(134) Cass. soc., 29 juin 1999 : Bull. civ. V, n° 308. – 8 févr. 2000, pourvois n° 98-44.809 à 98-44.815, inédits. – 4 juill. 2000, pourvoi n° 98-41757, inédit.

(135) Cass. soc., 23 nov. 1999, Dr. soc. 2000, p. 322, concl. Ph. de Caigny ; D. 2000, 290, note Y. Saint-Jours.

(136) Cass. soc. 9 janv. 2001, Bull. civ. V, n° 1. – 15 juin 2005, pourvoi n° 03-44.936, inédit. – 14 sept. 2005, pourvoi n° 03-40.180, inédit.

(137) Cass. soc., 10 juill. 2002, RJS 10/02, n° 1119, 1^{re} esp. – 18 mars 2003, RJS 6/03, n° 734. – 25 févr. 2004 : Bull. civ. V, n° 64. – 15 mars 2006 : Bull. civ. V, à paraître. 22 autres arrêts inédits au Bulletin ont été rendus, tous relatifs à la clause de non-concurrence.

(138) Cass. soc. 26 janv. 2005, pourvoi n° 02-45.193, inédit.

(139) Cass. soc. 13 juill. 2004 : RJS 10/04, n° 1052.

(140) [**Principes visés relevant du droit pénal**] Cass. crim., 6 janv. 1999, Bull. crim., n° 6.

(141) Cass. crim., 13 mars 2001, aff. *Kadhafi*, D. 2001, 2631, note J.-F. Roulot. Les principes dont il s'agit sont relatifs à l'immunité pénale des chefs d'État en exercice et découlent donc du droit international public coutumier.

(142) Cass. crim., 5 sept. 2001, Bull. crim., n° 174.

7° Les principes visés relevant du droit international privé

33. – Il existe ici 16 visas de principes différents, mis en œuvre par 31 arrêts. Mis au pluriel, les principes de droit international privé n'expriment généralement qu'un **renvoi à la jurisprudence** de la Cour de cassation ou se bornent à désigner la matière ou la question abordée (pour une critique de cette dérive, V. *infra*, n° 57).

- « Vu les principes de l'arbitrage commercial international » (144).
- « Vu (...) les principes régissant l'ordre public international » (145).
- « Vu les principes qui régissent la compétence juridictionnelle internationale » (146). *Variantes* : « Vu les règles françaises de compétence judiciaire internationale » (147) ; « Vu les règles de compétence internationale » (148) ; « Vu les principes régissant la compétence judiciaire internationale » (149) ; « Vu les principes relatifs à la compétence internationale » (150).
- « Vu les principes qui régissent le droit international privé » (151). *Variante* : « Vu les principes du droit international privé français » (152) ; « Vu les principes de droit international privé » (153).
- « Vu les principes du droit international privé en matière de preuve de la loi étrangère » (154).
- « Vu les principes de droit international privé français en matière de régimes matrimoniaux » (155).
- « Vu (...) les principes du droit international privé qui gouvernent le droit des successions et des libéralités » (156).

(143) Cass. crim. 11 juin 2002, Bull. crim. n° 132. – 11 mai 2004, Bull. crim., à paraître.

(144) [**Principes visés relevant du droit international privé**] Cass. 1re civ. 13 oct. 1981, Bull. civ. I, n° 287, JDI 1982, p. 931, note B. Oppetit, Rev. arb. 1983, p. 63, note J.-L. Delvolvé.

(145) Cass. 1re civ. 3 nov. 1983, JCP 1984, éd. G, II, 20131, concl. Gulphe, JDI 1984, p. 329, note P. Kahn, Rev. crit. DIP 1984, p. 325, note I. Fadlallah.

(146) Cass. 1re civ. 6 févr. 1985, Rev. crit. DIP 1985, p. 369, JDI 1985, p. 460, note A. Huet, D. 1985, 469, note J. Massip, D. 1985, IR, 497, obs. B. Audit. *Adde* sur cet arrêt Ph. Francescakis, Rev. crit. DIP 1985, p. 243. – Cass. 1re civ. 1er mars 1988, D. 1988, 486, note J. Massip, Rev. crit. DIP 1989, p. 721, note A. Sinay-Cytermann. – 6 juin 1990, Rev. crit. DIP 1991, p. 593, note P. Courbe. – 24 nov. 1993, Bull. civ. I, n° 338. – 8 juin 1999, Bull. civ. I, n° 191.

(147) Cass. com. 19 mars 1991, Bull. civ. IV, n° 115.

(148) Cass. 1re civ. 27 oct. 1993, pourvoi n° 92-10.225, inédit.

(149) Cass. civ. 1re 13 avr. 1999 : Bull. civ. I, n° 128.

(150) Cass. civ. 1re 7 mars 2000, pourvoi n° 96-22.366, inédit.

(151) Cass. 1re civ. 12 mai 1987, JDI 1988, p. 101, note M.-L. Niboyet-Hœgy.

(152) Cass. 1re civ. 6 juill. 1988, Rev. crit. DIP 1989, p. 71, note Y. Lequette.

(153) Cass. civ. 1^{re} 6 déc. 2005, Bull. civ. I, à paraître.

(154) Cass. 1re civ. 2 févr. 1988, JDI 1988, p. 741, note D. Alexandre, Rev. crit. DIP 1989, p. 55 (1ère esp.), note B. Ancel.

(155) Cass. 1re civ. 6 juill. 1988, Bull. civ. I, n° 224, Rev. crit. DIP 1989, p. 360, note G. Khairallah, JDI 1989, p. 715, note G. Wiederkehr.

- « Vu (...) les principes qui régissent l'effet en France des jugements rendus à l'étranger » (157).
- « Vu les principes du droit international privé relatifs au statut personnel » (158).
- « Vu (...) les principes du droit international privé relatifs à l'application du droit étranger » (159).
- « Vu (...) les principes généraux qui régissent l'adoption en droit international » (160).
Variante : « Vu les principes généraux qui régissent l'adoption d'enfants étrangers » (161) ;
« Vu les principes régissant l'adoption des enfants étrangers » (162).
- « Vu (...) les principes du droit international privé applicables en matière de conventions collectives » (163).
- « Vu le principe de validité de la clause d'arbitrage international, sans condition de commercialité, et celui selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence » (164).
- « Vu le principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence » (165).
- « Vu le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres » (166).
- « Vu le principe de l'universalité de la faillite » (167).

8° Les principes visés relevant du droit international public

34. – Il existe 4 visas de principe mis en œuvre par 13 arrêts.

- « Vu le principe de la souveraineté des États » (168).

(156) Cass. 1re civ. 18 oct. 1988, JCP 1989, éd. G, II, 21259, note J. Prévault, JDI 1989, p. 349 (2ème esp.), note D. Alexandre, Rev. crit. DIP 1989, p. 369 (2ème esp.).

(157) Cass. 1re civ. 29 mars 1989, Rev. crit. DIP 1990, p. 352, note P. Mayer.

(158) Cass. 1re civ. 25 juin 1991, JCP 1992, éd. G, II, 21798, note H. Muir-Watt, D. 1992, 51, note J. Massip, JDI 1991, p. 975, note H. Gaudemet-Tallon.

(159) Cass. 1re civ. 5 oct. 1994, Bull. civ. I, n° 267.

(160) Cass. 1re civ. 10 mai 1995, D. 1995, 544, note V. Larribau-Terneyre, Rev. crit. DIP 1995, p. 547, note H. Muir-Watt, D. 1996, Somm. 240, obs. A. Bottiau, JDI 1995, p. 626, note F. Monéger, Petites affiches 13/3/1996, n° 32, p. 22, note J. Massip, JCP 1995, éd. G, I, 3855, n° 10, obs. Y. Favier.

(161) Cass. 1re civ. 1er juill. 1997, JCP 1997, éd. G, II, 22916, note Th. Garé, D. 1998, 187, note E. Poisson-Drocourt.

(162) Cass. civ. 1re 22 oct. 2002, Bull. civ. I, n° 236.

(163) Cass. soc. 25 nov. 1997, Bull. civ. V, n° 401 ; JCP 1998, éd. E, p. 1140, note P. Morvan.

(164) Cass. civ. 1re, 5 janv. 1999, Bull. civ. I, n° 2.

(165) Cass. civ. 1re 1er déc. 1999, Bull. civ. I, n° 325. – 26 juin 2001, Bull. civ. I, n° 183. – 16 oct. 2001, Bull. civ. I, n° 254. – Cass. com. 4 mars 2003, pourvoi n° 99-17.316, inédit. – Cass. civ. 1re 16 nov. 2004, pourvoi n° 02-11.866, inédit.

(166) Cass. civ. 1re, 8 juin 1999, Bull. civ. I, n° 190.

(167) Cass. civ. 1re, 19 nov. 2002, JCP G 2002, II, 10201, concl. J. Sainte-Rose ; D. 2003, 797, note G. Khairallah.

- « Vu le principe de l'immunité de juridiction des États étrangers » (169). *Variantes* : « Vu les principes relatifs à l'immunité de juridiction des États étrangers » (170) ; « Vu les principes relatifs à l'immunité de juridiction des États étrangers et ceux relatifs à l'immunité de juridiction des agents diplomatiques » (171) ; « Vu les principes de droit international privé régissant les immunités des États étrangers » (172) ; « Vu les principes du droit international régissant les immunités des États étrangers » (173) ; « Vu les principes de droit international relatifs à l'immunité de juridiction des États étrangers » (174).
- « Vu les règles de droit international régissant les relations entre États » (175).
- « Vu les principes généraux du droit international » (précité) (176).

9° Les principes visés relevant du droit public interne

35. – Il existe 7 visas de principe différents, mis en œuvre par 34 arrêts de la Cour de cassation.

- « Vu le principe de la séparation des pouvoirs » (177). *Variante* : « Vu (...) les principes régissant la séparation des autorités administrative et judiciaire » (178).

(168) **[Principes visés relevant du droit international public]** Cass. 1re civ. 20 févr. 1979, JCP 1979, éd. G, II, 19147, concl. Gulphe, Rev. crit. DIP 1979, p. 803, note H. Batiffol.

(169) Cass. 1re civ. 4 févr. 1986, JDI 1987, p. 112, note J.-M. Jacquet, Rev. crit. DIP 1986, p. 718, note P. Mayer. – 2 mai 1990, Rev. crit. DIP 1991, p. 140 (1ère esp.) note P. Bourel. – 29 mai 1990, pourvoi n° 87-16.788, inédit. – Cass. soc. 2 avril 1996, Bull. civ. V, n° 132, Petites affiches 8/1/1997, n° 4, p. 20, note S. Rouquié. – Cass. 1re civ. 11 févr. 1997, Bull. civ. I, n° 49, Rev. crit. DIP 1997, p. 333, note H. Muir Watt. – Cass. soc. 10 nov. 1998, Bull. civ. V, n° 479.

(170) Cass. 1re civ. 30 juin 1993, Bull. civ. I, n° 234.

(171) Cass. 1re civ. 7 janv. 1992, Bull. civ. I, n° 3.

(172) Cass. 1re civ. 14 mars 1984, D. 1984, 629, rapp. Fabre, note J. Robert, JCP 1984, éd. G, II, 20205, concl. Gulphe, note H. Synvet, JDI 1984, 598, note B. Oppetit, Rev. crit. DIP 1984, p. 644, note J.-M. Bischoff, Rev. arb. 1985, p. 69, note G. Couchez. *Adde* sur cet arrêt: H. Synvet, JDI 1985, p. 865, P. Bourel, Trvx du comité de d. i. p., 1983-1984, p. 133.

(173) Cass. 1re civ. 6 juill. 2000, Bull. civ. I, n° 207 ; JCP G 2001, II, 10512.

(174) Cass. ch. mixte 20 juin 2003, Bull. civ. Mixte, n° 4.

(175) Cass. 1re civ. 29 mai 1990, Bull. civ. I, n° 123.

(176) Cass. crim., 13 mars 2001, aff. *Kadhafi*, D. 2001, 2631, note J.-F. Roulot.

(177) **[Principes visés relevant du droit public interne]** Cass. 2e civ. 23 oct. 1957, Bull. civ. II, n° 642, JDI 1958, p. 760, note B. Goldman. – Cass. soc. 23 oct. 1980, Bull. civ. V, n° 776. – Cass. 2e civ. 11 oct. 1989, Bull. civ. II, n° 169. – 24 oct. 1990, Bull. civ. II, n° 213. – Cass. soc. 8 juill. 1992, pourvoi n° 89-43.886, inédit. – Cass. 2e civ. 14 déc. 1992, Bull. civ. II, n° 316. – 28 juin 1995, JCP 1995, éd. G, II, 22505, concl. J. Sainte-Rose (7e esp.), RTD civ. 1996, p. 235, obs. J. Normand. – Cass. 2e civ. 28 mars 1996, Bull. civ. II, n° 79. – 2 avril 1996, pourvoi n° 95-50.089, inédit. – Cass. 2e civ. 18 déc. 1996, pourvoi n° 95-50.075, inédit. – 12 nov. 1997, Bull. civ. II, n° 264. – 19 nov. 1997, Bull. civ. II, n° 277. – 3 juin 1998 : Bull. civ. II, n° 172. – Cass. com. 16 nov. 1999, pourvoi n° 96-21.267, inédit. – Cass. civ. 2e, 27 janv. 2000 : Bull. civ. II, n° 19. – 23 mars 2000 : Bull. civ. II, n° 51. – 14 déc. 2000 : Bull. civ. II, n° 170. – 7 juin 2001 : Bull. civ. II, n° 113. – 9 déc. 2002 : Bull. civ. II, n° 280. – 27 févr. 2003, pourvoi n° 01-50.081, inédit. – 6 mars 2003, pourvoi n° 02-60.823, inédit. – 24 avr. 2003 : Bull. civ. II, n° 107. – Cass. soc. 6 avr. 2004, pourvoi n° 02-45.481,

- « Vu le principe de l'autorité de la chose jugée par la juridiction administrative » (précité) (179).
- « Vu (...) les principes de la responsabilité des services publics » (180). *Variante* : « Vu (...) les principes régissant la responsabilité de la puissance publique et, notamment, le principe constitutionnel de l'égalité devant les charges publiques » (181) ; « Vu les principes régissant la responsabilité de la puissance publique à l'égard de ses collaborateurs » (182).
- « Vu le principe général du droit suivant lequel les biens des personnes publiques sont insaisissables » (183).
- « Vu les principes régissant la voie de fait » (184).
- « Vu le principe de séparation du pouvoir législatif et de l'autorité judiciaire » (185).
- « Vu la règle selon laquelle un acte administratif réglementaire n'est opposable que s'il a fait l'objet d'une publicité appropriée » (186)

10° Principe visé relevant du droit communautaire

36. – Il existe ici un seul visa de principe, mis en œuvre par 9 arrêts : « Vu le principe de la primauté du droit communautaire » (187).

B. – Bilan statistique des principes visés

37. – Il convient d'extraire de cette énumération quelques données chiffrées.

96 principes différents ont été visés par les chambres de la Cour de cassation depuis 1948, abstraction étant faite des variantes rédactionnelles signalées. Les arrêts inédits ne figurent que dans les bases de données informatiques. Un recensement des divers types de principes figurant dans un

inédit. – Cass. civ. 2e, 30 juin 2004 : Bull. civ. II, à paraître. – Cass. civ. 1re 4 oct. 2005 : Bull. civ. I, à paraître. – Cass. civ. 1re 6 déc. 2005 : Bull. civ. I, à paraître

(178) Cass. 3e civ. 29 nov. 1977, Bull. civ. III, n° 415.

(179) Cass. civ. 2e, 4 déc. 1964 : Bull. civ. II, n° 791.

(180) Cass. soc. 9 nov. 1978, Bull. civ. V, n° 757.

(181) Cass. 1re civ. 10 juin 1986, JCP 1986, éd. G, II, 20683, rapp. Sargos, RFDA 1987, p. 92, note J. Buisson.

(182) Cass. 1re civ. 30 janv. 1996, JCP 1996, éd. G, II, 22608, rapp. P. Sargos, Gaz. Pal. 1996, 1, 177, note M. Olivier, Gaz. Pal. 23-24 avril 1997, p. 26, concl. J. Sainte-Rose, D. 1997, 83, note A. Legrand.

(183) Cass. 1re civ. 21 déc. 1987, JCP 1989, éd. G, II, 21183, note B. Nicod, RFDA 1988, p. 771, concl. L. Charbonnier, note B. Pacteau, RTD civ. 1989, p. 145, obs. R. Perrot, CJEG 1988, p. 107, note L. Richer ; Rapport de la Cour de cassation 1987, La doc. fr., 1988, p. 123, rapp. P. Sargos.

(184) Cass. 1re civ. 25 mai 1992, Bull. civ. I, n° 163.

(185) Cass. 1re civ. 25 juin 1996, Bull. civ. I, n° 272.

(186) Cass. soc., 12 déc. 2000, pourvoi n° 98-45308, inédit.

(187) [**Principe visé relevant du droit communautaire**] Cass. 1re civ. 13 oct. 1993 (9 arrêts), pourvois nos 91-19.655 à 91-19.664, 8 arrêts inédits et un publié : Contrats, conc., consom. 1993/12, n° 220, p. 11.

visa avait été effectué par André Perdriau de 1977 à 1985 (*A. Perdriau, Visas, « chapeaux » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile, JCP G 1986, I, 3257, annexe II*). Le phénomène est si peu développé avant les années 1960 que la probabilité d'y découvrir de nouveaux principes est faible. Il s'agirait de toute manière de principes qui ne se sont plus jamais manifestés postérieurement.

Au moins **485 arrêts** ont prononcé une cassation sur ce fondement.

Le droit interne (théorie générale du droit, droit civil, droit processuel, droit commercial, droit social, droit pénal droit public interne) recouvre 76 visas de principes distincts (soit 80 % de l'ensemble) et 441 arrêts les visant (soit **plus de 90 %** des arrêts de ce genre).

Le droit international (privé et public) et le droit communautaire recouvrent 20 visas de principes (soit 20 % du total) employés par 53 arrêts (soit 10 % du total). André Perdriau (*art. préc., n° 41*), en 1986, estimait au **tiers** du total les visas de principes concernant le droit international privé. À cette date, ils ne représentaient en réalité que 15 % de l'ensemble.

Mais la vigueur contemporaine du procédé transparait encore davantage à la lumière de ce tableau qui comptabilise le nombre de nouveaux principes apparus chaque décennie dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

PERIODES	NOMBRE DE NOUVEAUX PRINCIPES VISES APPARUS DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION		
	relevant du droit interne	relevant du droit international	total
1948	1	0	1
1953-1959	7	0	7
1960-1969	11	0	11
1970-1979	11	1	12
1980-1989	9	9	18
1990- 1999	23	8	31
2000- mars 2006	14	2	16
Total	76	20	96

38. – Deux conclusions s'imposent.

En premier lieu, le recours aux visas de principes a connu une **croissance forte et continue depuis les années 1970**. Les anciens principes étant naturellement conservés, cette expansion conduit à une inflation constante de la catégorie.

En second lieu, le phénomène révèle un **dynamisme beaucoup plus accentué en droit privé interne** qu'en droit international privé, au contraire d'une idée reçue. Le recensement des principes visés et des arrêts rendus sur ce fondement met en exergue ce déséquilibre. En outre, d'un point de vue historique, le droit privé interne possède des principes visés depuis 1948 (surtout depuis 1953) alors que le procédé ne fut inauguré en droit international qu'en 1979. Cette année là, le droit privé interne comportait déjà 30 types de principes visés différents. Si la jurisprudence des années 1980 préserva un certain équilibre entre les deux disciplines dans la création de nouveaux principes (9 nouveaux visas de principes pour chacune), la production normative stagna quelque peu par la suite en droit international privé (10 nouveaux principes visés depuis 1990) alors qu'elle poursuit un rythme de croissance effréné en droit privé interne (37 nouveaux principes durant la même période).

Les visas de principes sont donc un phénomène typique du droit privé interne. Ceci s'explique par leur genèse : le recours aux principes visés du droit privé – comme aux principes généraux du droit administratif – a d'abord servi à évincer des règles textuelles, de nature légale ou réglementaire, infiniment moins nombreuses dans un droit non écrit tel que le droit international privé.

Les statistiques achèvent de démontrer la faiblesse de la thèse « romantique » et souligner les mythes qui l'entourent (*V. supra*, n° 6).

III. – VISAS DE PRINCIPES ET TECHNIQUE DE CASSATION

39. – Le principe de droit privé se définit par un **critère matériel** et un **critère formel**.

Le critère matériel exprime un caractère viscéral des principes : leur aptitude à rayonner soit en dehors des prévisions du droit écrit (extra-textualité essentielle du principe qui ne se laisse enfermer dans aucun texte, ce qui implique de rompre le lien souvent tissé entre principe et méthodes d'interprétation de la loi, inductive ou par analogie), soit vers d'autres ordres juridiques que le droit privé (« déambulation » du principe qui naît en droit privé puis gagne le droit administratif, le droit constitutionnel, le droit communautaire ou le droit tiré de la CEDH) (sur cette construction, cf. *P. Morvan, Le principe de droit privé, éd. Panthéon-Assas, 1999, n° 408 s.*).

La théorie des principes trouve en outre un tuteur rigide dans un **critère formel**. Un tel critère s'acclimate aisément en cette matière : la forme y occupe traditionnellement une place importante. Dans une étude de jurisprudence, elle doit conserver un rôle de premier plan : « quel que soit le degré de l'autorité attachée aux décisions de la juridiction suprême, la mesure en est conditionnée par les *modes d'expression* que revêtent ses décisions ou les propositions de droit sur lesquelles elles sont fondées ou qu'elles impliquent » (*P. Hébraud, Le juge et la jurisprudence, Mélanges P. Couzinet, 1974, p. 329, spéc. n° 14, p. 346*). Le mode d'expression des principes est précisément le guide de cette recherche.

À cet égard, le visa de principe employé par la Cour de cassation peut être qualifié d'*homologue* du « *principe général applicable même en l'absence de texte* » forgé par le Conseil d'État selon une formule stéréotypée qui authentifie par ailleurs l'extra-légalité du principe. Tous deux sont d'ailleurs apparus simultanément (respectivement en 1948 et 1945).

40. – Un éventail de formules-types peut être ouvert. L'élaboration du principe en droit privé suit en effet un cheminement graduel, jalonné d'un formalisme systématique qui le mène de formule en formule jusqu'au point ultime du visa de principe. Une description de chacune d'entre elles mettra en exergue le rôle déterminant du critère formel dans l'identification du principe.

Trois étapes peuvent être schématiquement distinguées. Au cours de sa maturation, le principe est, dans un premier temps, à l'état embryonnaire (**A**), ensuite visible (**B**) puis, éventuellement, visé (**C**).

A. – Le principe embryonnaire

41. – Aux balbutiements de sa formalisation, le principe de droit privé est imperceptible au travers d'une lecture superficielle des arrêts qui le contiennent : « À la vérité, le principe, qui commande la solution, n'est pas toujours mis en avant de cette manière dans les arrêts (c'est-à-dire explicitement mentionné comme « principe ») » (*J. Boulanger, art. préc., n° 17, p. 64*).

Néanmoins, certaines formules constituent d'indéniables indices de sa présence occulte parce que nombre de principes incontestés ont revêtu les mêmes apparences à leur origine. Ces indices consistent, d'une part, en des formules concrètes (**1°**), d'autre part, en des locutions abstraites (**2°**).

1° Les formules concrètes

42. – La présence d'un principe est suggérée soit par la référence qu'opère le juge à l'un des éléments du « donné », soit par le prononcé d'un arrêt de principe. Ces formules sont concrètes dans la mesure où chacune se trouve associée à un principe en particulier et ne pourrait indifféremment en désigner un autre.

43. – Référence littérale à un élément du « donné ». – Un premier indice concret de la présence d'un principe réside dans l'emploi de ces formules – insolites dans un droit d'obédience positiviste – qui lient les normes juridiques aux diverses composantes du « donné ».

Les principes présentent la particularité d'être « inspirés » : leur croissance a été irriguée par des sources réelles ou informelles de droit. Ce « donné », selon le mot de Gény, leur procure une dimension ineffable. Le donné est pluriel : *donné idéal*, nourri de droit naturel, d'équité, d'ordre public et de morale ; *donné historique*, dont les adages et la coutume sont la partie saillante et la plus illustre ; *donné réel*, incarnant le réalisme ; *donné rationnel*, enfin (bien que ce dernier comprenne le concept de généralité qui requiert une critique serrée tant il induit en erreur).

Il s'agit, au sein du **donné idéal**, des références au droit naturel, à l'équité, à la morale ou à l'ordre public :

- « la défense étant de *droit naturel*, personne ne doit être condamné sans avoir été interpellé et mis en demeure de se défendre » (188) ;
- le « principe de droit commun et de toute *équité* suivant lequel la prescription ne court pas contre celui qui est empêché d'agir » (189), incarné par l'adage *contra non valentem* ;
- « la maxime d'équité et de bon sens *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* » (190) ;
- l'action *de in rem verso* est réputée dériver de cette « règle » ou de ce « principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui » (191) ;
- « les principes de la *morale* » motivent la sanction de l'abus de droit (192) ;
- la maxime *nemo auditur* est un « principe de droit et de *morale* » (193)...

Enfin, bien évidemment, de nombreux principes sont réputés d'ordre public. La Cour de cassation se réfère ainsi à la « la règle d'*ordre public* du double degré de juridiction » (194) ; le « principe d'égalité des créanciers » d'un débiteur en redressement ou en liquidation judiciaires est à la fois « d'ordre public interne et international » (195) ; le caractère d'ordre public des principes d'indisponibilité de l'état des personnes et du corps humain a été fortement rappelé dans les controverses suscitées par les maternités de substitution et les demandes de rectification d'état civil émanant de transsexuels...

Au sein du **donné historique**, la référence à une tradition juridique éternelle ou aux usages peut également révéler la présence de véritables principes :

- « le principe qui avait servi de fondement aux lois romaines sur l'erreur commune avait été adopté dans l'ancienne législation française et par les anciennes Cours et tribunaux du royaume » (196) ; « *error communis facit jus* » est « un principe *traditionnel* emprunté à la loi romaine, et admis *de tout temps* dans la jurisprudence » (197) ;

(188) Cass. civ. 7 mai 1828 : S. 1828, 1, 93.

(189) Cass. crim. 19 oct. 1842 : Bull. crim. n° 287.

(190) Cass. civ. 7 janv. 1868 : DP 1868, 1, 123.

(191) Cass. civ. 8 janv. 1862 : S. 1862, 1, 477 ; DP 1863, 1, 75. – Cass. req. 19 juin 1892, Patureau-Miran c/Boudier : DP 1892, 1, 596 ; S. 1893, 1, 281, note Labbé ; Cass. req. 26 avril 1900 : S. 1901, 1, 193, note G. Ferron ; DP 1900, 1, 455. – Cass. civ. 12 mai 1914 : S. 1918, 1, 41, note E. Naquet.

(192) CA Colmar 2 mai 1855 : Dœrr : DP 1856, 2, 9. *Adde* : en prononçant la déchéance de l'usufruitier pour abus de jouissance, en application de l'art. 618 C. civ., la Cour « loin de violer les principes de la matière, en a fait, au contraire, l'application la plus saine et la plus morale » (Cass. req. 21 janv. 1845 : DP 1845, 1, 104).

(193) Cass. civ. 26 mars 1855 : DP 1855, 1, 326.

(194) Cass. crim. 19 mai 1971 : Bull. crim. n° 166, p. 414.

(195) Cass. 1^{re} civ. 4 févr. 1992 : D. 1992, 181.

(196) Cass. req. 18 janv. 1830 : S. chr. 1828-1830, 1, 430. *Adde* Cass. req. 6 mai 1874 : DP 1874, 1, 412, rapp. Connely, affirmant que « ce principe admis par notre ancien droit, n'a pas cessé d'être en vigueur depuis la promulgation du Code civil ».

(197) Cass. req. 12 déc. 1882 : DP 1883, 1, 264.

- « bien que la maxime qu'on ne plaide pas par procureur ne soit littéralement écrite dans aucune disposition du Code de procédure civile, néanmoins cette maxime, consacrée dans plusieurs textes du droit romain [...] a *constamment* été maintenue par la jurisprudence tant antérieurement que postérieurement à la législation nouvelle » (198), en référence au « principe nul ne plaide par procureur » ;
- « les règles et *usages* particuliers du commerce ont toujours autorisé la capitalisation des intérêts dans les comptes courants » (199), en référence aux futurs « principes applicables en matière de compte courant » ;
- « le principe de l'immutabilité du nom patronymique, inscrit dans l'édit d'Amboise et réaffirmé dans la loi du 6 fructidor an II, ne fait pas obstacle à ce que la possession prolongée d'un nom puisse en permettre l'acquisition, dès lors que cette possession n'a pas été déloyale » (200) ; « c'est une maxime de notre droit public qu'au roi seul il appartient d'autoriser les changements de nom ; cette maxime est fondée sur un *usage fort ancien* » (201), en référence aux futurs « principes qui régissent le droit au nom ».

Au sein du **donné rationnel**, enfin, la révérence du juge devant une règle ou un principe « général », « absolu », « essentiel », « fondamental » ou « primordial » augure de l'émergence vraisemblable de principes. Encore que cet indice soit rarement corroboré par le développement ultérieur de la norme concernée : ces qualificatifs sont essentiellement accolés à des « règles de principe » (par opposition à des règles d'exception), générales par nature, non à des principes en tant que tels.

44. – L'arrêt « de principe ». – L'arrêt de principe est un autre indice concret de la présence d'un principe en jurisprudence même si, à l'évidence, tout arrêt de principe ne contient pas un principe.

Les arrêts de principe sont « des décisions univoques, dénuées d'ambiguïté, tranchant nettement et solennellement, c'est-à-dire durablement, le débat entre deux opinions à valeur générale, soutenues ou soutenables » (*Ch. Atias, L'ambiguïté des arrêts de principe en droit privé : JCP G 1984, I, 3145, n° 1*). L'arrêt de principe met fin à une hésitation. La locution « de principe » doit s'entendre ici comme dans l'article L. 131-2 du Code de l'organisation judiciaire, en vertu duquel « le renvoi devant l'assemblée plénière [de la Cour de cassation] peut être ordonné lorsque l'affaire pose une question *de principe*, notamment s'il existe des solutions divergentes soit entre des juges du fond, soit entre les juges du fond et la Cour de cassation ».

45. – Le cheminement formel que suit l'élaboration du principe débute toujours par l'adoption d'un *attendu de principe* qui en proclame la teneur en des termes univoques. Les exemples sont innombrables. Il suffit d'en signaler quatre, empruntés à la genèse, respectivement, du principe *nemo auditur*, du principe *fraus omnia corrumpit*, du principe que « le juge de l'action est le juge

(198) Cass. req. 6 avril 1831 : DP 1831, 1, 137 ; Jur. Gén. Dalloz, t. XVIII, 1870, V° Droit maritime, n° 1843, p. 647.

(199) Cass. req. 22 juin 1822 : Jur. Gén. Dalloz, t. XI, 1849, V° Compte courant, n° 99, p. 591.

(200) Cass. 1re civ. 31 janv. 1978 : D. 1979, 182, note R. Savatier, JCP G 1979, II, 19035, note Nérac.

(201) Cass. req. 16 nov. 1824 : S. chr. 1822-1824, 1, 561.

de l'exception », du principe de l'égalité du partage et du principe de la réparation intégrale du préjudice subi :

- « Attendu que nul ne peut exciper de sa propre turpitude » (202).
- « Attendu en droit que la fraude fait exception à toutes les règles » (203).
- « Attendu que le juge de l'action est le juge de l'exception » (204).
- « Attendu que l'égalité est la loi des partages » (205).
- « Vu l'article 1382 du Code civil ; Attendu que le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu » (206).

Dans de telles hypothèses, la distance qui sépare l'attendu de principe du principe formellement visé est si infime que la Cour de cassation ne tarde guère en général à franchir le pas.

Un arrêt unique mais exemplaire révèle que l'attendu de principe sert en cette occasion de "coup d'essai" au futur visa de principe. En 1963, la Cour de cassation prononça une cassation sans recourir au moindre visa. En lieu et place de ce dernier figurait un attendu isolé : « Attendu que nul en France ne plaide par procureur » (207). Une décennie plus tard, le « principe nul ne plaide en France par procureur » était visé (208).

46. – Tout principe visé a pris jadis la forme initiatique d'un attendu de principe. Mais la réciproque n'est pas vraie : l'immense majorité des attendus de principe ne recèle aucun principe. À cet égard, le raccourci verbal consistant à dénommer « principe » l'attendu de principe posé au préalable ne doit pas abuser. Une hypothèse caricaturale incite à la méfiance : « Attendu que la boîte destinée à recevoir les bulletins de vote doit demeurer close depuis le moment où le scrutin est ouvert jusqu'au moment où celui-ci est définitivement clos ; (...) le tribunal a violé le *principe* susvisé » (209) ! Une solution de pure vétille, mais d'une totale clarté, peut faire figure d'arrêt de principe. Pour autant, elle ne constituera pas un principe.

Cette tournure est pourtant utilisée en permanence par la chambre criminelle de la Cour de cassation. Celle-ci conclut quasi-systématiquement ses arrêts de censure par cette formule que les juges du fond ont violé le « *principe ci-dessus visé* » (ou sus-visé, sus-nommé, sus-rappelé). Le principe en question n'est autre que l'attendu énoncé dans le chapeau de l'arrêt.

2° Les locutions abstraites

(202) Cass. civ. 26 mars 1855 : DP 1855, 1, 326.

(203) Cass. civ. 26 mars 1855 : DP 1855, 1, 326. – Cass. req. 27 nov. 1893 : DP 1894, 1, 342. – Cass. 3e civ. 12 oct. 1971 : Bull. civ. III, n° 486.

(204) Cass. req. 4 nov. 1857 : S. 1858, 1, 149. – Cass. req. 27 juin 1860 : S. 1861, 1, 511.

(205) Cass. civ. 28 janv. 1929 : Gaz. Pal. 1929, 1, 647.

(206) Cass. 2e civ. 28 oct. 1954 : JCP G 1955, II, 8765, note R. Savatier ; Gaz. Pal. 1955, 1, 10.

(207) Cass. 1re civ. 17 déc. 1963 : Bull. civ. I, n° 561.

(208) Cass. 3e civ. 27 juin 1972 : Bull. civ. III, n° 431.

(209) Cass. 2e civ. 19 juill. 1962 : Bull. civ. II, n° 615.

47. – Un certain nombre de locutions abstraites, ou universelles, traduisent à leur tour la présence de principes. Ce ne sont pas des indicateurs incontestables mais des indices sérieux, à ce stade embryonnaire de leur développement.

48. – La locution qui attire la première l'attention tient en cinq mots bien sonnés : « *il est de principe que* ». Les locutions « *il est de principe général que* », « *il est de principe absolu que* » mais aussi « *il est de règle que* » sont de stricts équivalents. Ce syntagme percutant semble être la marque de certification du principe en droit privé. De nombreux principes y pénétrèrent en effet sous ce label commun.

Des principes aujourd'hui visés, tels le « principe selon lequel les juges d'appel ne peuvent aggraver le sort de l'appelant sur son unique appel » et celui « suivant lequel les biens des personnes publiques sont insaisissables » :

- « En droit, *il est de règle* que les juges d'appel, quand ils sont saisis par le recours du prévenu, ne peuvent aggraver sa position » (210) ;
- « *Il est de principe absolu de droit* qu'il n'appartient pas à un créancier de l'État, même pour assurer l'exécution d'une condamnation judiciaire obtenue contre celui-ci, de faire saisir-arrêter, entre les mains d'un tiers, les deniers ou autres objets qui sont la propriété de l'État » (211).

Mais également des principes non encore parvenus au stade ultime du visa de principe, tel le principe de la rétroactivité *in mitius* de la loi pénale : « *Il est de principe général* en matière criminelle que, dans le concours de deux lois, l'une ancienne sous l'empire de laquelle une infraction pénale a été commise, et l'autre nouvelle, promulguée depuis et avant qu'il soit intervenu un jugement définitif, on doit appliquer la nouvelle loi, si elle édicte une peine moins sévère » (212).

L'annonce d'un principe par cette locution est d'autant plus plausible que la Cour de cassation persiste parfois à l'employer dans un attendu de principe destiné à éclairer la signification du visa de principe : « Vu (...) les principes qui régissent l'obligation alimentaire ; Attendu (...) qu'*il est de principe que* les pensions alimentaires ne s'arrangent pas » (213).

La locution, cependant, n'a pas pour vocation première d'annoncer un principe. Elle n'est qu'un procédé stylistique commode consistant à énoncer une conclusion juridique sur un ton péremptoire

(210) Cass. crim. 18 juin 1858 : DP 1858, 1, 376.

(211) Cass. civ. 5 mai 1885, S. 1886, 1, 353, note E. Chavegrin. La solution de fond date de : Trib. cass. 16 thermidor an X (août 1802), S. chr. 1791-an XIII, 1, 677.

(212) Cass. crim. 14 janv. 1876, Bull. crim. n° 17 ; S. 1876, 1, 433, note E. Villey. L'emploi de la locution est fort ancien : « *il est de principe* dans la législation française que la Peine n'est censée réellement prononcée qu'au moment où il n'existe plus de moyen légal de la faire atténuer » (Cass. crim. 15 mars 1810, reproduit dans *Merlin, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 5e éd., t. XXIII, 1827, n° IX, p. 85*).

(213) Cass. 1re civ. 18 janv. 1989, D. 1989, 383, note J. Massip. – Cass. 1re civ. 3 avril 1990, Bull. civ. I, n° 77, p. 57. – Cass. 1re civ. 5 févr. 1991, D. 1991, 469, note J. Massip. La Cour de cassation devait ensuite viser directement « *la règle selon laquelle "aliments n'arrangent pas"* » (Cass. 2e civ. 24 janv. 1996, pourvoi n° 93-19980, inédit).

tenant lieu de motivation. « *Il est de principe que* » introduit donc éventuellement un principe mais il ne saurait s'en trouver un dans chaque attendu ainsi libellé.

49.– Une deuxième locution abstraite doit être évoquée, bien qu'elle soit plus ambiguë que la précédente : « *en principe* » ou « *en principe général* » ou « *en règle générale* ».

La solution affirmée « *en principe* » peut recouvrir un véritable principe. Elle est alors synonyme de la locution « *il est de principe que* ». Ainsi la Cour de cassation affirme indifféremment que « le juge de l'action est en principe le juge de l'exception » (214), « qu'il est de principe que le juge de l'action est le juge de l'exception » (215) ou « qu'en règle générale, le juge de l'action est juge de l'exception » (216).

Mais, à nouveau, la défiance s'impose. La locution « *en principe* », ou l'une de ses variantes, est employée la plupart du temps pour la désignation d'une *règle de principe*, c'est-à-dire d'une règle générale exposée à recevoir une exception. La norme énoncée « *en principe* » par le juge n'est *a priori* qu'une règle de principe qui ne se confond pas avec le principe.

50. – La troisième locution s'exprime par une référence, dégagée de tout support textuel, aux termes suivants : « *le(s) principe(s)* » ou « *la (les) règle(s)* ». Il est habituel qu'un principe soit purement et simplement mentionné comme tel avant que d'accéder, à plus ou moins longue échéance, au visa. Les « règles de la gestion d'affaire » étaient appliquées un quart de siècle avant de se muer en un visa du « principe de la gestion d'affaires » (217) et « le principe de la primauté du droit communautaire » quelques sept mois avant une identique consécration formelle (218).

Pour autant, et les développements qui précèdent en livrent d'abondants exemples, toute allusion à un « principe » en droit ne doit pas être prise à la lettre. La polysémie du terme interdit de réduire d'emblée le principe à une norme dénommée telle quelle.

B. – Le principe visible

51. – Parvenu à un degré supérieur de maturité, le principe revêt une apparence physique plus distinctive. Il n'est certes pas encore visé mais est susceptible de le devenir à tout moment. À ce stade transitoire de son évolution, il est un principe *visible*. Cette nouvelle étape est cardinale.

(214) Cass. soc. 16 nov. 1961, D. 1962, 161, note R. L., S. 1962, 185, note R. Meurisse, JCP G 1962, II, 12864, note J.-P. Brunet, RTD civ. 1962, p. 387, obs. P. Hébraud, Dr. soc. 1962, p. 586, note P. Raynaud. – Cass. soc. 22 juill. 1975, Bull. civ. V, n° 425.

(215) Cass. req. 26 avril 1880, S. 1882, 1, 373. – Cass. crim. 29 nov. 1951, S. 1952, 1, 138, JCP G 1952, II, 6859.

(216) Cass. req. 23 juill. 1868, S. 1869, 1, 116.

(217) Cass. 1re civ. 16 nov. 1955, JCP G 1955, II, 9087, note P. Esmein. Le principe est visé dans : Cass. 1re civ. 12 juin 1979, Bull. civ. I, n° 173, Defrénois 1980, art. 32421, n° 72, p. 1215, note J.-L. Aubert (« *Vu le principe de la gestion d'affaires* »).

(218) Cass. 1re civ. 10 mars 1993, JCP G 1994, II, 22313, note X. Daverat. Le principe est visé sept mois plus tard : Cass. 1re civ. 13 oct. 1993 (9 arrêts), pourvois n° 91-19.655 à 91-19.664, 8 arrêts inédits et un publié : Contrats, conc., consom. 1993/12, n° 220, p. 11.

Il importe cependant de souligner une évidence : la plupart des décisions de la Cour de cassation ne peuvent, par nature, contenir le moindre visa de principe et n'édicte au maximum que des principes visables. D'incontestables principes figurent dans les arrêts de rejet voire dans des avis (qui peuvent cependant comporter des visas) de la Cour de cassation. Notons à ce dernier titre qu'à deux reprises dans la courte histoire de son activité consultative, la Cour de cassation a répondu à la question de juges du fond sur le fondement exclusif de principes : elle rappelle, dans un avis du 9 octobre 1992, que « la règle selon laquelle l'exception survit à l'action » (*quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*) ne s'applique pas à un délai de forclusion (219) ; elle considère, dans un avis du 29 novembre 1993, qu'« en l'absence de dispositions transitoires, il doit être répondu à la question posée par application des *principes qui gouvernent les conflits de lois dans le temps* » (220).

52. – Diverses figures stylistiques peuvent recouvrir un principe visible. Le recours à des adages (1°) est la plus nette. La plus répandue est le visa de texte fictif (2°), antichambre du visa de principe (3°).

1° Au travers des adages

53. – La référence du juge à un « adage » ou à une « maxime », à l'exclusion de toute autre norme légale, est un signe crédible de la présence d'un principe. Il existe à ce jour onze principes visés par la Cour de cassation qui correspondent à des adages de droit :

- *Contra non valentem agere non currit præscriptio* ;
- *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ;
- *Electa una via non datur recursus ad alteram* ;
- *Fraus omnia corrumpit* ;
- *Non bis in idem* ;
- *Quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* ;
- Nul ne plaide en France par procureur ;
- Aliments n'arréragent pas ;
- L'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt ;
- À travail égal salaire égal ;
- Ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé.

Or, tous étaient apparus auparavant en jurisprudence formellement précédés des termes « maxime », « adage » ou « règle ».

(219) Cass. avis 9 oct. 1992, Bull. civ. Avis, n° 4, p. 2.

(220) Cass. avis 29 nov. 1993, JCP G 1994, II, 22203, note H. Croze et T. Moussa.

2° Le visa de texte fictif

54. – La Cour de cassation s’efforce de se conformer à l’article 1020 NCPC qui lui commande de viser un « texte » au soutien de la cassation qu’elle prononce. Cependant, au-delà du respect formel de la loi, « l’artifice commence lorsqu’on fait dire à un texte tout autre chose que ce qu’il dit » (221) . Or, il est patent que le texte visé en tête des arrêts de cassation peut n’avoir qu’un rapport très ténu sinon parfaitement mystérieux avec la règle appliquée. Le visa de texte, dans cette hypothèse, est une *fiction* de volonté prétorienne. Le texte visé est *fictivement* appliqué et, parfois, un principe s’y substitue *réellement*.

La réalité des « visas fictifs » dans la jurisprudence est reconnue en doctrine. Le Doyen Sourioux en livrait une description acérée : « la Cour de cassation n’est pas sans pratiquer l’indépendance *masquée*, spécialement lorsqu’elle exerce son contrôle au moyen de la cassation pour violation de la loi. Il lui arrive en effet de viser en tête de son arrêt de cassation un texte de loi dont le contenu normatif est étranger à l’affaire pour l’excellente raison que la règle qui est en jeu est celle-là même que le juge de cassation a fabriquée, le plus souvent progressivement dans les arrêts antérieurs » (*J.-L. Sourioux, Introduction au droit, PUF, coll. Droit fondamental, 2e éd., 1990, n° 174*).

Or, la contribution de ces visas fictifs à la genèse des principes visés est essentielle.

55. – Visa « viseur ». – Le comble de la fiction est sans doute atteint lorsque la Cour de cassation vise un texte qui aurait vocation à s’appliquer mais qui ne fonde pas la cassation pour cette simple raison que le principe annihile sa force obligatoire. Le texte visé est évincé par le principe. Si une métaphore pouvait être suggérée, il conviendrait de parler en l’occurrence de *visa viseur*. Le juge vise le texte qu’il élimine du champ de l’arrêt. Le visa de cassation aligne en point de mire le texte à abattre avant d’instaurer le principe.

Ainsi, la chambre criminelle admettait qu’un avis rendu par la chambre d’accusation sur une demande d’extradition puisse être frappé de pourvoi en cassation. L’article 16 de la loi du 10 mars 1927 s’y opposait pourtant sans ambages. La Cour de cassation affirma néanmoins, *sous le visa* dudit article 16, qu’ « il résulte des *principes généraux du droit* que cette disposition n’exclut pas le pourvoi en cassation lorsque celui-ci est fondé sur une violation de la loi qui, à la supposer établie, serait de nature à priver la décision rendue des conditions essentielles de son existence légale » (222) . Comme l’observe un auteur, « il est piquant de voir la chambre criminelle viser l’article 16 pour l’ignorer ensuite superbement » (223). De fait, elle a employé un visa viseur.

Le procédé est d’un usage courant pour l’application de deux principes qui prorogent les délais de prescription en droit privé, à savoir *contra non valentem agere non currit præscriptio* et *quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*. La Cour de cassation préfère

(221) J. Boulanger, Rôle du juge en cas de silence ou d’insuffisance de la loi, T.A.H.C., t. V, 1949, Dalloz, 1950, p. 61, n° 9, p. 65.

(222) Cass. crim. 17 mai 1984, JCP G 1985, II, 20332, note J. Borricand, D. 1984, 536, note W. Jeandidier, Gaz. Pal. 1984, 2, 779, rapp. Cruvellié, Rev. sc. crim. 1984, p. 804, obs. Cl. Lombois. – Cass. crim. 2 oct. 1987, Bull. crim. n° 329.

(223) J. Borricand, note préc.

ordinairement au visa direct de ces principes le visa des textes édictant les délais de prescription qu'ils paralysent.

56. – Visa symbolique. – Le recours à un visa de texte étranger à la décision peut aussi être tributaire de raisons *symboliques*. Le texte visé est une règle que son ancienneté, sa concision, sa pureté littérale et son extrême généralité muent en symbole d'une matière ou d'une question juridique donnée. Le texte incarne et concentre en lui toutes les questions et les solutions afférentes à ce thème et, sous cette couverture commode, le juge de cassation applique en réalité des principes.

Les textes concernés sont des piliers du Code civil : les articles 2, 1382 et 1134 furent particulièrement mis à contribution. Sous leur tutelle compréhensive, la Cour de cassation a bâti des théories porteuses de principes.

L'article 2 est le support des « principes qui gouvernent les conflits de lois dans le temps », apparus formellement dans un avis de la Cour suprême (V. *supra*, n° 51).

L'article 1382 est le texte quotidiennement visé par la Cour de cassation pour mettre en œuvre les principes qui régissent l'abus de droit et les principes qui gouvernent l'action en concurrence déloyale ; l'artifice de cette référence résulte pourtant de l'observation de leur régime juridique respectif, clairement émancipé des conditions de la responsabilité délictuelle pour faute.

L'article 1134 est la source officielle d'un principe qui demeura longtemps sous son aile protectrice : le « principe selon lequel le juge ne doit pas dénaturer les documents de preuve ». S'il est loisible de censurer, au travers de la dénaturer d'un contrat par le juge du fond, une méconnaissance de la volonté des parties et, partant, de ce texte, la dénaturer d'actes dépourvus de valeur contractuelle et obligatoire est exempte d'un tel grief. Pourtant, l'article 1134 demeura longtemps le fondement d'un contrôle de dénaturer étendu à tous les écrits (actes de procédure, brevets d'invention, lois étrangères, procès-verbaux, lettres missives, etc.).

57. – Dérive des visas de principe en droit international privé. – Le droit international privé, enfin, est coutumier de ce symbolisme. Le texte qui s'y trouve, depuis toujours, acrobatiquement mis à contribution est l'article 3 du Code civil. Le recours fréquent de la Cour de cassation aux visas de principes depuis 1981 (V. *supra*, n° 33) s'explique à l'évidence par le souci d'éviter ce rattachement fictif qui ne convainc plus personne. Mais, ce faisant, la Haute juridiction risque de verser dans un autre travers : la dérive du visa de principe vers

Généralement, les principes du droit international privé visés par la Cour de cassation (V. *supra*, n° 33) ne sont pas de la même étoffe que les principes de droit privé interne. Il ne s'agit presque que de corps de principes et ce pluriel tend à servir de refuge aux approximations. Les locutions des « *principes qui régissent* », « *qui gouvernent* », « *relatifs à* » ou « *en matière de* » sont suivies de la désignation floue et indéfinie d'une matière donnée. Les exemples qui suivent sont les plus éloquents :

- « Vu les principes qui régissent la compétence juridictionnelle internationale » ;
- « Vu les principes de droit international privé français en matière de régimes matrimoniaux » ;

- « Vu (...) les principes du droit international privé qui gouvernent le droit des successions et des libéralités » ;
- « Vu les principes du droit international privé relatifs au statut personnel ».

Un sommet est sans doute atteint dans les visas suivants :

- « Vu les principes de l'arbitrage commercial international » ;
- et surtout « Vu les principes qui régissent le droit international privé » ou « *Vu les principes du droit international privé français* ».

Il n'entre pas dans le plan de ce propos de critiquer le rôle créateur insigne joué par la jurisprudence en droit international privé non plus que le bien-fondé de ses règles. Il s'agit simplement d'affirmer que, en dépit des apparences entretenues dans de tels arrêts, ces principes n'ont aucune aptitude à justifier les solutions y énoncées. Ils n'ont aucun contenu défini, ce ne sont que des enseignes muettes précédant un attendu qui édicte *seul* une norme juridique. Certes, le visa de principes sert toujours de substitut à un visa de texte introuvable. Mais l'inanité du substitut trahit, en l'occurrence, une dérive du procédé.

Sans doute, la référence à un corps de principes est par nature plus approximative que la référence à un principe unique. Mais le recours au pluriel n'exclut pas toute précision ni toute valeur normative. Le visa des « principes qui régissent l'enrichissement sans cause », l'un des plus usités en droit privé interne, circonscrit en quelques mots le litige et laisse tout de suite augurer du fondement juridique de sa solution. Au contraire, les visas sus-reproduits n'indiquent rien. Ils sont une pure *annonce* du thème de la décision qui ne prétend pas *énoncer* le droit applicable.

Quelle réflexion inspirerait un arrêt édictant un attendu solennel sous le visa des “principes de droit privé qui régissent la procédure”, des “principes de droit privé en matière de régimes matrimoniaux” voire celui des “principes du droit privé”... ? Juristes et justiciables crieraient à l'arbitraire.

Plus grave, du point de vue des sources, il devient impossible de dissocier principes et jurisprudence. « La Cour suprême, tout en restant fermement attachée à sa tradition qui consiste à ne jamais viser sa propre jurisprudence (interdiction déduite de l'article 5 du Code civil) *la vise quand même par le biais de la notion compréhensive de “principes”* » (224). La doctrine de droit international privé, soucieuse de préserver l'autonomie de ses principes, doit accomplir des prouesses et ne convainc que difficilement. Ainsi, un auteur, ayant admis que « la différence avec une règle de source jurisprudentielle est difficile à établir », estime néanmoins que les principes forment une « variété très spéciale de la jurisprudence » (225). L'idée est avérée à l'endroit des principes de droit privé interne qui tirent d'une élaboration sédimentaire une nature exceptionnelle de jurisprudence “superconstante” (V. *infra*, n° 77 s.). Mais elle laisse sceptique au regard des principes de droit international privé dont l'objet se borne à baliser des solutions quelconques. Or,

(224) Ph. Francescakis, Le contrôle de la compétence du juge étranger après l'arrêt Simitch : Rev. crit DIP 1985, p. 243, spéc. n° 21, p. 254 (commentaire de : Cass. 1re civ. 6 févr. 1985, visant « *les principes qui régissent la compétence juridictionnelle internationale* »). Oppetit le reconnaissait également (note sous Cass. 1re civ. 13 oct. 1981, JDI 1982, p. 931, spéc. p. 938).

(225) P. Hammje, La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé, thèse, Paris I, 1994, n° 375, p. 206 et n° 390, p. 215.

objectait Rodière, si les principes doivent se confondre avec une autre source du droit, telle que la jurisprudence, « *à quoi bon en parler ?* » (226).

58. – Cela ne signifie pas pour autant qu'il n'y ait aucun principe en droit international privé. La Cour de cassation sait concevoir en cette matière de véritables principes *normatifs*. La présence de principes normatifs se décèle par leur trait consubstantiel, mis à jour en droit interne : l'aptitude systématique à *évincer* un impératif juridique pré-existant (sur cette conception dite conflictuelle, V. *supra*, n° 14 s.). Les véritables principes normatifs du droit international privé correspondent, en réalité, aux normes *matérielles* qui le composent. Les normes matérielles ou substantielles ont pour effet de supplanter la méthode conflictuelle en imposant l'application directe d'une solution de fond uniforme à une situation internationale. Cette *éviction* de la règle de conflit les distingue entre toutes les normes gouvernant le droit international privé et les élève au rang de principes de droit (227). En outre, puisqu'un principe est par essence *non écrit*, il ne sera pas permis de désigner sous ce vocable des règles matérielles procédant de conventions internationales ou de législations nationales. Au bénéfice de cette double approche, les principes recouvriront une originalité perdue sous l'effet d'une confusion, longtemps entretenue, avec les règles jurisprudentielles ordinaires.

Le premier fruit de cette méthode est le « principe d'autonomie de la clause compromissoire » (principe visible, pour l'heure), mûri durant trente années en jurisprudence avant d'être qualifié de « règle matérielle du droit international de l'arbitrage » applicable « sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique » (228). La proclamation d'un « principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres » (229), inconnu des textes réglementant l'arbitrage, le visa d'un « principe de l'impartialité du juge » qualifiée d'« exigence de l'ordre public international » (230) ou du « principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence » (231), introduisent d'autres normes en termes explicites. Il reste au juge étatique à poursuivre l'enrichissement de cette catégorie. Les perspectives sont immenses.

59. – En définitive, et sur la foi des propos du **Premier président de la Cour de cassation Pierre Bellet**, en visant « *des articles du Code qui n'avaient plus rien à voir avec leur contenu - comme l'article 3 en matière de droit international et l'article 1134 en matière de dénaturation des conclusions - affirmant ce qui ne pouvait être démontré, la Cour a édifié un monument de*

(226) R. Rodière, Les principes généraux du droit privé français, Journées de la société de législation comparée, « Les principes généraux du droit », RID comp., n° spécial, vol. 2, Année 1980, p. 309, spéc. n° 11, p. 313.

(227) Dominique Bureau assigne également aux principes, entendus comme des normes *substantielles*, la fonction « *d'écarter*, parce que jugés décevants, les résultats auxquels conduit la méthode conflictuelle », soit en complétant la technique conflictuelle lorsqu'elle s'avère inutile, inefficace ou lacunaire, soit en complétant le droit substantiel lorsque les lois étatiques s'avèrent inadaptées (D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales, thèse, Paris II, 1992, n° 1075, p. 713*).

(228) Cass. 1re civ. 20 déc. 1993, Dalico, JDI 1994, p. 432, note E. Gaillard, Rev. crit. DIP 1994, p. 663, note P. Mayer, Rev. arb. 1994, p. 116, note H. Gaudemet-Tallon, RTD com. 1994, p. 254, obs. É. Loquin et J.-Cl. Dubarry. Le principe ne vaut qu'en matière d'arbitrage international.

(229) Cass. 1re civ. 7 janv. 1992, Bull. civ. I, n° 2, JDI 1992, p. 707 (2e esp.), concl. Flipo, note Ch. Jarrosson.

(230) Cass. 1re civ. 3 déc. 1996, Bull. civ. n° 427, Rev. crit. DIP 1997, p. 328, note H. Muir Watt.

(231) Cass. 1re civ. 16 nov. 2004, pourvoi n° 02-11866, inédit.

jurisprudence » (P. Bellet, *Grandeur et servitude de la Cour de cassation*, RID comp. 1980, p. 293, spéc. p. 295).

Les monuments édités conservent un lien symbolique avec les textes visés. Leur commune ancienneté, leur concision remarquable, leur pureté littérale et leur extrême généralité nourrissent leur vocation à incarner des théories prétoriennes dans la mémoire judiciaire. Un réflexe conditionné conduit le magistrat à les viser lorsqu'il applique ces principes, comme le reconnaît André Perdriau : « certains visas sont *traditionnels*, quand bien même ils apparaîtraient *discutables* » (A. Perdriau, *La pratique des arrêts civils de la Cour de cassation*, Litec, 1993, n° 1127, p. 375 ; cet ouvrage méthodologique développe le formulaire de la Cour de cassation en matière civile, auquel se conforment en principe les conseillers à la Cour de cassation).

60. – L'attachement profond de la Cour de cassation au visa de texte symbolique tranche avec la liberté de ton du Conseil d'État.

Le principe de la responsabilité du fait des choses fournit la matière d'une comparaison éclairante. J. Appleton observait à ce propos que l'examen des motivations respectives des deux juridictions suprêmes met « bien en relief la différence des deux méthodes. La Cour de cassation se juge liée par les textes. Lorsqu'elle sent la nécessité d'une évolution de jurisprudence imposée par les faits, elle en cherche la justification, au moins apparente, dans la loi ; elle veut voir là (où elle feint d'y voir) la solution cherchée. [...] Le Conseil d'État dédaigne cette subtilité ou cette fiction. S'il n'a pas de texte, il s'en passe, et le dit bien haut. [...] Avant tout, il faut être pratique » (note sous Cons. d'État 22 déc. 1924, DP 1925, 3, 9). C'est ainsi que la Cour de cassation vise l'article 1384, alinéa 1, du Code civil, au terme d'un sophisme célèbre, pour faire application d'une présomption de responsabilité du fait des choses « *établie par ce texte* » (232) et engager la responsabilité de l'automobiliste ; dans le même temps, le Conseil d'État se borne à constater que « les conditions particulièrement dangereuses de la circulation automobile *doivent faire admettre* une présomption de responsabilité à la charge du service public du fait du conducteur » (233)...

3° Du visa de texte fictif au visa de principe

61. – Le recours au visa de texte fictif est une nécessité pour le juge judiciaire, tenu de dire le droit en vertu de l'article 4 du Code civil et, le cas échéant, de viser un texte selon l'article 1020 NCPC. Mais cette fiction n'est indispensable que jusqu'au point où elle se révèle intolérable pour l'esprit. Le visa de principe le supplante alors pour restaurer la vérité dans le droit.

62. – Le visa de texte traditionnel est parfois empreint d'une fictivité telle que le juge de cassation éprouve le besoin de s'en affranchir complètement.

(232) Cass. civ. 29 juill. 1924, DP 1925, 1, 5, note G. Ripert.

(233) CE, 29 juin 1934, S. 1934, 3, 63, DH 1934, 497 (ce contentieux fut ensuite transféré à la compétence du juge judiciaire par la loi du 31 déc. 1957, puis soumis à la loi du 5 juill. 1985).

Le contrôle de la dénaturation des écrits dépourvus de valeur contractuelle exercé sous le visa de l'article 1134, alinéa 1, du Code civil a notablement excédé ce seuil de tolérance. Deux Hauts conseillers, avertis de la technique de cassation, suggérèrent successivement l'abandon du visa de l'article 1134 au profit d'un visa de principe. En 1971, le conseiller Voulet se demandait « si, dans l'hypothèse d'une dénaturation portant sur un document qui ne constitue pas un contrat, il ne serait pas préférable de se référer à un principe du droit non écrit tel que "l'interdiction de dénaturer les documents de la cause" » (*J. Voulet, Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation : JCP G 1971, I, 2410, n° 16*). En 1986, le conseiller Perdriau reprit la suggestion, tout en proposant une écriture différente du visa : « Vu l'obligation pour le juge de ne pas dénaturer les documents de la cause » (*A. Perdriau, Visas, "chapeaux" et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile : JCP G 1986, I, 3257, n° 44*). Cette dernière mouture fut adoptée la même année par la chambre commerciale pour censurer la dénaturation d'un avis de la Commission de la concurrence (234). Le libellé subit ensuite un nouvel ajustement pour se fixer ainsi : « Vu le principe selon lequel le juge ne doit pas dénaturer les éléments de preuve qui lui sont soumis » (235).

La mutation du visa ne fut pas purement esthétique. La prise de position de la chambre commerciale constituait l'épilogue d'une division suscitée par elle-même au sein de la Cour de cassation, après qu'elle eut refusé, dans un arrêt du 7 mars 1961 (236), de censurer la dénaturation des écrits non revêtus de force obligatoire à l'égard du juge par l'article 1134 du Code civil (jugeant qu'ils ne constituaient que des éléments de fait abandonnés à l'appréciation discrétionnaire des juges du fond). La dissidence de la chambre commerciale prit fin en 1982 (237). Le visa du principe adopté à son initiative en 1986 scelle irrévocablement l'unité retrouvée au sein de la Cour suprême.

De même, c'est la profonde inadéquation de l'article 1382 du Code civil à la théorie des troubles de voisinage qui suscita, la même année, une mutation similaire du visa de ce texte en visa de principe. Dès 1872, Labbé avait démontré, dans le sillage de Ihering, que « l'opinion qui conclut à la responsabilité [pour trouble de voisinage] ne trouve pas d'appui dans l'article 1382, puisqu'aucune faute n'existe » (238). Un siècle plus tard, ce ne fut pas le moindre des paradoxes que de relever dans le rapport de la Cour de cassation pour l'année 1971 l'opinion selon laquelle la responsabilité pour troubles de voisinage était une « responsabilité *sans faute* », instituée par la jurisprudence « à côté de l'article 1382 du Code civil », pour le commentaire d'un arrêt rendu sous le visa... de l'article 1382 (*Rapport de la Cour de cassation 1970-1971, La doc. fr., 1972, p. 46*). L'artifice était si flagrant que la Cour convertit définitivement le visa de l'article 1382 en un visa du « principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage » (239).

(234) Cass. com. 2 déc. 1986, Bull. civ. IV, n° 227 : « Vu l'obligation pour le juge de ne pas dénaturer les documents de la cause ». L'écrit en cause sortait évidemment du domaine de l'article 1134 du Code civil

(235) Cass. com. 5 avril 1993, pourvoi n° 89-21.236, inédit.

(236) Cass. com. 7 mars 1961, Bull. civ. III, n° 124.

(237) Cass. com. 15 mars 1982, Bull. civ. IV, n° 99 (qui censure, sous le visa de l'art. 1134 C. civ., la dénaturation d'un rapport d'expert).

(238) Labbé, note sous Cass. req. 12 août 1872, S. 1872, 1, 353.

(239) Cass. 2e civ. 19 nov. 1986, Bull. civ. II, n° 172

63. – Le seuil de tolérance de la fictivité d'un visa de texte semble également atteint dans l'application d'un certain nombre de principes pour lesquels la mutation en visa de principe n'a cependant pas encore été accomplie. Ainsi en est-il des principes qui régissent l'abus de droit et de ceux qui gouvernent l'action en concurrence déloyale dont l'article 1382 du Code civil ne rend aucunement compte.

Il en est de même des principes qui gouvernent l'application des lois dans le temps, déposés sur le frêle et symbolique support de l'article 2 du Code civil. L'édifice prétorien du droit transitoire est non seulement sans commune mesure avec les prescriptions laconiques de ce texte mais il lui est parfois étranger. En témoigne cet arrêt qui censure, sous le visa de ce texte, l'application rétroactive d'un décret, alors que « la loi » entre seule dans ses prévisions (240). Un arrêt rendu en matière de droit international privé, qui se réfère aux « principes généraux du droit transitoire » (241) est peut-être la prémonition qu'une "opération vérité" sera également conduite dans le domaine du droit privé interne.

64. – La mutation, audacieuse et réaliste, du visa de texte fictif en visa de principe peut susciter des réticences chez un esprit légaliste. L'article 1020 du nouveau Code de procédure civile impose en effet au juge de cassation de viser un « texte » et non un principe.

L'objection est cependant de peu de portée. L'article 604 de ce Code dispose au contraire que « le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux *règles de droit* » et l'article 12 que « le juge tranche le litige conformément aux *règles de droit* qui lui sont applicables ». L'expression « règles de droit » permet au juge de cassation de puiser la norme visée hors des textes.

L'utilité pratique du visa de principe excède de toute manière les inconvénients théoriques imaginables. L'abandon du visa de texte fictif est un indéniable progrès de l'esprit juridique parce qu'il abolit une dissimulation du droit applicable à l'égard du justiciable et restaure la sincérité dans le langage judiciaire. Le Professeur et Haut conseiller Breton évalua les arguments favorables et défavorables à la substitution d'un visa de principe au visa de texte fictif pour forger le jugement de valeur suivant : « *La nécessité du visa repose sur l'idée d'une **garantie** donnée aux justiciables: il n'y aura de cassation que s'il y a eu violation d'un texte légal déterminé. Une telle garantie disparaît si, pour prononcer une cassation, on se fonde sur un texte qui n'a plus guère de rapport avec la règle que l'on veut faire prévaloir. On peut alors se demander s'il ne serait pas parfois plus **franc**, au lieu d'une référence de pure forme à un texte quelconque, de viser le principe bien acquis sur lequel on se fonde pour casser. Peut-être est-ce, de la part de de la Cour de cassation, aller un peu **au-delà des attributions** que la loi lui a conférées en l'instituant. Mais en l'état de l'autorité qu'elle a légitimement acquise, je ne crois pas qu'une telle extension puisse être blâmée: en tant qu'elle fait prévaloir la **vérité** et la **franchise**, elle donne aux justiciables **plus de garanties qu'elle ne menace leurs droits** » (A. Breton, *L'arrêt de la Cour de cassation*, Ann. Univ. sc. soc. Toulouse, t. XXIII, 1975, p. 5, spéc. p. 17).*

(240) Cass. com. 13 déc. 1994, D. 1995, 372, note É. Agostini.

(241) Cass. 1^{re} civ. 13 janv. 1982, Rev. crit. DIP 1982, p. 551, note H. Batiffol.

Le visa de principe constitue, en somme, « une véritable opération “vérité” » (242). Il permet au juge de rétablir la transparence qui forme la garantie pour le justiciable du droit au Droit. Il n'est certes pas à exclure que la Cour de cassation excède, ce faisant, ses attributions. Mais l'audace théorique du visa de principe est absoute pour son bienfait pratique. Le conseiller Perdriau le pressent qui écrit que « la pratique de tels visas [...] ne paraît pas présenter d'inconvénient. En revanche, elle est préférable à l'unique visa d'un texte lorsque le lien entre ce texte et le moyen accueilli est si lâche qu'il en devient mystérieux » (A. Perdriau, *Visas, “chapeaux” et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile : JCP G 1986, I, 3257, n° 43*).

65. – L'étape du principe visible dépassée, le critère formel se révèle d'une fiabilité quasi-absolue. La reconnaissance d'un principe visé ne suppose qu'une courte recherche.

C. – Le principe visé

66. – Lorsqu'il est visé, le principe est clairement *visible*. Son libellé sera disséqué (1°) et sa carrière, son avenir en jurisprudence, observés (2°).

1° Le libellé du visa de principe

67. – Le visa de principe commence évidemment par le participe invariable : « Vu ». L'expression qui lui fait suite annonce la teneur du principe. Un même principe visé peut connaître des variantes qui n'en altèrent cependant jamais la substance.

La longueur du libellé du visa est également variable, du plus court, qui comporte six mots (« Vu le principe *fraus omnia corrumpit* »), au plus long, qui en comporte quarante-six (« Vu le principe général du droit selon lequel nul ne pouvant s'enrichir injustement aux dépens d'autrui, celui qui par erreur, a payé la dette d'autrui de ses propres deniers, a, bien que non subrogé aux droits du créancier, un recours contre le débiteur »).

Le visa est rédigé en français ou parfois, en présence d'un adage, en latin. Il faut d'ailleurs se garder de traductions malencontreuses de latin en français (243)...

(242) Ph. Blondel, Les principes généraux dans la jurisprudence de cassation, Entretiens de Nanterre des 17-18/3/1989, Cah. dr. ent. 1989, n° 5, p. 14 s., Rapport de synthèse, p. 16 s.

(243) Il faut éviter le risque d'une traduction impropre d'un adage traditionnel latin dont le sens n'échappe à personne. Ainsi, le « principe *fraus omnia corrumpit* » a récemment été traduit en « principe “la fraude corrompt tout” » (Cass. soc., 15 mars 2006, pourvoi n° 04-44.728, inédit). Or, consacré sur le fond par la Cour de cassation depuis 190 ans, le principe *Fraus omnia corrumpit* fut d'abord exprimé sous une formule de style selon laquelle « la fraude fait exception à toutes les règles » (depuis Cass. req. 3 juill. 1817, S. chr. 1815-1818, 1, 342). L'adage latin, qui était alors inconnu, est apparu dans une note anonyme publiée au recueil Dalloz de l'année 1855 (note sous Cass. civ. 26 mars 1855, DP 1855, 1, spéc. p. 326). Forgé par l'usage du Palais, il se glissa fort tardivement sous la plume de la Cour suprême (Cass. 2e civ. 7 janv. 1954, Bull. civ. II, n° 2). S'il fallait revenir à une formule en français, ce serait « la fraude fait exception à toutes les règles » et non « corrompt tout »...

Mais au-delà de ces observations communes, la structure du visa de principe reflète une diversité qu'il convient de sérier sur plusieurs points.

68. – Le visa multiple. – Le principe ne figure pas toujours seul dans un visa. La Cour de cassation privilégie les visas multiples qui contiennent un ou plusieurs textes *et* un principe.

Une fois produite la mutation du visa de texte fictif en visa de principe, la Cour de cassation maintient parfois, aux côtés de ce dernier, le visa d'un ou plusieurs textes. En ce cas, l'attendu conclusif de l'arrêt relève que les juges du fond ont violé « le(s) texte(s) *et* le(s) principe(s) visés ».

Le texte visé conjointement peut d'abord être celui qui figurait auparavant dans le visa fictif invoqué au soutien du principe. Il en est ainsi, parmi d'innombrables exemples, des principes régissant l'enrichissement sans cause, fréquemment visés avec l'article 1371 du Code civil quel que soit, du reste, la question de droit abordée dans l'arrêt. Il est difficile de justifier le réflexe conservatiste qui maintient auprès d'un principe le texte dont la vacuité normative a motivé l'inscription de celui-là dans le visa, de préférence à celui-ci. Le fondement légal fictif du principe demeure à ses côtés comme un *chaperon*, comme le dernier fil qui le relie à la loi écrite, plus illusoirement que jamais. Ou bien, le juge souhaite conserver dans le visa la marque formelle de la genèse progressive qui a conduit le principe du stade de norme visible, sous un visa fictif, à celui de norme visée. Le texte serait un *vestige* historique, le témoin d'un artifice révolu. Mais, chaperon ou vestige, le visa du texte fictif adjoint au visa de principe est à bannir. Sa présence est rassurante mais non indispensable.

Mais l'adjonction d'un texte au principe peut aussi s'imposer. Ainsi le principe *contra non valentem* ne saurait être visé indépendamment du texte édictant le délai de prescription qu'il a pour effet de proroger.

La Cour suprême fait montre d'une toute autre audace lorsqu'elle vise conjointement deux voire trois principes (V. *supra*, n° 29) !

69. – « Vu le principe » ou « Vu les principes » ? – Quelle que soit la discipline juridique étudiée, il existe deux espèces de principes : les principes *au singulier* et les principes *au pluriel* (principes « régissant », « concernant », « applicables à » ou « relatifs à » une institution juridique donnée). Ces derniers peuvent être qualifiés également de *corps de principes*.

En droit administratif, les corps de principes coexistent avec des principes généraux individualisés. Monsieur Chapus opposa à ce titre les « principes généraux *du* droit » (au singulier) aux « principes généraux *d'un* droit » (au pluriel) (R. Chapus, *Droit administratif général, Montchrestien, 15e éd., 2001, n° 102-3*).

Le droit privé interne pratique une partition similaire au sein des principes visés. Les corps de principe sont en minorité relative par rapport aux principes au singulier. Le droit international privé, en revanche, comporte beaucoup de corps de principes. Au contraire des droits public et privé internes, les principes visés relevant de cette matière ne sont presque jamais individualisés. La Cour de cassation paraît si réticente à y viser un principe au singulier qu'elle a substitué au visa *du* « principe de l'immunité de juridiction des États étrangers » un visa *des* « principes de droit

international privé régissant les immunités des États étrangers » ou des « principes relatifs à l'immunité de juridiction des États étrangers ».

70. – La connaissance du droit applicable suppose cependant de procéder à une double correction symétrique du vocabulaire jurisprudentiel. Le juge de cassation emploie parfois le singulier pour se fonder sur un corps de principes. Inversement, il dissimule parfois derrière un pluriel l'application d'un principe solitaire.

En premier lieu, la cohérence commande de bannir l'emploi du singulier au sujet d'un corps de principes qui régit toute une institution juridique, sous ses multiples aspects. La Cour de cassation l'a instinctivement pressenti qui vise aujourd'hui les « principes régissant l'enrichissement sans cause » et délaisse le « principe de l'enrichissement sans cause ». Chaque quasi-contrat, en effet, est une institution juridique, gouvernée nécessairement par un corps de principes et non un principe unique. Le droit de rétention est identiquement régi par un corps de principes et ne constitue donc pas, en lui-même, un principe. Le visa du « principe du droit de rétention » a donc été pertinemment abandonné, dès son adoption, au profit du visa des « principes applicables en matière de droit de rétention » ou des « principes relatifs au droit de rétention ».

En second lieu et symétriquement, le principe individuel qui se trouve noyé dans une référence sybilline aux « principes » voire aux « principes généraux du droit » doit être dépouillé de ses oripeaux. La confusion est bénigne lorsqu'elle est immédiatement dissipée par la lettre de l'arrêt. Ainsi, après avoir visé « le principe selon lequel l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt », la première chambre civile décide que « la détermination des enfants à charge vivant au foyer doit être faite en se conformant aux *principes généraux du droit, spécialement à celui* d'après lequel l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt » (244). La même figure apparaît dans l'arrêt qui applique le « *principe* d'ordre public d'indisponibilité de l'état des personnes » avant d'affirmer que la reconnaissance du caractère illicite de la maternité pour autrui « se déduit des *principes généraux* du Code civil et de règles qui sont communes à toutes les filiations » (245). Enfin, le visa prévient parfois lui-même l'équivoque au moyen d'un libellé complexe, tel que: « Vu *les* règles applicables aux décisions disciplinaires des associations *et, notamment, le* principe de la contradiction » (246).

Mais la confusion est blâmable lorsque le principe appliqué est moins perceptible derrière une telle allusion. La jurisprudence répressive a été coutumière du fait. L'attendu selon lequel « il résulte des *principes généraux du droit* qu'un acte de procédure doit être signé par le magistrat dont il émane » (247) enrobe d'une référence aux principes une simple exigence de forme qui avait été affirmée auparavant sans cet artifice stylistique (248). Les chambres civiles ont pu céder jadis à ce verbalisme : il est tout aussi inutile d'affirmer que, « d'après les *principes généraux du droit*, les

(244) Cass. 1re civ. 10 déc. 1985, D. 1987, 449, note G. Paire, Gaz. Pal. 1986, 2, som. 323, obs. Piédelièvre, Defrénois 1986, art. 33722, p. 668, note G. Paire, RTD civ. 1987, p. 309, obs. J. Mestre.

(245) Cass. 1re civ. 13 déc. 1989, D. 1990, 273, note J. Massip, JCP G 1990, II, 21526, note A. Sériaux, Defrénois 1990, art. 34802, n° 55, p. 743, note J.-L. Aubert, RTD civ. 1990, p. 254, obs. J. Rubellin-Devichi.

(246) Cass. 1re civ. 29 mars 1989, Bull. civ. I, n° 141.

(247) Cass. crim. 6 juin 1988, Bull. crim. n° 249.

(248) Cass. crim. 4 déc. 1952, JCP G 1952, II, 7625, note J. Brouchet.

ayants-cause du locataire sont substitués à celui-ci dans l'exercice de ses droits » (249). Ici, les principes sonnent creux.

La chambre criminelle cèle son recours aux principes non seulement en ignorant largement le procédé du visa de principe (employé pour la première fois en 1999) mais encore en noyant le principe appliqué au milieu d'une masse informelle et mystérieuse : « *les principes généraux du droit* ». Cette pratique séculaire a prospéré en procédure pénale. Ainsi, dès 1813, le principe du double degré de juridiction fut discrètement introduit en droit positif sous le couvert des « règles générales de l'organisation judiciaire » (250). Le principe connut ensuite une irrésistible ascension sous le voile des « principes généraux du droit » ; la jurisprudence se prévalut notamment de ces derniers pour forcer les voies de recours fermées par la loi, tant celle de l'appel (251) que celle du pourvoi en cassation (252). Derrière le masque des principes généraux du droit, la chambre criminelle ne confesse que très rarement faire application *du* « principe général du double degré de juridiction » (253). Sa présence latente ne suscite pourtant aucun doute.

L'obscurité tend peut-être à se dissiper. Ainsi, la chambre criminelle a récemment consenti à se dépouiller d'une référence trentenaire aux « règles générales de procédure » (254) pour lui substituer la mention expresse du « principe de la loyauté des preuves » (255) qui s'y nichait depuis lors.

En réalité, il n'est jamais question, derrière les principes généraux du droit du juge répressif, que d'un principe unique de droit ou de procédure pénale. Ainsi, l'exigence que « dans tous débats se terminant par un jugement ou un arrêt, le prévenu ou son conseil (doivent) toujours avoir la parole les derniers » ne se déduit pas, en dépit de ce qu'affirme la Cour de cassation, des « principes généraux du droit » (256) : elle est simplement prescrite par le « principe général selon lequel la défense doit avoir la parole le dernier dès lors qu'elle en fait la demande » (257).

71. – « Vu le principe » ou « Vu la règle » ? – Les formules « Vu le(s) *principe(s)* » et « Vu la (les) *règle(s)* » se rencontrent toutes deux dans les visas de la Cour de cassation. Les deux formules sont rigoureusement synonymes au sein d'un visa. Au surplus, la seconde est extrêmement marginale.

(249) Cass. civ. 25 juill. 1938, DH 1938, 531 (le sous-acquéreur d'un fonds de commerce peut exiger, comme son auteur, le paiement d'une indemnité d'éviction auprès du bailleur qui entend reprendre les lieux).

(250) Cass. sect. réunies 29 oct. 1813, Bull. crim. n° 237.

(251) Cass. crim. 6 juill. 1993, JCP G 1993, II, 22115, concl. J. Perfetti, D. 1993, 429, note Kehrig.

(252) Cass. crim. 22 juin 1978, JCP 1979, éd. G, II, 19094, note W. Jeandidier.

(253) Cass. crim. 10 janv. 1980, D. 1980, 96, note P. Chambon.

(254) Cass. crim. 12 juin 1952, JCP 1952, éd. G, II, 7241, note J. Brouchet, S. 1954, 1, 69, note A. Légal, Rev. sc. crim. 1953, p. 111, obs. M. Patin. En vertu de cette jurisprudence fondamentale, le juge peut annuler tout acte d'information accompli avec ruse, artifice ou stratagème.

(255) Cass. crim. 27 févr. 1996, affaire Schuller-Maréchal, JCP G 1996, II, 22629, note M.-L. Rassat, Gaz. Pal. 1996, 2, 369, rapp. P. Guerder, D. 1996, 346, note Ch. Guerer. Madame Rassat écrit qu'« on aurait aimé que la chambre criminelle découvrit plus tôt » ce principe (note préc.).

(256) La formule connaît un succès quantitatif considérable dans la jurisprudence criminelle. Elle fut inaugurée par : Cass. crim. 28 sept. 1983, D. 1984, 156, note J. Pradel, D. 1984, IR, 88, obs. J.-M. R.

(257) C'est le Conseil d'État qui a individualisé ce principe : CE 9 déc. 1983, Gasparini, Rec. CE, p. 495, JCP G 1984, II, 20193, concl. B. Genevois.

La synonymie des formules est établie par l'emploi indifférencié qu'en fait le juge :

- « Vu le principe d'égalité du partage » coexiste avec « Vu la règle de l'égalité du partage » ;
- « Vu la règle de l'autorité absolue de la chose jugée au pénal » et « Vu la règle "le criminel tient le civil en l'état" » sont des formules minoritaires parmi de nombreuses autres qui ne visent jamais que le « principe » ;
- « Vu les règles de l'action *de in rem verso* » fut une formule d'essai éphémère, aussitôt abandonnée au profit d'un visa de principes.

Certes, les formules « Vu la règle *electa una via non datur recursus ad alteram* » et « Vu la règle du double degré de juridiction » ne connaissent aucune variante articulée sur un « principe ». Mais elles contiennent sans nul doute un principe. La jurisprudence a en effet toujours désigné ces deux normes indifféremment par les termes de « règle » ou de « principe » (258).

Confirme cette analyse l'arrêt qui débute par le visa « Vu l'article 1134 du Code civil et *les règles de la dénonciation des usages de l'entreprise* » et se referme sur un attendu blâmant la Cour d'appel d'avoir « violé le texte *et le principe* susvisés » (259), à savoir le « *principe* selon lequel l'employeur qui entend dénoncer un usage doit respecter un délai de préavis suffisant », qui ensuite visé seul par la chambre sociale, dépouillé du pluriel obscur de ses débuts (260).

2° La carrière du visa de principe

72. – Le principe visé connaît, postérieurement à son insertion dans un visa, une carrière fort inégale. Son destin oscille entre l'insuccès et la gloire.

73. – L'insuccès du principe visé. – Le juge de cassation omet parfois l'existence de principes naguère visés dans sa propre jurisprudence.

Le principe visé cesse parfois d'apparaître sous cette forme dans la jurisprudence postérieure à sa consécration. Ce n'est pas le moindre des paradoxes que le premier principe visé n'ait reparu que 48 ans plus tard dans un visa de la Cour de cassation : les « principes applicables en matière de compte courant » ne furent visés qu'en 1948 et 1996. La théorie du compte courant a pourtant suscité une abondante jurisprudence et la Cour suprême a persisté à invoquer les « principes régissant le fonctionnement du compte courant » (261), les « principes applicables en matière de

(258) Le « principe » *electa una via* fut maintes fois appliqué sous ce label (Cass. crim. 11 juin 1846, DP 1846, 1, 281). Il en est de même du « principe du double degré de juridiction » (Cass. 1re civ. 3 mars 1976, Bull. civ. I, n° 96. – Cass. crim. 10 janv. 1980, D. 1980, 96, note P. Chambon).

(259) Cass. soc. 3 déc. 1996, Dr. social 1997, p. 102, obs. Ph. Waquet.

(260) Cass. soc. 12 févr. 1997, Bull. civ. V, n° 62, Dr. soc. 1997, p. 430, obs. J. Savatier. – Cass. soc. 2 juill. 1997, pourvoi n° 96-40.975, inédit. Toutefois, la jurisprudence ultérieure privilégie à nouveau le visa des « règles... » (arrêts cités *supra*, n° 31).

(261) Cass. 1re civ. 29 nov. 1989, pourvoi n° 88-11940, inédit.

compte courant » (262) ou le « principe d’indivisibilité du compte courant » (263) ; mais de visa de principes, point.

Bien pis, la Cour opère dans certains cas une **régression** vers le stade du principe visible, en reprenant un ancien visa de texte fictif. Ainsi le « principe selon lequel les juges d’appel ne peuvent aggraver le sort de l’appelant sur son unique appel » est encore trop souvent énoncé dans un attendu de style précédé du visa, insuffisant à cet égard, de l’article 562 du NCPC.

Néanmoins, l’amnésie judiciaire semble toujours réversible. En renouant avec le visa des principes régissant le compte courant près de 50 ans après son invention, le juge du droit a démontré qu’un principe ne s’oublie jamais.

74. – Causes et remèdes. – L’insuccès rencontré par le visa d’un principe ou d’un corps de principes dans la jurisprudence postérieure à son adoption a plusieurs causes.

La première entrave à l’essor du procédé réside dans sa **clandestinité**. Quatre principes visés d’importance, intéressant la théorie générale du droit, sont demeurés inédits au bulletin des arrêts de la Cour de cassation et dans toute publication juridique : les « principes régissant l’apparence des actes juridiques », les « principes relatifs à la personnalité morale », les « principes régissant la renonciation à un droit » et « le principe de la primauté du droit communautaire ». Cette carence fut naturellement préjudiciable à leur carrière. Une **publication systématique** de cette jurisprudence insigne s’impose donc.

La seconde entrave à l’essor du procédé résulte de l’inégale propension des chambres de la Cour de cassation à viser un principe. La chambre criminelle ignore très largement cette technique qu’elle n’a inauguré qu’en 1999. À l’inverse, la chambre commerciale et, surtout depuis 1996, la chambre sociale en font un usage abondant et fort créatif. Nombre de principes visés, allant parfois au-delà du droit commercial ou du droit social, ont vu le jour dans leur jurisprudence, comme en témoigne l’inventaire réalisé.

Mais l’inventivité des juges les pousse parfois à certains excès. Le « principe général selon lequel des intérêts sont dus sur les indemnités allouées pour la réparation d’un dommage jusqu’au paiement desdites indemnités » (264) n’aurait jamais dû être visé. La norme énoncée est une conséquence mineure du principe de la réparation intégrale du préjudice subi, un principe clairement visible, qui aurait dû en conséquence figurer seul dans ce visa. Au lieu de saisir cette opportunité, la chambre a énoncé un principe vétilleux promis à un dépérissement certain.

En tout état de cause, l’inégal entrain des chambres de la Cour de cassation pour inventer de nouveaux visas de principe ou reproduire ceux déjà expérimentés reflète l’essor du phénomène. Une **concertation interne** à la Cour permettrait d’en arrêter une **liste exhaustive** et d’en définir un **mode d’emploi systématique**.

Le recours à un visa de principe par une chambre et à un visa de texte fictif par une autre constitue une **divergence** plus regrettable encore au sein d’une juridiction suprême chargée de dire le droit. Entre un principe et la loi, il est pourtant une différence non négligeable.

(262) Cass. com. 19 févr. 1991, pourvoi n° 89-14750, inédit.

(263) Cass. com 12 févr. 1991, Bull. civ. IV, n° 62, p. 42.

(264) Cass. com. 10 juill. 1990, Bull. civ. IV, n° 209.

La modeste réforme des habitudes préconisée sur ces deux points – publication et concertation – doit d’autant plus être entreprise qu’elle aura une conséquence favorable immédiate. En effet, lorsque les maux qui affectent l’expansion des visas de principe sont effacés, le principe visé connaît une gloire juridique.

75. – La gloire du principe visé. – Certains principes ont conquis une place insigne au sein de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Des principes, en premier lieu, sont d’application désormais systématique. Ainsi le « principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage », le principe de l’autorité au civil de la chose jugée au pénal et les « principes régissant l’enrichissement sans cause » sont couramment visés par l’ensemble des chambres de la Cour suprême.

La gloire du principe visé a surtout résulté ces dernières années des arrêts d’une formation prestigieuse : l’Assemblée plénière de la Cour de cassation. Deux arrêts ont en effet opté pour le visa de principe dans ce cadre solennel. Le premier, visant le « principe de l’indisponibilité de l’état des personnes », opéra un revirement de jurisprudence quant à la rectification de l’état civil des transsexuels (265). Le second intervint dans un contentieux de bagatelle mais en employant des termes d’une portée considérable : « *Vu le principe du respect des droits de la défense ; Attendu que la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel ; que son exercice effectif exige que soit assuré l’accès de chacun, avec l’assistance d’un défenseur, au juge chargé de statuer sur sa prétention* » (266).

Dans un arrêt antérieur d’une année, l’Assemblée plénière s’était déjà fondée sur les « *principes généraux du droit*, en ce qu’ils touchent notamment aux droits de la défense » (267) , pour rejeter un pourvoi. L’arrêt de 1995 a saisi l’occasion de hisser ce principe à son plus haut degré de formalisation.

IV. – ÉLABORATION JUDICIAIRE DU PRINCIPE : SEDIMENTATION JURIDIQUE ET DOUBLE INVENTION

76. – La sédimentation juridique qui préside à l’élaboration des principes présente des aspects (A) et engendre des conséquences théoriques (B) remarquables.

A. – Aspects de la sédimentation juridique

(265) Cass. ass. plén. 11 déc.1992, JCP G 1993, II, 21991, concl. M. Jéol, note G. Mémeteau, Petites affiches 17/3/1993, n° 33, note J. Massip, Defrénois 1993, art. 35502, p. 414, note J. Massip, RTD civ. 1993, p. 97, obs. J. Hauser.

(266) Cass. ass. plén. 30 juin 1995, JCP G 1995, II, 22478, concl. M. Jéol, D. 1995, 513, concl. M. Jéol, note R. Drago, Bull. inf. C. cass. 1/8/1995, p. 6, concl. M. Jéol, rapp.J.-P. Ancel (viole ce principe le conseil de l’ordre des avocats aux conseils qui a dit n’y avoir lieu à commission d’office d’un avocat pour représenter un demandeur dans une requête en rabat d’arrêts, voie de recours qui n’est en effet régie par aucun texte).

(267) Cass. ass. plén. 1^{er} juill. 1994, Bull. civ. ass. plén., n° 5, p. 9, Gaz. Pal. 1995, 1, 79, concl. M. Jéol.

77. – Un fondement en soi des principes. – Lorsque aucun fondement juridique ne permet à la doctrine de légitimer les effets d'un principe, elle se borne à invoquer, en ultime recours, l'ancienneté de la jurisprudence : « *Un moment vient où la répétition des arrêts a consolidé les applications jurisprudentielles d'un principe. On assiste alors à un double phénomène qui vaut d'être noté : si, comme il arrive très souvent, le principe n'a pas été expressément formulé par le législateur, on ne peut plus raisonnablement contester son existence ; en outre, ces applications jurisprudentielles d'un principe sont devenues de véritables règles juridiques. C'est une manifestation de ce qu'on a appelé le pouvoir prétorien de la jurisprudence. Que les règles dont il s'agit soient, ou non, des règles coutumières, ce n'est pas le lieu d'ouvrir une telle discussion. Ce qui est certain, c'est que ces règles s'imposent à la communauté juridique* » (J. Boulanger, *Principes généraux du droit et droit positif, Études offertes à G. Ripert, LGDJ, 1950, t. I, p. 51, spéc. n° 20, p. 66*).

Plus qu'une simple échappatoire rhétorique, le procédé reflète une conviction ancrée dans la conscience des Hauts magistrats.

Lors de la préparation du Code Napoléon, le **Tribunal de cassation** formula d'éloquents observations sur le Titre I du Livre préliminaire du projet de l'an VIII. Ce Titre, qui disparut du projet définitif avec le Livre qui le contenait, énumérait et définissait les différentes sources du droit : le droit des gens, le droit naturel, la coutume et la loi. Le Tribunal de Cassation déplora que la jurisprudence fût omise de l'inventaire : « *Il convient d'énoncer les jugemens dont la constante uniformité a toujours formé cette jurisprudence que tous les peuples admettent comme véritable supplément de la législation* » (268).

Or, le développement des principes de droit privé renforça considérablement cette intime conviction. Le **Premier président** Bellet, en 1980, ne doute pas un instant de la valeur créatrice d'une jurisprudence de caractère sédimentaire. Pour illustrer le rôle de « *paralégislateur* » que joue selon lui la Cour de cassation, il évoque trois constructions séculaires appartenant aux principes de droit privé : le grief de dénaturation, l'abus de droit et l'enrichissement sans cause. Et de conclure : « *affirmant ce qui ne pouvait être démontré, la Cour a édifié un monument de jurisprudence. (...) Je ne sais si ces magistrats se sont, au moment même de leurs décisions, aperçus de la hardiesse de leur attitude. Peut-être créaient-ils du droit, sans s'en rendre compte, tel Monsieur Jourdain faisant de la prose sans le savoir* » (P. Bellet, *Grandeur et servitude de la Cour de cassation, RID comp. 1980, p. 293, spéc. p. 295*).

Il est manifeste que, dans l'esprit des Hauts conseillers, la quête d'un fondement juridique rationnel constitue un effort parfaitement superflu en présence d'un principe ; celui-ci tire un titre de légalité suffisant de sa propre histoire jurisprudentielle. Rouast le constatait : « *la jurisprudence est alors si bien fixée qu'elle n'invoque plus aucun texte légal dans ses motifs et que les solutions sont cristallisées comme elles le seraient dans un texte de loi* » (269). **Le caractère sédimentaire ou cristallisé des principes leur tient lieu de fondement juridique. La sédimentation est le titre de légalité des principes.**

(268) P.-A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. II, p. 415.

(269) A. Rouast, Les grands adages coutumiers du droit des obligations, Cours de droit civil approfondi de DES, 1954, p. 9. Rouast songe ici aux principes formulés en adages.

78. – Troublante ancienneté des principes. – Le principe conçu par voie de sédimentation témoigne d'une certaine affinité avec la coutume. L'un comme l'autre procèdent d'une répétition lente et spontanée de pratiques, suivies pendant un long laps de temps et ressenties comme obligatoires.

Boulangier (art. préc.) refuse néanmoins de confondre la question de la nature coutumière des principes et celle de leur caractère incontestable. Ce choix est de bonne méthode : la reconnaissance de l'œuvre sédimentaire de la jurisprudence n'emporte pas reconnaissance de sa nature coutumière, même si l'expression de « jurisprudence coutumière » demeure attrayante pour les commentateurs des principes. Un bref recensement fait apparaître que neuf principes ou corps de principes apparurent entre 1797 et 1805 dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Ces patriarches sont :

- le principe selon lequel les juges d'appel ne peuvent aggraver le sort de l'appelant sur son unique appel est consacré dès 1797 (270) ;
- le principe *electa una via non datur recursus ad alteram* en 1802 (271) ;
- le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques en 1802 (272) ;
- le principe de la confusion des peines, avatar du principe de la proportionnalité de la sanction, en 1802 (273) ;
- le principe « nul en France ne plaide par procureur » en 1803 (274) ;
- le principe *error communis facit jus* (actuels « principes régissant l'apparence des actes juridiques ») en 1804 (275) ;
- les principes applicables en matière de compte courant en 1804 (276) ;
- le principe de la rétroactivité *in mitius*, en 1805 (277) ;
- le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil en 1805 (278) .

(270) Cass. crim. 22 frimaire an VI (13 déc. 1797), Jur. Gén. Dalloz, t. IV, 1846, V° Appel en matière criminelle, n° 371, p. 223. – Cass. crim. 16 thermidor an VI, Jur. Gén. Dalloz, préc., p. 223. – Cass. civ. 18 germinal an IX, reproduit par Merlin, Recueil alphabétique des questions de droit, t. I, 1827, V° Appel, t. V, p. 265. – Cass. civ. 11 fructidor an IX, reproduit par Merlin, *op. cit.*, p. 264.

(271) Cass. crim. 3 floréal an X (23 avril 1802), S. chr. 1791- an XII, 1, 629; Cass. civ. 18 messidor an XII, reproduit par: Merlin, *op. cit.*, t. XVI, 1826, V° Intervention, t. 2, n° I, p. 25; Cass. req. 17 nivôse an XIII, S. chr. an XIII-1808, 1, 52 (qui énonce: Ace principe a déjà été reconnu et proclamé par l'arrêt de la Cour du 29 thermidor an VII », arrêt dont il ne reste trace).

(272) Trib. cass. 16 thermidor an X (4 août 1802), S. chr. 1791-an XIII, 1, 677. – Cass. civ. 31 mars 1819, S. chr. 1819-1821, 1, 50.

(273) Trib. cass. 14 brumaire an XI (6 nov. 1802), Bull. crim. n° 28.

(274) Cass. civ. 21 brumaire an XII (14 nov. 1803), cité par Merlin, Recueil alphabétique des questions de droit, 4ème édition, 1829, t. XII, V° Prescription, t. XV, p. 47. – Cass. crim. 29 oct. 1824, Jur. Gén. Dalloz, t. XXV, 1849, V° Forêts, n° 422, p. 203.

(275) Cass. civ. 13 germinal an XII (4 avril 1804), Jur. Gén. Dalloz, t. XXX, 1853, V° Loi, n° 533-2°, p. 209. – Cass. req. 30 août 1808, S. chr. an XIII-1808, 1, 573.

(276) Cass. civ. 6 frimaire an XIII (28 nov. 1804), Jur. Gén. Dalloz, t. XI, 1849, V° Compte courant, n° 52, p. 582. – Cass. req. 22 juin 1822, Jur. Gén. Dalloz, t. XI, 1849, V° Compte courant, n° 99, p. 591.

(277) Cass. crim. 24 ventôse an XIII (17 mars 1805), S. chr. an XIII-1808, 1, 86. – Cass. crim. 15 mars 1810, cité par Merlin, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 5e éd., t. XXIII, 1827, V° Peine, p. 85.

Toutefois, l'étude des derniers principes visés pourrait indiquer une accélération du processus d'édification. La Cour de cassation tend à accueillir dans ses visas des principes qui ne sont inscrits que depuis quelques décennies dans sa jurisprudence. Ainsi, « le principe selon lequel la responsabilité du salarié n'est engagée envers son employeur qu'en cas de faute lourde » trouve son origine dans deux arrêts de la chambre sociale de 1958 (279).

79. – Vertus du principe induites par sa sédimentation. – Le caractère sédimentaire du principe induit en lui deux vertus indissociables : la stabilité et la continuité normatives. Les principes se présentent comme les garants de la pérennité d'un système juridique qui, en définitive, ne peut plus se définir sans eux. Le phénomène a été observé de façon pertinente par F. Ewald : « Les principes généraux du droit ont d'abord pour fonction d'assurer la continuité et la stabilité de l'ordre juridique. Pour employer un vocabulaire d'historien, leur invention a correspondu à la nécessité de réintroduire la "longue durée" dans la vie du droit. D'équilibrer la temporalité de plus en plus courte des sources traditionnelles du droit, par une temporalité normative beaucoup plus lente, sans laquelle le système juridique ne jouirait plus de cet élément de durée nécessaire à sa propre existence. (...) La pratique des principes généraux du droit exprime une sorte de volonté de la société de se lier à elle-même à travers sa propre histoire, son héritage, son patrimoine juridique. (...) Ce qui caractériserait le droit, dans les sociétés occidentales, ce ne serait donc pas seulement d'assurer la résolution des conflits, mais de l'assurer de telle manière qu'elle donne lieu à une histoire » (280).

80. – Techniques de sédimentation. – Le processus de la sédimentation juridique est ardu à rationaliser. Deux techniques y contribuant se laissent toutefois décrire : l'élaboration à couvert et celle à rebours.

Lors de ses balbutiements en droit positif, un principe ne s'affiche jamais sous la forme limpide et autonome qu'il revêt au terme de son évolution. La Cour de cassation préfère généralement glisser son innovation juridique dans le giron d'une règle ou d'une institution légale préexistante afin d'acclimater progressivement sa présence en droit privé. La croissance initiale du principe s'opère alors sous le couvert d'une règle indiscutable. Cette dissimulation perdure jusqu'à ce que les juristes soient accoutumés à ses effets juridiques. Lorsque ces derniers sont communément admis, le principe, parvenu à maturité, se dépouille de son enveloppe légale et révèle au grand jour sa nature originale. Ainsi, le principe *contra non valentem agere non currit præscriptio* fut initialement appliqué sous les traits de « l'exception de force majeure », alors que celle-ci n'est qu'une cause éventuelle de l'impossibilité d'agir. De la même façon, l'autonomie de l'action de *in*

(278) Cass. civ. 1er brumaire an XIII (23 oct. 1805), S. chr. an XIII-1808, 1, 11. – Cass. req. 17 nivôse an XIII, S. chr. an XIII-1808, 1, 52. – Cass. req. 17 mars 1813, Jur. Gén. Dalloz, t. VIII, 1847, V° Chose jugée, n° 551, p. 461.

(279) Cass. soc. 19 mai 1958, Bull. civ. V, n° 613. – Cass. soc. 27 nov. 1958, D. 1959, 20, note R. Lindon, JCP G 1959, II, 11143, note J. Brèthe de la Gressaye, S. 1959, 33, RTD civ. 1959, p. 731, obs. H. et L. Mazeaud et 753, obs. J. Carbonnier.

(280) F. Ewald, L'État-Providence, Grasset, 1986, pp. 509-510.

rem verso fut consacrée en 1892 (281) après qu'elle fut longtemps travestie sous les traits d'une gestion d'affaires dénaturée (282), voire d'une stipulation pour autrui invraisemblable (283).

La seconde technique de sédimentation des principes procède à rebours. La Cour de cassation ne proclame jamais un principe avant d'en avoir composé le régime juridique. Bien au contraire, elle tranche les innombrables questions de détail que son application suscite jusqu'à ce que son régime soit suffisamment pourvu et stabilisé pour que le principe puisse être lui-même proclamé. Il n'y eut qu'une exception à cette démarche, qui en confirme d'ailleurs le bien-fondé : le principe de l'action de *in rem verso* fut proclamé à la fin du XIXe siècle avant même que son régime juridique ne soit esquissé ; cette proclamation prématurée et inconditionnelle d'une action fondée sur un enrichissement injuste représentait un véritable danger ; la Cour s'en avisa aussitôt qui, au bénéfice de plusieurs arrêts modérateurs, vint promptement grever la mise en œuvre de la nouvelle action de conditions matérielles et juridiques (au premier chef la condition de subsidiarité) ; les décennies ultérieures virent ensuite s'élever un monument prétorien, aujourd'hui complet et pavoisé des « principes régissant l'enrichissement sans cause ».

B. – Conséquence théoriques de la sédimentation juridique

81. – L'élaboration sédimentaire du principe emporte deux conclusions théoriques majeures. Le principe de droit privé n'est pas une norme arbitraire (1°). Le principe de droit privé n'est pas créé par le juge ni préexistant à son intervention : il est, à proprement parler, inventé par le juge (2°).

1° Les principes contre l'arbitraire

82. – L'ampleur de l'initiative du juge dans l'élaboration des principes dessine le spectre de l'arbitraire judiciaire. Mais, en réalité, tout concourt à l'éloigner. Le caractère sédimentaire du principe en est l'antidote absolu.

Les arrêts de la Cour de cassation procèdent par voie d'affirmation, et non de persuasion. À l'image de la loi, ils énoncent ce qu'est le droit sans en donner les raisons. Le style lapidaire de la Cour de cassation a essuyé de vives critiques. Derrière le silence de ses attendus, une certaine doctrine dénonce l'exercice d'un privilège régalien et un sentiment arrogant d'infailibilité, portant le plus grand préjudice aux justiciables et à la science juridique. Ces griefs auraient été formulés avec une violence accrue si leurs auteurs avaient eu connaissance du phénomène des visas de principe ! Dans ce cas de figure, en effet, la Cour de cassation ne feint pas même d'extraire la solution d'un

(281) Cass. req. 19 juin 1892, Patureau-Miran c/Boudier, DP 1892, 1, 596, S. 1893, 1, 281, note Labbé.

(282) Le bénéfice de la gestion d'affaires, volontaire et désintéressée par nature, était extensivement reconnu à celui qui avait géré involontairement et dans son intérêt personnel l'affaire d'autrui (Cass. req. 18 juin 1872, DP 1872, 1, 471. – Cass. req. 16 juillet 1890, DP 1891, 1, 49, note M. Planiol, S. 1894, 1, 19). Cette déformation connut d'ailleurs un regain au XXe siècle.

(283) Cass. civ. 2 déc. 1891, DP 1892, 1, 161, S. 1892, 1, 92. Un autre arrêt fonda l'action sur l'art. 1312 C. civ. : Cass. civ. 23 févr. 1891, S. 1895, 1, 78.

sylogisme artificiel : elle mutile purement et simplement la structure du raisonnement syllogistique en inventant la majeure inscrite dans le visa. L'absence de motivation juridique, où se tapit prétendument l'arbitraire du juge, atteint son paroxysme en présence d'un principe visé.

S'agissant des principes, leur mode d'élaboration sédimentaire est de nature à conjurer tout risque d'arbitraire. Il est inconcevable, en effet, qu'un principe conservé en droit positif durant un ou deux siècles ou, pour le moins, plusieurs décennies, soit totalement arbitraire. À supposer que sa consécration initiale ait paru immotivée et déraisonnable, l'épreuve du temps en a ratifié le bien-fondé. Puisqu'il a subsisté envers et contre toutes les mutations sociales ou juridiques, puisque le droit positif ne s'en est jamais départi, la nécessité absolue de sa présence en son sein est démontrée.

La reconnaissance du pouvoir des juges d'élaborer des principes est rare parce qu'elle effraie : « c'est un gouvernement de juges qui pourrait n'être pas sans danger », reconnaissent Marty et Raynaud (284). Mais l'expérience enseigne que les principes, au cours de leur sédimentation juridique, sont toujours maintenus par le juge du droit dans des « limites rassurantes » (285).

Aucun ne s'applique de manière irréfléchie, c'est-à-dire inconditionnelle. Plusieurs « dangereux spécimens » peuvent l'attester. Les « principes relatifs au droit de rétention » sont soumis à une condition fondamentale qui bride leurs virtualités destructrices : l'exigence d'un lien de connexité juridique ou matérielle entre la créance et la chose retenue ; la proposition doctrinale d'octroyer ce droit en équité pour en faire un complément de l'action de *in rem verso* ne fut jamais retenue. Bien au contraire, la jurisprudence délimite le champ de ces deux principes de façon similaire : la connexité entrave l'extension infinie du droit de rétention comme la subsidiarité entrave celle de l'action *de in rem verso*, pour la plus grande sûreté du système juridique. Fidèle à cet esprit de modération, la Cour de cassation n'admet qu'avec parcimonie l'exercice des recours-nullité, d'origine prétorienne, ouverts *contra legem* afin de sanctionner les atteintes les plus graves au principe du double degré de juridiction, notamment en droit des procédures collectives et dans le droit de l'arbitrage. Un dernier exemple peut être livré de principe dont les excès virtuels se sont trouvés tempérés par le lent dépôt sédimentaire des solutions jurisprudentielles : les principes régissant l'apparence des actes juridiques (théorie de l'apparence) auraient pu rendre lettre morte le droit des nullités. Il aurait suffi aux juges, pour valider tout acte juridique affecté d'une irrégularité, de se prévaloir d'une apparence quelconque ayant présidé à sa conclusion. Mais le risque de subversion de l'ordre juridique a été conjuré par la jurisprudence au cours de deux siècles de sédimentation juridique. Ces principes demeurent des « soupapes de sécurité » pour le juge.

En définitive, les principes de droit privé ne servent jamais l'arbitraire de l'autorité judiciaire dès lors que leur élaboration a suivi un processus sédimentaire.

83. – Certains principes, de surcroît, ont pour finalité première de **lutter contre l'arbitraire judiciaire**. Loin d'en préparer le lit, ils en condamnent l'éventualité. Tel est le cas des principes essentiels du droit processuel, au premier chef, le principe de la motivation des décisions de justice ou celui de la publicité des débats et des décisions judiciaires.

(284) G. Marty et P. Raynaud, Introduction générale à l'étude du droit, Sirey, 2e éd., 1972, n° 126, p. 234.

(285) G. Marty et P. Raynaud, *ibid.*

Le contrôle de la dénaturation des éléments de preuve (érigé en principe visé) qu'opère la Cour de cassation fut également institué au XIXe siècle pour réprimer la tendance des juges du fond à rendre une justice d'équité. Au travers de ce contrôle, écrivait Faye, la Cour régulatrice a obéi « manifestement à une révolte de conscience en présence des décisions rendues contrairement à ce qui lui apparaissait comme l'évidence même » (286).

Le phénomène n'est pas spécifique au droit privé. Le fait générateur des principes généraux du droit administratif a justement résidé dans la nécessité de lutter, après guerre, contre l'arbitraire du pouvoir réglementaire.

84. – Il est significatif que le grief d'arbitraire ne soit plus aujourd'hui formulé à l'encontre des principes de droit privé. D'abondantes contributions doctrinales ont éclairé leur connaissance et banni le spectre de l'arbitraire.

Le temps est révolu où Savatier pouvait écrire que le principe de la responsabilité du fait des choses illustre « *le rôle de gouvernement rempli par les juges* » ou clamer : « *quand il construit le droit, le juge l'établit toujours de manière à laisser à son propre arbitraire une place considérable* », son œuvre étant caractérisée par un « esprit de profonde humanité dégénéralant trop facilement en sentimentalité » et par une totale « *absence de plan d'ensemble* » (287)...

2° Le principe est une norme doublement « inventée »

85. – Toute réflexion consacrée aux principes juridiques doit passer sous les fourches caudines d'une éternelle question : quelle est la **nature des principes** ? Ce lieu commun de la théorie des principes se présente couramment sous la forme d'une alternative rigide : les principes sont-ils **créés par le juge ou pré-existent-ils** dans le système juridique à son intervention ? Le juriste se trouve sommé de choisir son clan. La première branche le guide vers une école de pensée pragmatique qui reconnaît au juge le pouvoir de construire des principes de toutes pièces. La seconde séduit les esprits plus idéalistes qui récusent la trivialité de cette dernière opinion et considèrent que le juge se borne à constater, à révéler la présence antérieure de principes. En somme, le débat est enfermé dans un dilemme : le juge est-il le législateur ou le greffier des principes ?

De fait, les auteurs, en général, ne reconnaissent pas au juge en la matière un rôle créateur mais seulement révélateur. Cette thèse doit être réfutée en trois temps.

86. – **Le principe n'est pas purement préexistant.** – La préexistence des principes est une conception qui n'a pas été forgée à la lumière des normes du droit privé mais en droit international public, à la lumière des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » que

(286) E. Faye, La Cour de cassation. Traité de ses attributions, de sa compétence et de la procédure observée en matière civile, 1903, réédition 1970, Librairie E. Duchemin, n° 169 bis, p. 191.

(287) R. Savatier, Le gouvernement des juges en matière de responsabilité civile, Recueil d'études en l'honneur d'Éd. Lambert, Sirey, LGDJ, 1938, p. 453, spéc. pp. 465 et 461.

mentionne l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice. Or, cette préexistence des principes ne traduit en ce domaine qu'une existence pure et simple dans les ordres juridiques nationaux. Elle ne signifie pas qu'il existe, au sein de ces derniers, des normes qui préexistent à leur reconnaissance par les tribunaux. Bien plus, à côté des « emprunts », le juge international dégage un « fonds propre » de principes, spécifiques à l'ordre international et inconnus des droits internes.

La thèse de la préexistence repose de toute manière sur un postulat précaire. Oppetit l'exprimait : « le juge ne crée pas ces principes, mais les révèle, car ceux-ci existent déjà dans le système juridique en raison de la complétude de ce dernier, qui exclut les lacunes » (288). Le juge se borne à révéler les principes préexistants dans le système juridique parce que la complétude de ce dernier rend superflue la création de normes nouvelles. Mais ce postulat est démenti par le droit positif. Il est acquis que les principes ne doivent leur existence dans l'ordre juridique ni à la loi ni à la coutume ni – encore moins, à un impalpable « esprit du droit » (V. *supra*, n° 10). Ils ne peuvent davantage être puisés directement dans le « donné idéal » (morale, équité, droit naturel ou ordre public) puisque celui-ci est extérieur à l'ordre juridique. Or, le juge n'est tenu qu'à l'observance du droit qui pré-existe à sa décision. Les considérations extra-juridiques l'inspirent mais ne le lient pas. La sanction est immédiate : si le principe n'existe pas dans l'ordre juridique avant que le juge ne statue, il ne lie pas ce dernier et ne pré-existe pas à la jurisprudence qui l'énonce. Le juge qui envisage de consacrer un principe ne se trouve confronté à aucune norme qui soit à la fois juridique et préexistante à sa sentence ; il ne découvre dans le droit positif aucune norme qui s'impose à lui et qu'il se bornerait à révéler. Seul le donné lui pré-existe, mais hors du droit, sans l'obliger.

L'allégation de la préexistence des principes n'est qu'une fiction, une vue de l'esprit propagée par un interprète qui souhaite dissimuler son œuvre créatrice. Ainsi, « *le Conseil d'État se défend fréquemment, dans ses déclarations officielles, d'être l'auteur des principes généraux du droit. Il se présente comme le serviteur d'un corps de règles non écrites qui s'imposent à lui de l'extérieur et qu'il "se borne à constater"* » (289). En particulier, lorsqu'il souhaite reproduire dans sa jurisprudence une règle légale inscrite dans un code de droit privé (Code civil ou Code du travail), inapplicable en droit administratif, il emploie une formule de style par laquelle il déclare faire application du « *principe général dont s'inspire* » le texte et non du texte même (sur ces principes dits instrumentaux, V. *supra*, n° 19 s.). La doctrine publiciste ne se laisse plus abuser : « la reconnaissance par le juge administratif d'un principe général représente de sa part une *œuvre créatrice* » (290).

87. – La double invention du principe par le juge. – Il convient de suivre une troisième voie et de répudier l'alternative classique de la préexistence ou création des principes.

Le principe n'est ni purement préexistant, ni purement créé. L'alternative s'est muée en un dilemme sclérosant. Préexistence et création doivent être cumulées pour conduire une description dualiste de la nature des principes. Un vocable sert idéalement ce projet.

(288) B. Oppetit, Les principes généraux dans la jurisprudence de cassation, Entretiens de Nanterre des 17-18/3/1989, Cah. dr. ent. 1989, n° 5, p. 14 s., spéc. p. 16.

(289) B. Jeanneau, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, Sirey, 1954, p. 123.

(290) B. Genevois, Rép. cont. admin. Dalloz, V° Principes généraux du droit, n° 26.

Le terme d'« **invention** » est ambigu : il désigne aussi bien l'action de créer quelque chose de nouveau que l'action de découvrir quelque chose de préexistant. Par là même, il désigne parfaitement le mode d'élaboration des principes, à condition de conserver toute son ambiguïté : l'invention est tout à la fois création d'un droit nouveau et découverte d'un droit préexistant.

Les administrativistes exposent que les principes généraux du droit ont un « caractère mixte » (291). Le juge constaterait l'opportunité d'appliquer un principe lors d'une « phase interprétative » avant de le consacrer lors d'une « phase créatrice » (292). Ainsi, il « constate et crée tout à la fois dans le même temps » (293).

Lorsqu'il énonce un principe, le juge judiciaire crée et découvre tout à la fois. En un mot, il invente le principe. Mais quelle est la teneur du corpus normatif qui préexiste et bride sa liberté créatrice ? Une dernière fois, il ne peut s'agir, d'une part, que de normes juridiques et, d'autre part, que de normes extra-textuelles. Mais que reste-t-il dans l'ordre juridique qui puisse lier le juge avant même qu'il ne statue ? Le **caractère sédimentaire** de l'élaboration des principes est la **clef de l'explication**.

88. – L'accumulation perpétuelle et progressive de solutions jurisprudentielles élève, par voie d'accroissement, des principes normatifs. Cette sédimentation fertile dépose, au fond du droit privé, un corps de solutions cristallisées qui finissent par lier le juge requis ultérieurement de statuer.

Ce qui préexiste en droit positif à l'intervention de tout magistrat, ce qui entrave sa liberté et sa volonté d'innover au temps où il statue, c'est le corpus normatif que la jurisprudence a attaché aux principes pour composer leur régime juridique. Le droit préexistant au juge est la jurisprudence sédimentée réglementant le principe mis en œuvre.

Il n'est pas question d'affirmer ici que le juge est lié par toute jurisprudence constante, assise avant qu'il ne statue. La jurisprudence qui préside à la construction des principes jouit d'une valeur bien supérieure. Son aspect sédimentaire lui confère une prééminence normative. Les principes sont « au sommet de l'œuvre jurisprudentielle et l'emportent en autorité » sur toute autre norme émanant du juge (294). Ils sont des « acquis jurisprudentiels », selon la formule de Monsieur Jestaz : l'acquis jurisprudentiel est « la solution dont l'abandon, sauf cataclysme, paraît inconcevable. (...) c'est, pourrait-on dire, de la jurisprudence superconstante » (295). La jurisprudence superconstante est précisément celle qui régit les principes et lie le juge.

89. – Mais comment l'écoulement du temps peut-il conférer une telle dimension à de simples opinions judiciaires ?

(291) G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, P.U.F, coll. Thémis, 12e édition, 1992, t. I, p. 475.

(292) J.-P. Chaudet, *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse*, préface J. Moreau, LGDJ, 1967, n° 154 s., p. 97 s.

(293) B. Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, 1954, p. 123.

(294) Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, préface G. Vedel, LGDJ, 1972, p. 252.

(295) Ph. Jestaz, *La jurisprudence constante de la Cour de cassation*, in « L'image doctrinale de la Cour de cassation », La doc. fr., 1994, p. 207.

L'enrichissement normatif procuré par une réglementation prétorienne, continûment accrue et confirmée, pare irrésistiblement les principes d'absolutisme : au fil de ses « rééditions successives », le principe échappe au juge qui, en pratique, se borne à recopier les attendus puis les visas de principe antérieurement édictés avant que d'ajouter éventuellement une pierre à l'édifice. Dans ce contexte, « *la jurisprudence ne maîtrise pas ses propres œuvres* » (296). Chaque fois qu'une situation juridique litigieuse entre dans leur champ d'application, « *le juge découvre littéralement les principes généraux, ce qui veut dire qu'il ne les invente pas, nourris qu'ils sont d'une histoire que le juge ne saurait réécrire en toute liberté* » (297) .

À cet instant, s'il est permis de s'exprimer ainsi, la chose sédimentée tient la chose jugée en l'état.

90. – Fausse alternative et processus circulaire. – L'élaboration du principe demeure toujours une invention, au double sens de ce terme.

Le juge est certes tenu au respect d'un droit qui préexiste au jour où il statue. Mais ce droit, qui recouvre la réglementation des principes cristallisée par la jurisprudence, n'est jamais que le fruit de l'activité créatrice de ses prédécesseurs. Tout juge qui connaît des principes s'abreuve à une source juridique qu'une chaîne séculaire de magistrats a auparavant alimentée.

Il est donc maladroit de présenter la question de la nature des principes sous les traits d'une alternative. Il n'est pas de création ou de découverte des principes. Il s'agit d'un processus circulaire : la création est découverte et la découverte création. Le juge découvre ce que d'autres juges ont créé mais, au cours de cette découverte, il contribue lui-même à la perpétuation, à l'amélioration et à l'accroissement du principe légué. Celui-ci n'aurait aucune existence juridique s'il n'avait été construit jadis et n'était toujours entretenu aujourd'hui.

91. – Au terme de ces développements, l'action du juge dans l'élaboration des principes s'avère primordiale. Leur nature est marquée de l'empreinte de la main de justice.

Mais les monuments jurisprudentiels n'ont pas été édifiés par le seul miracle d'une jurisprudence sédimentaire. La doctrine a exercé une influence capitale.

(296) Ch. Atias, L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé, JCP G 1984, I, 3145, n° 8.

(297) M. Delmas-Marty, Pour un droit commun, Seuil, 1994, p. 85.