

ILLUSTRATION DU DROIT MOU : LES AVIS DE LA COUR DE CASSATION, UNE CONCURRENCE A LA LOI ?

Emilia von Bardeleben
A.T.E.R. à l'Université Paris X-Nanterre

1. Peut-on envisager de classer les avis de la Cour de cassation¹ dans la catégorie droit mou et dans quelle mesure, à ce titre, pourraient-ils se présenter comme un nouveau type de concurrence faite à la loi ?

Pour traiter de cette question, il nous faut revenir sur la définition du droit mou. Il existe différentes définitions du droit mou². Dans le cadre de cette étude nous comprendrons le droit mou comme étant « une norme de portée générale non obligatoire et non contraignante », mais qui cependant serait dotée d'une certaine efficacité juridique de fait.

2. L'émergence relativement récente de nombreux cas de droit mou³ a suscité des interrogations. En effet, l'on peut se demander quelles sont les causes de l'apparition du droit mou. Doit-on en déduire que les techniques juridiques existant jusqu'à présent n'étaient plus suffisantes pour répondre aux besoins de nos sociétés actuelles ? Qui est à l'origine de ce phénomène, ou, autrement dit, qui a considéré qu'il fallait palier les lacunes laissées par les techniques juridiques traditionnelles ? Pourquoi était-il nécessaire de créer de telle norme : quelles sont leurs particularités, qu'est-ce qui les distingue de ce qui existait auparavant ? Quel besoin satisfont-elles que les autres techniques ne sauraient pas, ou seulement moins bien satisfaire ?

La loi (comprise dans son sens générique) étant la règle de droit⁴ principale régissant les rapports de société, c'est donc essentiellement comme une concurrence à celle-ci que le droit mou pu être perçu. Il semble alors pertinent de comparer les deux techniques, pour pouvoir les confronter et ainsi vérifier la possible substitution d'une technique à une autre.

¹ Cette procédure d'avis existe aussi devant Conseil d'Etat. Elle a été instituée par l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987.

² Il existe une certaine incertitude quant à la définition précise de ces termes. Ainsi, peut-on par exemple citer C. Thibierge qui distingue, pour sa part, trois possibles « facettes du droit souple : droit flou (sans précision), droit doux (sans obligation) et droit mou (sans sanction) [...] » « Le droit souple », RTDC 2003.

³ Selon Mme. Thibierge « les manifestations d'un droit mou [...] ne cessent de se multiplier depuis deux ou trois décennies, conférant à ce phénomène une ampleur croissante [...] » ; C. Thibierge, « Le droit souple », RTDC 2003 p. 599.

⁴ M. Carbonnier distingue en effet, deux grandes règles de droit : d'une part la loi et d'autre part la coutume. Il justifie l'existence de règles de droit par le fait que « dans toute société comme dans tout groupe, il faut un chef qui donne des ordres pour que la vie en société se déroule dans l'ordre. [...] la règle de droit est donc un ensemble de « préceptes de conduites extérieures proposés à l'homme [et qui] s'impose à lui sous la pression de la contrainte sociale ». L'auteur considère que c'est cette pression qui imprime à la règle de droit le caractère contraignant qui en est la principale caractéristique. M. Carbonnier, « Droit civil introduction », Puf, Thémis, droit privé, 25^{ème} éd. 1997, p. 22.

L'interrogation fondamentale que suscite l'apparition du droit mou étant son rapport à la loi, il nous faut brièvement rappeler ce que sont traditionnellement les caractères de la loi. Selon M. Bécane et M. Coudert, « *la généralité et la force obligatoire sont les deux traits qui caractérisent le plus fortement la loi prise dans son sens générique [...]* ». Ainsi, si « *la loi peut être définie comme « toute règle de droit voulue par l'Etat sous la sanction et sous la contrainte⁵ », deux éléments rendent compte de sa force obligatoire : la volonté qui la fait naître et la contrainte qui s'attache à son exécution.* Ces deux auteurs considèrent ensuite que le critère de généralité est ce qui permet de définir matériellement la loi. Cet élément signifie que la loi est « *une prescription qui ne vise ni un cas particulier, et actuel, ni telles personnes déterminées, mais qui est édictée par avance pour s'appliquer à tous les cas et à toutes les personnes entrant dans les prévisions abstraites du législateur⁶ ».*

3. La loi est donc une norme contraignante et générale (par opposition aux actes individuels). Le droit mou est, comme nous l'avons déjà signalé, une norme de portée générale non obligatoire et non contraignante », mais qui cependant est dotée d'une certaine efficacité juridique de fait. La question se pose lors de savoir dans quelle mesure les avis sont du droit mou ou autrement dit de savoir si les avis sont effectivement un procédé qui se distingue de la loi par certains aspects mais qui néanmoins peut produire les mêmes effets que la loi.

Les avis sont un mécanisme par lequel la Cour de cassation (saisie par une juridiction) interprète une loi dont le sens n'est pas évident pour la juridiction devant en faire usage⁷. Ce mécanisme est décrit à l'article L151-1 qui dispose qu'« *avant de statuer sur une demande soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation qui se prononce dans le délai de trois mois de la saisine. [...] L'avis rendu ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande. Il est communiqué aux parties [...]* ».

Peut-on déduire de cette présentation que les avis⁸ sont des normes de portée générale auxquelles l'on se soumet certes, volontairement mais aussi presque systématiquement ? S'il est possible de répondre par l'affirmative à cette question, nous pourrions en déduire que les avis appartiennent effectivement à la catégorie du droit mou, telle que nous l'avons définie.

⁵ M. Carbonnier, « Droit civil introduction », op. cit. [5] cité par M. Bécane et M. Coudert, « La loi » Dalloz 1994, p. 31.

⁶ Carré de Malberg cité par M. Bécane et M. Coudert, « La loi » op. cit. p. 45.

⁷ La saisine pour avis est une procédure qui a été instituée par la loi du 15 mai 1991 (voir l'article L 151-1 du code de l'organisation judiciaire) et dont « [...] l'objet est de permettre aux juridictions de l'ordre judiciaire civil [ainsi que pénale depuis la réforme du 25 juin 2001 (voir l'article 706-64 NCPC)] qu'elles soient du premier degré ou d'appel [...] de solliciter l'avis de la Cour de cassation lorsqu'elles sont soumises d'une demande soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litige ».

⁸ Il existe en effet des doutes quant à l'identification de la nature juridique de la procédure de saisine pour avis. M. Oppetit s'est par exemple interrogé sur la possible assimilation de cette procédure au système du rescrit. « La résurgence du rescrit », D. 1991, chron. 105

4. Par ailleurs, nous souhaitons relever dès à présent un autre élément qui singularise les avis : il s'agit d'un mécanisme créé par le législateur⁹. Ainsi, si les avis s'avèrent être effectivement du droit mou, il s'agira donc d'un cas de droit mou institué par le législateur.

Or, pourquoi le législateur créerait-il des normes qui feraient concurrence à la loi elle-même ? La crainte ou l'interrogation relative à cette question peut-elle être considérée comme démentie du seul fait de l'origine du droit mou ? L'on pourrait en effet peut être déduire de l'origine de la création des avis, que le droit mou ne doit pas nécessairement s'analyser comme une concurrence à la loi. En effet, il semble de prime abord invraisemblablement que le législateur institue une technique qui « porte atteinte » à la loi.

5. Cependant une autre analyse semble encore possible : le fait que le législateur consacre une forme de droit mou serait la manifestation d'un renoncement de sa part à régir certain domaine. En effet, cette consécration législative d'une probable forme de droit mou s'inscrirait dans le phénomène du déclin de loi¹⁰, et plus généralement dans le phénomène de remise en question du rôle de l'Etat. Autrement dit, le fait que le législateur puisse être éventuellement à l'origine de la création du droit mou, pourrait traduire une certaine valorisation du rôle de la volonté individuelle aux dépens du rôle de l'Etat?

Dans une première partie, nous chercherons à établir si la procédure de la saisine pour avis peut être assimilée à du droit mou et à identifier les raisons de la création de cette technique. Dans une seconde partie, nous analyserons les raisons pour lesquelles ce mécanisme semble particulièrement apte à atteindre les objectifs qui lui ont été assignés.

I Les avis : un droit mou au service de la sécurité juridique

Les avis appartiendraient à la catégorie « droit mou » en ce qu'ils répondraient à la définition matérielle de cette catégorie : le mécanisme décrit à l'article L 151-1 semble impliquer que les avis soient des normes présentant les caractères de généralité et d'abstraction¹¹. Ces caractères qui sont aussi ceux propres à la loi paraissent permettre que l'analogie soit faite entre les avis et la loi (A). La création de cette « nouvelle¹² » forme de

⁹ Comme nous l'avons déjà dit, la saisine pour avis est une procédure qui a été instituée par la loi du 15 mai 1991.

¹⁰ En effet « *une crise de la loi [se serait] ouverte à la fin du siècle dernier* » (M. Bécane et M Couderc, « La loi » op. cit. p 61). M. Mathieu (« La loi », Dalloz, Connaissance du droit, droit public, 1996, p. 77) synthétise la pensée de M. Burdeau en ces termes : *la loi perd de son prestige en se détachant de la règle de droit et en n'étant plus qu'un procédé de gouvernement parmi d'autres*. Dès lors, nous pensons que l'existence d'une concurrence au système législatif n'est plus choquante, puisque la loi en est en quelque sorte banalisée. Par ailleurs, on retrouverait peut être aussi l'idée que la revalorisation de la loi passerait par un système dans lequel on légifèrerait moins et de ce fait peut être mieux.

¹¹ S'il est certes possible de distinguer clairement le caractère général de la loi, de son caractère abstrait, nous souhaitons cependant suivre l'analyse de M. Terré, qui considère qu'il s'agit de deux éléments indissociables : « *au point de vue matériel, la loi se définit comme une règle abstraite : elle est formulée au sujet de situations typiques énoncées in abstracto. Ce caractère est lié à la généralité de la loi : la règle promulguée a un caractère général en ce qu'elle est destinée non un cas particulier mais une série de cas semblables susceptibles de se présenter* ». M. Terré « Introduction générale au droit, Précis Dalloz, 1991, n°150.

¹² La technique de l'avis ont été créée par la loi n° 91-491 du 15 mai 1991.

droit mou trouve sa justification dans la capacité particulière qu'aurait ce type de norme à limiter l'insécurité juridique que créent les lenteurs de la jurisprudence (B).

A Les avis participent du droit mou

6. La question de savoir s'il existe une autre autorité que l'autorité législative qui détiendrait un certain pouvoir normatif se pose depuis longtemps et suscite de nombreuses craintes. En effet, le pouvoir législatif est théoriquement le seul pouvant édicter des normes générales et abstraites ayant force contraignante.

7. Nous allons donc étudier la « physionomie » des avis afin de déterminer si nous sommes bien face à un nouveau type de droit mou c'est-à-dire en présence d'une concurrence à la loi de source juridictionnelle¹³.

D'après l'article L 151-1, l'avis est avant toute chose la réponse à une question de droit¹⁴. L'avis concerne l'interprétation d'un texte en particulier ou éventuellement d'un point de droit¹⁵ plus général¹⁶.

Il ne s'agit donc pas de trancher un litige et les faits peuvent paraître indifférents. Ainsi l'avis rendu serait abstrait, en ce qu'il donne le sens du droit *a priori* sans égards pour sa mise en œuvre concrète. Or, c'est précisément cette indifférence à l'égard des destinataires individualisés de la norme qui rappelle le caractère général de la loi. On peut à ce propos citer Rousseau¹⁷ qui écrivait : « *Quand je dis que l'objet des lois est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu, ni une action particulière.* »

Ainsi du fait de son caractère abstrait, le mécanisme des avis apparaît comme une possible concurrence à la loi en ce sens qu'il permettrait aux juges de créer des normes détachées du cas d'espèce. Les points qui doivent être examinés sont d'une part la réalité du caractère abstrait des avis ainsi que la signification exacte de la « généralité » de la loi et

¹³ Nous considérons qu'il est possible d'employer le terme de concurrence de source juridictionnelle en dépit du fait que la procédure de la saisine pour avis soit considérée comme « *une procédure dépourvue de caractère juridictionnel* » P. Chauvin, « La saisine pour avis », communication faite le 10 décembre 1993, lors du colloque « l'image doctrinale de la cour de cassation », La documentation française.

En effet, nous nous limitons à considérer que l'avis a une source juridictionnelle en ce qu'il émane d'une juridiction.

¹⁴ Voir l'article L 151-1 COJ qui dispose qu' « *avant de statuer sur une demande soulevant une question de droit nouvelle [...]* » .

¹⁵ On peut citer à titre l'exemple l'avis (n°02020009) du 10 juillet 2000 : La question ne vise expressément aucun texte de loi ; la Cour de cassation ne vise elle aussi aucun texte dans sa réponse : « *La preuve de ce qu'il a averti préalablement son client du caractère onéreux de sa prestation de service et du montant estimé ou du mode de calcul de la rémunération à prévoir lorsque l'acte accompli n'est pas tarifé incombe-t-elle à l'huissier de justice ? ; L'huissier de justice qui n'a pas exprimé cet avertissement à son client a-t-il droit à des honoraires ?* »_ [La Cour] *est d'avis que les deux questions appellent une réponse affirmative.*

¹⁶ « *L'avis doit porter sur une question de droit. La formule est assez souple : il est possible que l'avis concerne l'interprétation d'un texte, mais il semble également possible de concevoir plus généralement une question de droit ne visant pas expressément un texte* ». Jacques Raynard « Domaines et thèmes des avis » in « l'inflation des avis en droit », sous la direction de T. Revet, Etudes juridiques, 1998.

¹⁷ « *Le contrat social* », 1762.

d'autre part l'existence d'un pouvoir créateur des juges de par leur interprétation de normes préexistantes.

8. La crainte suscitée par le caractère abstrait de la procédure de la saisine pour avis n'est pas sans rappeler la question des arrêts de règlement prohibés par l'article 5 du Code civil¹⁸. Selon M. Terré, il faut comprendre l'article 5 comme « *interdisant au juge -même au juge de cassation- [...] de créer des normes et ce en dehors de tout litige. [Cependant], cela n'exclurait pas la création de normes prétoriennes dans le cadre de l'activité juridictionnelle. Reste que la motivation et la solution se rattachent à un cas, ce qui laisse place à l'apparition d'autres cas*¹⁹ ».

Mais peut-on réellement considérer que les avis sont complètement détachés des faits ? Pour M. Zénati, si *les arrêts de règlement étaient de véritables arrêts donnés sans le support d'une affaire, de manière totalement abstraite [...], c'est précisément ce qui les différencient des avis. En effet, ils considèrent que ceux-ci [...] ne sont pas le produit d'une interprétation abstraite. Ils sont donnés à l'occasion d'un procès et sont en partie le produit d'un débat contentieux*²⁰ [...].

De fait, la lecture des rapports des conseillers rapporteurs (et de l'avocat général) permet de constater qu'il y est toujours fait un rapport minutieux des faits ainsi que des problèmes et des implications dans le cas d'espèce²¹.

De ce point de vue, les avis semblent plus proches de la jurisprudence. Cependant, si la loi doit présenter les caractères de généralité et d'abstraction, c'est avant tout pour permettre sa large application à de diverses situations et de multiples individus.

Ainsi, plutôt que de s'attacher à la prise en considération des éléments d'espèce, il faudrait considérer que les avis sont des normes générales et abstraites dès lors que l'interprétation des textes, par la Cour de cassation, aura une portée allant au-delà du cas d'espèce.

L'on ne saurait donc dénier la qualité de droit mou aux avis prétexte pris de l'intérêt que la Cour de cassation porte aux faits.

9. En revanche, plus déterminant que le degré de généralité et d'abstraction de la norme, le pouvoir créateur de droit apparaît comme l'élément central permettant d'établir si les avis sont effectivement une concurrence à la loi.

Reprenons brièvement le raisonnement : la généralité de la loi est précisément ce qui permet que celle-ci soit appliquée à de nombreux et variés cas d'espèce. Si l'avis n'est pas abstrait en ce sens que les éléments de faits propres au litige sont communiqués à la Cour de cassation, doit-on pour autant en déduire que l'interprétation donnée par la Cour ne sera pas suffisamment générale pour être détachable du cas d'espèce?

¹⁸ « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises ».

¹⁹ F. Terré « Introduction générale au droit », Précis Dalloz 5ème éd. 2000.

²⁰ F. Zénati « la saisine pour avis de la Cour de cassation », Sirey 1992 32ème cahier, chronique.

²¹ Cela s'explique d'ailleurs par le fait que « *l'instruction des demandes est aussi minutieuse que celle d'un pourvoi porté devant l'Assemblée plénière de la Cour. Le rapporteur est aidé et assisté par un auditeur du S. D. E. et, très souvent, la note préparée par le rapporteur lui demande autant d'effort qu'une note d'Assemblée plénière. On peut en dire autant pour les conclusions de l'avocat général* ». Exposé de M. Jean Buffet devant les premiers présidents de cour d'appel réunis à la Cour de cassation le 29 mars 2000 ; « La saisine pour avis de la Cour de cassation », www.courdecassation.fr.

Il semble évident qu'il faille répondre par la négative à cette interrogation. La connaissance et la prise en considération des éléments de fait n'altèrent pas le fait qu'il s'agit d'analyser le sens d'un texte qui trouvera à s'appliquer dans de nombreuses et différentes situations. Ainsi le véritable enjeu se situe ailleurs. Il faudrait déterminer si par son pouvoir d'interprétation le juge acquiert un pouvoir créateur de droit assimilable à celui du législateur.

Le débat dépasse donc le problème des avis, puisque la question se pose en des termes identiques en ce qui concerne la jurisprudence de la Cour de cassation. Nous ne souhaitons pas entrer plus dans ce débat qui a fait l'objet de très nombreuses analyses doctrinales²². En effet, il a pu être soutenu que « *le pouvoir de statuer generaliter... [doit être]...dénier au juge,[en ce sens qu'il] ne peut, en fait de droit, créer que du droit d'espèce. C'est en ce sens et pour ce motif qu'il faut énergiquement affirmer que la jurisprudence ne saurait aucunement être envisagée en France comme une source générale de droit positif*²³ ». La majorité de la doctrine se prononce aujourd'hui en sens inverse : « *Il est par ailleurs possible de soutenir que la Cour de cassation et plus généralement les Cours suprêmes remplissent une mission législative en donnant une interprétation officielle des textes qui emprunte à la loi ses caractères de généralité et de contrainte*²⁴ ».

C'est donc à l'occasion de l'interprétation des textes de loi que le pouvoir créateur et concurrentiel à la loi des juges se manifeste²⁵.

Ainsi donc, ce qui confère à une norme sa généralité et de ce fait, sa capacité à s'analyser en un mode de concurrence possible à la loi, apparaît résider dans le pouvoir créateur de celui qui l'édicte.

Ce pouvoir découlant de l'interprétation de la loi en la matière, il devient à notre avis, possible d'assimiler les avis, tout comme la jurisprudence²⁶ à du droit mou. C'est donc ce pouvoir d'interprétation finale de textes qui matérialise le pouvoir créateur de droit de la Cour à l'occasion des avis et c'est le caractère détachable du cas d'espèce de ses interprétations qui leur confère le caractère de norme générale et abstraite.

La force de ce pouvoir accordé à la Cour de cassation se justifie par les exigences de sécurité juridique. Il nous faut donc examiner la réalité de cette nécessité ainsi que la capacité des avis à atteindre le but qui leur est assigné.

²² Voir par exemple, M. Dupeyroux « La jurisprudence source abusive de droit » Mélange Malaury, II, p. 349, et « La doctrine française et le problème de la jurisprudence » Etude Marty, 1978, ou encore Belaid « Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, 1974.

²³ Carré de Malberg Contribution à la théorie générale de l'Etat, t. 1, p. 744 et 745, cité par L. Bach : « jurisprudence », Rep. civ. Dalloz.

²⁴ F. Zénati « la saisine pour avis de la Cour de cassation », Sirey 1992 32ème cahier.

²⁵ « *L'analyse de la nature de l'acte d'interprétation [...] révèle, en effet, que l'interprétation est un acte de connaissance, mais aussi un acte de volonté. [...]comme cela arrive le plus souvent, ne serait-ce qu'en raison de l'ambiguïté d'un mot, l'interprétation par voie de connaissance conduit à plusieurs solutions possibles. Or comme une seule de ces solutions doit être retenue, c'est par un acte de volonté que le juge choisira sa solution parmi celles que l'interprétation à base de connaissance lui aura révélée comme possibles [...]._De ces éléments, L. Bach déduit que « l'interprétation (stricto sensu) de la loi est donc le plus souvent, source pour le juge de pouvoir créateur de droit ».* L. Bach : « Jurisprudence », Rep. civ. Dalloz n° 118.

²⁶ L'assimilation de la jurisprudence à du droit mou semble d'autant plus vraisemblable que celle-ci en plus de revêtir les caractères de généralité et d'abstraction, n'est dotée le plus souvent que d'une autorité de fait. En effet, si l'on peut considérer que les décisions de la Cour de cassation constituent « *une jurisprudence unique et officielle revêtant les traits de généralité et de contrainte caractéristiques de la loi* » F. Zénati, article op. cit.),il faut cependant rappeler que pour un certain nombre d'auteur, « *s'il apparaît que la jurisprudence est une autorité, il s'avère aussi qu'elle n'est qu'une autorité de fait.* » (L. Bach, « Jurisprudence », op. cit. n° 209). Il semble donc bien que l'on puisse retrouver les caractères du droit mou dans la jurisprudence.

B les avis participent à la sécurité juridique

10. Selon les termes de J. Buffet, le mécanisme de la saisine pour avis « *répond à un double objectif : permettre une unification plus rapide de l'interprétation de la règle de droit ou plutôt des règles du droit nouvelles ; assurer la prévention du contentieux, des voies de recours, parce que, tout de suite, la portée de la loi est dite par la juridiction qui a le dernier mot*²⁷ ».

Le recours, par le biais des avis, à un mécanisme de type droit mou est donc censé permettre garantir une sécurité juridique accrue²⁸. Les incertitudes liées aux lenteurs de la formation de la jurisprudence devraient pouvoir être dissipées et l'interprétation « correcte²⁹ » des textes nouveaux donnée dès les premières mises en œuvre de ces textes³⁰.

Nous souhaitons ainsi vérifier si ce nouveau type de normes est effectivement plus à même d'atteindre les objectifs qui lui sont assignés, que ne le feraient les mécanismes « traditionnels³¹ » du droit.

Il nous faut donc étudier quelques avis portant sur des textes nouveaux. Nous pourrions ainsi établir si le sens des textes litigieux est donné peu de temps après leur entrée en vigueur, si l'information donnée par la Cour de cassation est claire et fiable.

Il faudra enfin se demander quelle est, le plus souvent, la nature des questions posées afin d'établir si ce type d'instrument ne paraît pas plus apte à atteindre les objectifs fixés dans certains cas particuliers uniquement.

Dans cette optique, nous avons passé en revue un peu plus de quatre années d'avis (de 2000 à 2004).

11. Le premier point déterminant est donc de vérifier si par le biais des avis, la Cour de cassation se prononce régulièrement sur des textes relativement nouveaux. Il s'agissait comme nous l'avons déjà dit plus haut d'un des objectifs principaux de la loi. Nous avons considéré arbitrairement qu'un texte est encore nouveau lorsqu'il est entré en vigueur depuis quatre années au maximum.

En 2004, sur trois avis, deux avis³² ont porté sur des textes légaux promulgués moins de quatre années précédant la saisine. En 2003, aucun avis n'a porté sur un texte de moins de

²⁷ Exposé de M. Jean Buffet devant les premiers présidents de cour d'appel réunis à la Cour de cassation le 29 mars 2000 ; « La saisine pour avis de la Cour de cassation » op. cit.

²⁸ « *La finalité du dispositif est de renforcer la sécurité juridique des usagers du droit en prévenant les contentieux qui seraient susceptibles de naître de la portée incertaine d'une nouvelle norme juridique et partant d'accélérer le cours des procédures* » L. Cadiet JCP 1992, I, 3587.

²⁹ Il faut comprendre par là l'interprétation qui sera retenue en dernier lieu puisqu'elle émanera de la plus haute juridiction.

³⁰ De nombreux auteurs se sont prononcés de manière favorable quant à la création du mécanisme de la saisine pour avis. On peut par exemple encore citer J. Boré qui semble considérer comme indispensable la création d'un mécanisme de ce type car « *nul ne peut contester que l'on ressente aujourd'hui le besoin d'une formation plus rapide du droit interprétatif* ». « La cassation en matière civile » Dalloz, 1997, n° 325.

³¹ Cependant, il nous semble que la jurisprudence qui est un mécanisme traditionnel du droit peut être assimilée à du droit mou. Cette question, en dépit de son importance, n'étant pas l'objet de la présente étude, nous ne la développerons pas.

quatre ans. En 2002, sur huit avis, un seul avis³³ a porté sur un texte entré en vigueur moins de quatre années auparavant ; en 2001 sur huit avis, trois avis³⁴ ont porté sur un texte entré en vigueur moins de quatre années auparavant et enfin, en 2000 sur 13 avis, un seul avis³⁵ a porté sur un texte entré en vigueur moins de quatre années auparavant.

Il ne semble pas se dessiner de grandes tendances, le nombre de textes récents ayant fait l'objet d'une procédure d'avis étant très fluctuant selon les années. Cependant, plusieurs éléments peuvent expliquer cette « absence de constance ». Premièrement, il n'est pas promulgué toutes les années le même nombre de textes. Deuxièmement, la qualité rédactionnelle des textes est variable, ce qui rend l'interprétation plus ou moins nécessaire. Troisièmement, et il s'agit probablement de l'élément le plus important, le juge n'a pas une maîtrise complète de la saisine pour avis.

En effet, si les juridictions ont bien le monopole de la saisine pour avis, encore faut-il qu'il y ait eu à l'occasion du litige *une demande soulevant une question de droit nouvelle*³⁶ [...]. Ainsi donc, puisque « *le juge doit avoir été appelé à statuer sur une demande, il faut [...] que la question se soit posée à l'occasion d'un procès [...], [mais surtout], que la question de droit litigieuse ait été évoquée par les parties au litige*³⁷ ». Cela signifie qu'un texte ne pourra faire l'objet d'une saisine pour avis que si un litige s'est élevé à son sujet, or la création d'un contentieux impliquant la mise en œuvre d'un texte nouveau ne saurait être immédiate. Ensuite, s'il n'est pas nécessaire que les parties aient suggéré qu'il soit procédé à une saisine pour avis³⁸, il faut néanmoins que par le biais de leur demande la question de droit litigieuse soit évoquée.

Il existe donc un nombre certain d'obstacles (liés essentiellement au caractère juridictionnel de la saisine) empêchant le juge d'élucider le sens d'un texte dès son entrée en vigueur.

Cependant, du point de vue de la sécurité juridique, il nous semble que ces obstacles ne soient pas du tout problématiques. C'est, en effet, uniquement lorsque les litiges rendant nécessaire la mise en œuvre d'un texte obscur se multiplient, qu'il est impératif d'en connaître le sens exact. Or, dans ces cas là, les conditions de mise en œuvre de l'article L 151 peuvent être réunies. Il importe donc peu, ou moins, que le sens exact des textes de lois soit connu dès la promulgation de celles-ci.

³² Avis n° 0040002P Domaine général : sécurité sociale ; article 4, aliéna 2 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 ; effet de l'omission d'une mention sur les mises en demeure de l'URSSAF.

Avis n° 004 0001P ; domaine général, poids du dossier d'assistance éducative dans la décision du JAF quant à l'exercice de l'autorité parentale ; Art. 1187 NCPC, dans sa rédaction issue du décret n°2002-361 du 15 mars 2002.

³³ Avis n° 0020006P ; domaine général : champ d'application dans le temps de la loi du 4 mars 2002 sur le droit des malades.

³⁴ Avis n° 010008 P ; domaine général : champ d'application dans le temps de la loi n° 2000-596 du 30 juin 2000 concernant la prestation compensatoire en matière de divorce.

Avis (2) n° 0010006 P ; domaine général : pouvoir du juge en matière d'accord de délai de paiement lorsque le bailleur est soumis aux règles de la comptabilité publique.

³⁵ Avis n° 02020007 ; domaine général : procédure civile, force (portée) des renvois à des écritures précédentes dans les conclusions soumises aux prescriptions de l'article 954 al. 2 NCPC.

³⁶ Article L 151-1 NCPC : « avant de statuer une demande soulevant une question de droit nouvelle [...], les juridictions [...] peuvent [...] solliciter l'avis de la Cour de cassation [...] ».

³⁷ Exposé de M. Jean Buffet devant les premiers présidents de cour d'appel réunis à la Cour de cassation le 29 mars 2000 ; « La saisine pour avis de la Cour de cassation » op. cit.

³⁸ En effet, comme le soulevait L. Cadiet, « [...] la saisine de la Cour de cassation est à la discrétion exclusive des juges du fond ; c'est une simple faculté qui leur est offerte, alors même qu'elle serait sollicitée par les parties.[...] » L. Cadiet JCP 1992 op. cit.

12. Le deuxième point important qu'il faut examiner, est la nature des questions posées. Nous pouvons déjà affirmer à la lecture des quatre dernières années d'avis que tous les domaines peuvent faire l'objet de cette procédure dès lors qu'un texte nouveau entre en vigueur.

Nous constatons que les questions relatives aux textes nouveaux sont dans l'ensemble très précises et relativement techniques. La Cour de cassation y répond d'ailleurs avec la même précision et la même concision. Elle ne se prononce jamais explicitement sur le sens général de la loi.

Les lois qui font l'objet d'une saisine très peu de temps après leur entrée en vigueur suscitent le plus souvent des interrogations concernant leur champ d'application. On peut citer à titre d'exemple l'avis n° 0020006P du 11 novembre 2002 relatif au champ d'application dans le temps de la loi du 4 mars 2002 sur le droit des malades, ou encore l'avis n° 010008 P du 8 octobre 2001 relatif au champ d'application dans le temps de la loi n° 2000-596 du 30 juin 2000 concernant la prestation compensatoire en matière de divorce.

Quant aux questions portant sur le sens d'une disposition de droit matériel d'un texte de loi récent, elles sont toujours d'une extrême précision et la Cour de cassation se contente toujours de répondre strictement et très clairement à la question posée. Afin d'illustrer notre propos³⁹ nous nous contenterons de reproduire une question et l'avis de la Cour de cassation s'y rattachant : avis n° 02020007 du 10 juillet 2000 en matière de procédure civile.

« Les dispositions de l'article 954 alinéa 2 du NCPC, dans leur rédaction issue du décret n°981231 du 28 décembre 1998 doivent-elles être interprétées en ce sens que doivent être réputées abandonnées les prétentions et moyens auxquels une partie s'est référée dans les dernières conclusions, soit par renvoi général, soit par renvoi exprès et précis à de précédentes écritures ? »

[La Cour :]

Est d'avis que, dans les conclusions soumises aux prescriptions de l'article 954 alinéa 2 du NCPC, toute formule de renvoi ou de référence à des écritures précédentes ne satisfait pas aux exigences du texte et est dépourvue de portée ».

Les avis semblent donc permettre une interprétation rapide des dispositions litigieuses et obscures de textes de loi récents. Cependant, il ressort des avis rendus entre 2000 et 2004 que les questions posées ne soulevaient pas de débats doctrinaux importants. Il s'agissait soit de délimiter le champ d'application dans le temps des textes nouveaux, soit d'analyser une disposition ambiguë et particulière.

La mécanique des avis semblent donc particulièrement appropriés pour ce type de question en ce qui concerne les textes nouveaux. Ils complètent à ce niveau parfaitement le droit dur, c'est-à-dire la loi qui est interprétée.

En revanche, pour les cas juridiques faisant l'objet de débats plus vifs, il semble que les avis ne puissent se substituer à un autre type de norme juridique : la jurisprudence. En effet, la maturation nécessaire à l'élaboration de nouvelles normes de droit semblerait mal se concilier avec la rapidité de la procédure de la saisine pour avis.

³⁹ Il aurait aussi été possible de reproduire l'avis du 1^{er} mars 2004, relatif aux pouvoirs du juge en matière d'exercice de l'autorité parentale, ainsi que celui du 22 mars 2004, dans le domaine de la sécurité sociale ; ou encore l'avis du 29 juin 2001 relatif au pouvoir du juge en matière de loyer, ainsi que celui du 10 juillet 2000 explicitant la portée et la force des exigences posées à l'article 954 al. 2 NCPC.

Ainsi, les avis, illustration d'un type de droit mou, peuvent-ils bien être considérés comme une concurrence à la loi : en effet, par le biais de l'interprétation de la loi, les juges acquièrent toujours un certain pouvoir créateur de droit. De plus, l'interprétation d'un texte, par la plus haute juridiction dont la mission est précisément l'unification du droit⁴⁰, s'impose naturellement et parfois aussi juridiquement⁴¹ comme nous le démontrerons plus précisément par la suite. De ce fait, l'interprétation de la loi est détachable du cas d'espèce, et revêt un pouvoir normatif indiscutable.

Cependant, les avis dont la mission est d'accroître la sécurité juridique à laquelle les lenteurs de la jurisprudence portent atteintes, semblent essentiellement atteindre cet objectif, lorsque les questions sont précises et plutôt techniques.

13. Dès lors, cette force normative, cette concurrence à la loi par le biais des avis doit-elle être considérée comme néfaste en ce qu'elle conduirait à une certaine confusion des pouvoirs⁴² ?

Pour démontrer qu'en matière d'avis, le droit mou complète la loi plus qu'elle ne la concurrence véritablement, nous étudierons l'autorité de fait qui est propre au droit mou (**A**), ainsi que la vraisemblable impossibilité de créer, par le biais des avis, de nouvelles grandes lignes directrices du droit indépendantes d'une loi préexistante (**B**).

II Les avis : un droit doté d'une autorité de fait complémentaire de la loi

A Les avis, une autorité de fait portée par les destinataires de la norme

14. Les avis peuvent être considérés comme s'apparentant à la loi dans la mesure où toute interprétation d'un texte de loi est nécessairement créatrice de droit. Ainsi, en matière d'avis, le caractère précis et souvent technique des réponses données par la Cour de cassation

⁴⁰ Cette mission de la Cour de cassation est unanimement reconnue bien qu'elle ne soit expressément consacrée par aucun texte. On peut citer à ce sujet J. Chevreau qui constatait que « *dire de la Cour de cassation qu'elle a pour mission de maintenir sur tout le territoire, une application uniforme de la loi et de la jurisprudence, [...] paraît aller de soi* [pourtant] [...] *aucun texte n'attribue expressément une telle mission à la Cour de cassation. Pas plus les textes originaux de la période révolutionnaire que les plus récents ; pas plus la Constitution que les lois ordinaires [...]* ». « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit » in « L'image doctrinale de la Cour de cassation » ; actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, édition La documentation française, p.85.

⁴¹ Nous visons ici la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, s'il existe en la matière un droit pour le juge de renvoi à ne pas se conformer aux décisions de la Cour de cassation, l'on sait que ce droit n'existe plus dès lors que l'assemblée plénière de la Cour de cassation se sera prononcée (L. 131-4 al. 2, C. org. jud.) : En effet, « *le juge de renvoi peut toujours résister à la doctrine de la Haute juridiction* » [...] *Le pourvoi qui sera alors formé, s'il reprend les moyens déjà soulevés dans le cadre de la première instance cassation, sera examiné par l'assemblée plénière de la Cour de cassation (art. L. 131-2 al. 2 in fine, C. org. jud.). La juridiction de renvoi qui sera saisie après cette seconde cassation devra alors s'incliner, c'est-à-dire se conformer à la doctrine de l'assemblée plénière (art. L. 131-4al.2, C. org. jud.)* Dalloz Action procédure civile.

⁴² En effet, selon J. Gicquel ne sont « *qualifiés pour édicter des règles de droit [...]* que les pouvoirs publics en tant qu'expression de la volonté majoritaire [...] ». [Par ailleurs il considère que le juge dont la mission est l'interprétation du droit] *n'est aucunement qualifié pour créer la norme juridique* ». J. Gicquel, « Droit constitutionnel et institutions politiques », Montchrétien, Domat droit public, 16^{ème} ed. 1999.

ne remet pas en cause le pouvoir normatif détenu par la Cour de cassation lorsqu'elle se prononce sur le sens d'un texte.

Cependant, ce pouvoir créateur a-t-il une portée équivalente à celle de la loi ? Pour que cela soit le cas, il faudrait que les avis aient un caractère juridiquement contraignant⁴³. Or selon l'article L 151-1 COJ, la saisine pour avis reste toujours une faculté pour le juge et l'avis rendu ne le lie pas⁴⁴.

Ainsi donc, comme le soulignait L. Cadet « *c'est une grande souplesse qui caractérise le régime de cette procédure[...]. En premier lieu la saisine est à la discrétion exclusive des juges du fond ; c'est une simple faculté qui leur est offerte, alors même alors même qu'elle serait sollicitée des parties[...]. [...] [L'avis] n'a aucune autorité à l'égard des parties en cause qui en toute hypothèse conservent le droit de se pourvoir en cassation dans les formes habituelles contre le jugement prononcé, ni à l'égard des autres juridictions qui seraient saisies des mêmes questions*⁴⁵ ».

A priori, il existe sur ce point une différence fondamentale avec la loi dotée d'une force obligatoire à l'égard de tous. Mais, comme nous l'avons déjà souligné à plusieurs reprises, cette absence de force obligatoire légale conciliée avec un pouvoir de fait est précisément ce qui caractérise le droit mou. En effet, et c'est en cela qu'il apparaît comme une possible concurrence à la loi : en dépit de son caractère juridiquement non contraignant, le droit mou est doté d'une autorité de fait incitant les destinataires de la norme à s'y conformer spontanément.

15. Le « pouvoir contraignant de fait » des avis possède différents fondements. Avant toute chose, le prestige de l'autorité dont émane l'avis impose le respect et la confiance en l'interprétation donnée.

En effet, selon l'article L. 151-2 COJ « *la formation de la Cour de cassation qui se prononce sur la demande d'avis est présidée par le premier président. Elle comprend, en outre, les présidents de chambre et deux conseillers désignés par chaque chambre spécialement concernée. [...] Elle ne peut siéger que si tous les membres qui doivent la composer sont présents* ».

De plus, « *l'instruction des demandes est aussi minutieuse que celle d'un pourvoi porté devant l'Assemblée plénière de la Cour*⁴⁶ »

Il résulte de ces constatations, que cette formation de la Cour de cassation « *s'apparente à l'Assemblée plénière* », [et que, de ce fait, les avis rendus par cette formation] *ont nécessairement une grande autorité*⁴⁷ [...].

⁴³ Nous souhaitons rappeler ici brièvement que la loi peut faire l'objet d'une définition formelle. Ainsi pourrait être loi « *tout ce qui est juridiquement obligatoire* » (Dictionnaire juridique Cornu), ou encore toute norme « *traduisant la primauté de la volonté de celui qui l'édicte sur celle des individus tenus de s'y soumettre* » (G. Burdeau, op. cit.)

Par ailleurs, il nous faut rappeler l'origine de la force obligatoire de la loi : Selon les termes de J. Gicquel (manuel op. cit), *la promulgation ou l'acte de naissance de la loi [conduit à ce que] la loi, ainsi authentifiée, soit rendue exécutoire ; sa publication ultérieure au journal officiel la rend opposable aux citoyens* ».

⁴⁴ « *Avant de statuer sur une demande soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par un décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation qui se prononce dans le délai de trois mois de la saisine. [...] L'avis rendu ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande. Il est communiqué aux parties [...]* ».

⁴⁵ L. Cadet JCP 1992, I, 3587.

⁴⁶ Exposé de M. Jean Buffet « La saisine pour avis de la Cour de cassation », op. cit.

Enfin, cette autorité est accrue et consacrée par le fait que les avis peuvent faire l'objet d'une publication au Journal Officiel⁴⁸.

16. Ainsi, eu égard à ces différents éléments il ne semble pas douteux que le juge du fond sollicitant un avis de la Cour de cassation s'y conformera naturellement⁴⁹. L'obligation pour le juge du fond de s'y soumettre apparaît presque comme une obligation morale ou professionnelle⁵⁰.

Il apparaît que ce qui confère leur force de fait aux avis, sont, d'une part l'autorité dont émane l'avis, et d'autre part, la volonté de se soumettre des juges du fond dès lors qu'ils sollicitent un avis.

C'est donc précisément l'absence de contrainte légale qui confère leur force de fait aux avis. En effet, la saisine n'étant pas obligatoire, le choix d'y recourir traduit implicitement mais nécessairement la volonté de s'y soumettre du juge à l'origine de la demande. Le droit mou acquiert donc une force contraignante de fait produisant les mêmes effets que la force légale qui est attachée à la loi. Ainsi, la saisine pour avis peut, précisément, être considérée comme une concurrence à la loi, parce qu'il s'agit d'une procédure souple dépourvue de force contraignante légale.

La soumission à la règle de droit à d'autant plus de portée et de force qu'elle est fondée sur la volonté de s'y soumettre.

On peut donc considérer que le mécanisme des avis, en ce qu'il est un mécanisme de droit mou dépourvu de force obligatoire, est un mécanisme particulièrement adapté à la mission qui lui est conférée.

Cependant, si les avis semblent pouvoir effectivement accroître la sécurité juridique en ce qu'ils permettent que soit connu plus rapidement le sens de la loi lorsque le juge du fond considère que cela est nécessaire, ne mettent-ils pas en danger indirectement un des fondements de la démocratie ?

En effet, nous considérons que le juge acquiert un véritable pouvoir créateur de droit par les interprétations qu'il donne et par la force de contraignante attachée à ses interprétations. En dépit donc des avantages immédiats que procurent les avis pour la sécurité juridique, ce procédé ne serait-il pas indirectement dangereux ou condamnable ?

⁴⁷ M-N. Bachellier et X. Bachellier, « La technique de cassation », Dalloz 1998, 4^{ème} éd. p. 17.

On peut encore citer à ce propos J. Boré qui considère que « *la composition de la formation de la Cour de cassation appelée à donner l'avis témoigne du désir de conférer à celui-ci une portée normative évidente : elle est présidée par le premier président et se compose des présidents de chambres et de deux conseillers de chaque chambre spécialement concernée (C. org.. jud. , art. L. 151-2)* » J. Boré, « La cassation en matière civile » Dalloz 1997 n° 340.

⁴⁸ Article 1031-6 : « L'avis peut mentionner qu'il sera publié au Journal officiel de la République française »

⁴⁹ Voir à ce sujet l'opinion de F. Zénati : « il n'est pas sérieux [...] d'imaginer qu'il puisse venir à l'esprit [du juge du fond] de désavouer une interprétation qu'il a sollicité car ce serait trahir son inconstance : on ne peut s'en rapporter à l'opinion d'un tiers et la rejeter une fois qu'elle est formulée ». Article op. cit. p. 253.

⁵⁰ Voir à ce sujet F. Zénati qui rappelle que « *la faculté [que] beaucoup reconnaissent au juge d'enfreindre la jurisprudence de cassation, [ou en l'espèce les avis], ne se distingue pas de celle de violer la loi et se réduit, comme disait Maury à la liberté de mal faire* ». Article op. cit. p. 254.

B Les avis : une autorité de fait promus par les auteurs de la norme

17. Il existe différents types de lois. Elles n'ont pas toutes le même degré de précision, ni la même fonction. La loi, dans sa fonction première doit « [...] *fixer par de grandes vues, les maximes générales du droit*⁵¹, *établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître dans chaque matière* ».

Le choix de ces principes, de leur contenu est entre les mains du législateur. C'est en effet une certaine volonté politique⁵² qui sera à l'origine de l'orientation prise, et c'est par le biais de la loi que cette orientation se manifestera.

Cette volonté politique trouve sa source et sa légitimité dans le principe même de la séparation des pouvoirs. C'est effectivement les représentants du peuple élus librement qui seront à l'origine de la loi⁵³.

Or, lorsque par le biais de ses avis la Cour de cassation crée nécessairement du droit, peut-on aussi considérer qu'elle pourra être à l'origine de nouvelles « maximes générales du droit » ?

Au regard de la précision des questions et de la rigueur des réponses, est-il vraisemblable que la Cour crée des principes nouveaux témoignant d'une volonté politique qui lui serait propre ?

La lecture des avis rendus depuis quatre années conduit à penser que ce ne sera pas le cas. La Cour de cassation semble bien au contraire prendre soin de se limiter à la mission qui lui est impartie. Cette volonté de ne pas chercher à étendre ses pouvoirs au-delà de ce qui lui ont été conférés par l'article L 151-1, se traduit par exemple par le fait que la Cour considère (à juste titre⁵⁴) que les questions portant sur la compatibilité entre la législation française et les textes ne donnent pas lieu à avis⁵⁵.

⁵¹ Voir Portalis « Discours préliminaires sur le projet de code civil » op. cit.

⁵² Ainsi a-t-on pu dire que le droit est une politique qui a réussi (Emile Girault) cité par J. Gicquel, ouvrage op. cit. p. 11.

⁵³ Voir l'ouvrage de J. Gicquel (op. cit.) dans lequel les fondements de la théorie classique de la loi sont évoqués : « [...] *la primauté de la loi procède d'une identification de la loi avec la volonté générale, c'est-à-dire la souveraineté nationale. L'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, en 1789, reprenant la formule de J-J. Rousseau, affirme, on le sait : la loi est l'expression de la volonté générale. [...] C'est là, la marque de la souveraineté nationale s'exprimant par le parlement ou, plus précisément, par la majorité de celui-ci* ».

⁵⁴ En effet, le contrôle de la constitutionnalité des lois, et plus généralement de leur conformité ne relève pas de la compétence de la Cour de cassation. En effet, « *la Cour de cassation comme le Conseil d'Etat se sont toujours refusés, depuis le XIX siècle, à accueillir l'exception d'inconstitutionnalité. De ce point de vue encore et alors que les motifs n'étaient pas convaincants, ces deux hautes juridictions ont volontairement réduit leur compétence.* » R. Drago, « la Cour de cassation, une cour suprême ? » in « L'image doctrinale de la Cour de cassation, actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française.

⁵⁵ Voir par exemple l'avis n° 0030002P du 1^{er} décembre 2003 dans lequel il était demandé à la Cour de se prononcer sur la conformité du décret du 28 décembre 1998 à la Convention européenne. La Cour ne rend pas d'avis au motif que « *la compatibilité d'une disposition de droit interne [...] avec la Convention européenne des droits de l'homme relève de l'office du juge du fond [...]* ».

Il semblerait donc que les textes à interpréter eux-mêmes soient les seuls éléments susceptibles de contraindre la Cour de cassation à aller plus loin dans l'interprétation. La Cour de cassation ne semble pas prendre d'initiative personnelle pour étendre ses pouvoirs par le biais de ce mécanisme. C'est uniquement et éventuellement le degré de clarté et de précisions de ces textes qui pourraient permettre à la Cour de cassation de créer de véritables nouveaux principes généraux du droit