



Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux

Jean Pascal Chazal

► **To cite this version:**

Jean Pascal Chazal. Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux. Albigès Christophe, Artz Jean-François, Badenas Carpio Juan Manuel. Études de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais-Auloy, Dalloz, pp.280-, 2003. hal-01027770

HAL Id: hal-01027770

<https://hal-sciencespo.archives-ouvertes.fr/hal-01027770>

Submitted on 22 Jul 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

REFLEXIONS EPISTEMOLOGIQUES SUR LE DROIT COMMUN ET LES DROITS SPECIAUX

Jean-Pascal Chazal
Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III)

La vie professionnelle de l'auteur de ces lignes doit beaucoup à celui qui en est le dédicataire. Le fait d'avoir été membre du jury qui a sanctionné la thèse de doctorat d'un jeune impétrant et président du jury qui l'a agrégé suffirait à le montrer. Mais là n'est pas l'essentiel, car les travaux que le père du droit français de la consommation avait à juger, lors de ces deux occasions, contenaient un certain nombre de critiques de sa pensée en ce domaine. Loin de s'en offusquer, il accepta le dialogue ; sans être convaincu, il apprécia de confronter ses idées sans jamais avancer le moindre soupçon d'argument d'autorité. Il se révéla fidèle à sa réputation : intègre, loyal, courtois, attentif et tolérant. Quelle mémorable leçon d'humilité donnée, sans y paraître, par un maître qui a, d'ores et déjà, laissé son empreinte en doctrine et en droit positif !

Plutôt que de reprendre les passionnants débats sur la notion de consommateur et la manière de le protéger, la présente étude a pour objet de rendre hommage à une dimension peut être moins connue, mais ô combien intéressante, de la pensée de J. Calais-Auloy. Ses études sur l'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats¹, sa position consistant à refuser d'admettre l'autonomie du droit de la consommation et sa conception pluridisciplinaire de cette matière – à l'avènement de laquelle il n'a pas peu contribué – constituent un terrain fertile à une réflexion sur la notion d'autonomie des droits spéciaux par rapport au droit commun. L'éminent commercialiste qu'il est a certainement pensé à la fameuse et épineuse question de l'autonomie du droit commercial lorsqu'il a perçu la nécessité de bouleverser la classification traditionnelle des disciplines juridiques et d'adjoindre au critère de la nature des règles juridiques celui de leur fonction, afin d'octroyer sa juste place au droit de la consommation². En élargissant le problème à l'ensemble des droits spéciaux, on s'aperçoit que la question de l'autonomie des droits commerciaux et de la consommation est révélatrice, en ce qu'elle traduit les difficultés inhérentes à une certaine manière de découper la matière juridique³.

¹ RTD.civ. 1994, 238 ; RTD.com.1998, 115.

² J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation, Précis Dalloz 5^{ème} éd. 2000, n°18.

³ Des thèses récentes traitent du statut, du rôle et de la place de certains droits spéciaux dans le système juridique et par rapport au droit commun : J. Robichez, Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation,

Les effets pervers de l'autonomisation excessive ont été maintes fois dénoncés : émiettement du droit, multiplication des codes, ultra spécialisation, incessants conflits de frontière, etc. En outre, la doctrine n'en finit pas de débattre de l'autonomie ou de l'hétéronomie de tel ou tel droit spécial, quand le débat ne porte pas sur sa plus ou moins grande autonomie ! Evidemment, c'est poser, en creux, la question du droit commun et de son rayonnement auquel l'aspiration à l'autonomie de myriades de droits spéciaux porte inévitablement atteinte, tant il est vrai que le particularisme s'affirme par opposition à ce qui est commun. Une fois unifié par le code de 1804, le droit civil a aspiré au statut de droit commun de la France, renvoyant aux études historiques la lutte d'influence entre le droit romain et les coutumes. Il est donc compréhensible que les civilistes aient souvent interprété l'apparition du droit commercial, du droit administratif, du droit du travail, du droit de la consommation etc., sans parler des droits communautaire et européen, comme un dépeçage de leur pré carré, une dislocation du droit commun de la France.

Sans contester la réalité de ce phénomène historique, il semble que l'acuité de sa perception ait été exacerbée par le poids des traditions et les querelles de chapelles. D'où une crispation sur la question de l'autonomie, comprise comme le point ultime de la reconnaissance du particularisme. Mais, est-il pertinent d'appréhender l'apparition de nouveaux droits spéciaux et de leurs relations avec le droit commun par le prisme de l'autonomie ? La question mérite d'être posée car le concept d'autonomie est loin de revêtir une signification précise, les schémas intellectuels dont il se nourrit recelant une large part de métaphore et les critères d'autonomisation demeurant mystérieusement introuvables. L'objectif des présentes réflexions n'est pas de nier l'existence du droit commun et des droits spéciaux. Il ne faut pourtant pas en surestimer le statut et la valeur épistémologique. R. Gassin a déjà montré que la dialectique entre lois spéciales et droit commun était subtile⁴ : d'une part, ces notions sont relatives puisque l'on trouve dans le droit civil, qui est souvent qualifié de droit commun, des dispositions spéciales et que parmi celles-ci, certaines sont générales par rapport à d'autres encore plus spéciales⁵ ; d'autre part, si les lois spéciales ont principalement pour but de déroger au droit commun, elles peuvent également participer à la création d'un droit commun nouveau. Soit, mais ces relations erratiques entre le droit commun et les droits spéciaux ne devraient-elles pas conduire à penser autrement la manière de diviser le droit ? Tout d'abord, la notion de droit commun est trop équivoque, en raison des mutations sémantiques qu'elle a subies, pour servir de centre autour duquel s'articulent les droits spéciaux et, en fin de compte, se structure la matière juridique. Ensuite, au plan épistémologique, les droits spéciaux ont une existence artificielle, ce qui rend vain le questionnement de leur autonomie. Enfin, il conviendra de passer au crible de la critique l'usage de la fameuse métaphore de l'arbre et de tenter d'en proposer une autre qui rende mieux compte de la complexité des relations entre les disciplines juridiques.

thèse dactyl. Paris I 1999 ; N. Sauphanor, L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, LGDJ. 2000 ; M.-S. Payet, Droit de la concurrence et droit de la consommation, Dalloz 2001 ; M. Chagny, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, Thèse dactyl. Paris I, 2002. V. aussi le travail précurseur de B. Saintourens, Essai sur la méthode législatif : droit commun et droit spécial, thèse dactyl. Bordeaux I 1986.

⁴ R. Gassin, Lois spéciales et droit commun, D. 1961, Chron. 91.

⁵ Par exemple, selon R. Gassin, l'article 1384 c.civ. est une loi spéciale par rapport aux art. 1382 et 1383 c.civ., mais générale par rapport aux art. 1385 et 1386 c.civ.

I – L’ambiguïté du droit commun

Apparemment la notion de droit commun, surtout dans sa formule latine *jus commune*, est auréolée du prestige de l’histoire et semble aussi ancienne que le droit lui-même. Il n’en est rien car cette notion n’est vraiment utilisée par le droit savant qu’au XII^{ème} siècle, d’abord en Italie, à la suite de la redécouverte de ce que les savants appelleront le *corpus juris civilis*⁶. Certes, l’expression *jus commune* figure dans un fragment du Digeste attribué à Ulpien (D. 1, 1, 6) et dans les Institutes de Gaius (Inst. 1, 1, 1) et de Justinien (Inst. 1, 2, 1 et 2), mais avec un tout autre sens que celui qu’elle revêt au moyen âge. A Rome, le *jus commune* est synonyme de *jus gentium* : c’est le droit commun à tous les hommes (*communi omnium hominum jure*). Le *jus civile*, quant à lui, est le droit particulier d’un peuple et ne régit que les relations entre citoyens ; sachant que le peuple romain était à la fois soumis à son droit propre, le *jus civile*, et au droit commun de l’humanité, le *jus gentium*.

Pour la première glose médiévale, notamment celle d’Accurse, le *jus commune* est assimilé au droit naturel et au droit des gens, par opposition au *jus civile* qui est un droit d’exception⁷. Progressivement, notamment en Italie, le *jus commune*, composé du droit romain et du droit canonique (*l’utrumque jus*), s’oppose au *jus proprium*, c’est à dire aux innombrables coutumes et aux règlements ou statuts des diverses entités qui existent au sein de la société (villes, corporations, collèges, universités, etc.). A l’origine, ces deux corps de règles à la fois se complétaient – le *jus commune*, par sa qualité technique et son étendue, suppléait ou enrichissait si nécessaire le *jus proprium* – et se combattaient – la question étant de déterminer la hiérarchie entre ces deux droits en cas de contradiction. En France, cette opposition ne se retrouvant pas aussi franchement, le *jus commune* n’a pas la même signification et une incertitude pèse toujours sur le sens de l’expression « droit commun » au moyen âge – notamment en raison d’un passage ambigu de Beaumanoir dans son commentaire de la Coutume de Beauvaisis – certains estimant qu’il s’agit d’une référence au droit romain, d’autres aux principes coutumiers⁸, voire à la coutume de Paris enrichie d’emprunts au droit romain⁹.

Si en France, le concept de droit commun a pris une signification si particulière, c’est en raison de l’importance du droit coutumier et de la grande diversité des coutumes. Le droit commun coutumier a été invoqué par C. Du Moulin dans son *Oratio de concordia et unione consuetudinum Franciae* de 1546, non sans arrières pensées politiques, afin de doter le royaume d’un droit unifié. C’est sans doute aussi pourquoi un juriste comme Guy Coquille assimile droit civil et droit commun pour affirmer qu’en « *France Coutumière* » le droit romain n’a pas force de loi mais seulement de raison et que « *nos coutumes sont notre droit* »

⁶ Voir J. Gaudemet, Du *ius commune* au droit communautaire, in Clés pour le siècle, Dalloz 2000, p.1011, et M.-F. Renoux-Zagamé, La méthode du droit commun : réflexions sur la logique des droits non codifiés, R.H.F.D. 1990, p.133.

⁷ L. Mayali, *Ius civile et ius commune* dans la tradition juridique médiévale, in Etudes d’histoire du droit et des idées politiques, n°3/1999, Droit romain, jus civile et droit français, sous dir. J. Krynen, Presses Univ. sciences soc. Toulouse, p.201 et spéc. P.213.

⁸ Sur ce débat, parmi beaucoup de références, voir not. : P. Petot, Le droit commun en France selon les coutumiers, RHD. 1960, 412 ; G. Giordanengo, Jus commune et « droit commun » en France du XIII^e au XV^e siècle, in Etudes d’histoire du droit et des idées politiques, n°3/1999, op. cit., p.219.

⁹ Voir F. Bourjon, Dissertation sur l’union du droit commun de la France avec la Coutume de Paris, publiée en tête de : Le droit commun de la France et la Coutume de Paris, nouvelle éd.1770.

civil »¹⁰. Cet usage est en contradiction avec une solide tradition romaniste consistant à nommer le droit romain droit commun ou droit civil. Au XVIII^{ème} siècle, dans une tentative syncrétique, C.-J. De Ferrière définit le droit commun de la France comme « *celui qui est contenu dans les Ordonnances de nos rois, et ensuite, ce qui est dans les Lois Romaines pour les pays de Droit écrit, et chaque Coutume dans l'étendue de son ressort pour les pays de Droit Coutumier* »¹¹. On retrouve cette polysémie sous la plume de Boucher d'Argis qui, dans l'Encyclopédie, est obligé de distinguer entre le droit commun comme synonyme de droit des gens et le droit commun d'un Etat particulier, c'est à dire les règles observées par toute une nation quand bien même chaque province aurait des coutumes propres¹². Cette longue évolution, qui passe aussi par une « *jusnaturalisation* » du droit romain à partir du XVII^{ème} siècle¹³, trouve son terme dans le Code civil de 1804 qui uniformise le droit sur l'ensemble du territoire et anéantit le paradoxe français où l'unité politique coexistait avec la pluralité juridique.

Une fois le droit unifié sur le territoire national, le concept de droit commun ne pouvait que disparaître ou changer de signification. En effet, commun venant de *communis* : qui appartient à plusieurs, l'unité du droit rend non seulement inutile, mais impossible l'existence d'un droit commun. Celle-ci suppose une pluralité de droits à analyser et à comparer pour en extraire les règles ou institutions communes, car le commun est tension entre l'unité et la diversité, part d'unité dans la diversité. L'expression n'a donc pu se maintenir, après l'abrogation des « *lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements* » (art. 7, loi du 30 ventôse an XII), qu'en se métamorphosant en abstraction. C'est ainsi que le concept de droit commun a été coupé de la notion de territoire qui jusqu'ici lui servait de référence, de cadre d'analyse. Plus exactement, il a quitté le territoire géographique pour se réfugier dans le territoire idéal. Les conflits entre des droits de différentes origines – ce que d'aucuns appellent un pluralisme juridique – ont disparu, au moins en apparence, et avec eux les questions de concurrence, de préséance et de comblement de leurs lacunes par le recours à un droit subsidiaire. Une chose est de se demander quel corps de règles appliquer sur un territoire donné ou comment compléter un corps de règles incomplet, autre chose est de diviser, à l'intérieur d'un même système, le droit en matières et de se demander si l'une d'entre elles doit servir de matrice aux autres en les nourrissant de ses principes et règles. Dans le premier questionnement, on est en présence de plusieurs systèmes juridiques, plus ou moins incomplets, ayant vocation à s'appliquer alternativement, concurremment ou subsidiairement sur un même territoire ; dans le second, le droit, érigé en ordre de règles centralisé, est unifié sur le territoire et les divisions correspondent à des domaines intellectuels, disciplinaires. Le droit commun, dans le premier cas, joue un rôle de complément ou d'unification (c'est en ce sens qu'il faut comprendre l'art. 1393 c.civ. qui dispose que les règles de la communauté entre époux forment « *le droit commun de la France* »¹⁴) ; dans le second cas, il est l'affirmation d'une philosophie et d'une politique dominante aspirant à régir toutes les situations et relations juridiques du pays, mais inadaptée à certaines d'entre elles (c'est ainsi qu'on se demande si et dans quelle mesure le principe dit de l'autonomie de la volonté doit s'appliquer dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs ou entre employeurs et salariés). Les racines de cette seconde tendance ne

¹⁰ G. Coquille, Institution au droit des François, 1^{ère} ed. 1595 ; 3^{ème} éd. 1612, p.28.

¹¹ Dictionnaire de droit et de pratique, 1740, T.I., p.565, V^o Droit commun.

¹² Encyclopédie, par Diderot et D'Alembert, 1751, V^o Droit commun. Cf. aussi Merlin de Douai, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 4^{ème} éd. 1811, T.4, V^o Droit, p.390.

¹³ M.-F. Renoux-Zagamé, art. préc., p.137.

¹⁴ Cf. J. de Maleville, Analyse raisonnée de la discussion du code civil au Conseil d'Etat, 2^{ème} éd. 1807, T.III, p.201 et s.

remontent guère, en France, qu'au XVIIIème siècle où l'on constate que timidement le concept de droit commun commence à se charger d'un nouveau sens, coexistant momentanément avec les autres plus anciens, en devenant synonyme de règles générales par opposition aux règles spéciales qui doivent être interprétées strictement¹⁵.

Après 1804, c'est le Code civil qui s'est vu attribuer ce rôle de droit commun nouvelle manière. Pourtant, dès les discussions de ses premiers articles, l'ambiguïté de cette fonction a été décelée. C'est pourquoi le Titre préliminaire du projet de Code civil relatif à la publication, aux effets et à l'application des lois en général, a été vivement attaqué au motif que ses dispositions n'appartenaient pas spécifiquement à la législation civile¹⁶. Tronchet le défend en disant que le code civil, contenant des dispositions générales relatives aux lois, « sera comme le péristyle de la législation française, lorsqu'elle sera partagée en un petit nombre de codes »¹⁷. Portalis abonde en ce sens et soutient l'opinion qu'un « Code Civil a naturellement plus d'étendue que tout autre Code : il régit l'universalité des choses et des personnes » ; mais, peut-être conscient de la faiblesse de cet argument, il se rabat ensuite sur une considération plus prosaïque : « la rédaction d'un Code Civil a été le premier vœu de nos assemblées nationales. Il était donc naturel de s'occuper de ce qui concerne les lois en général, dans le moment où l'on était invité à s'occuper de la partie la plus étendue de la législation »¹⁸. C'est avouer que le Code civil est davantage un droit premier, directeur et général qu'un véritable droit commun. En quelque sorte, il n'est droit commun que par synecdoque, à cause des quelques règles générales qu'il contient.

Ce glissement sémantique est aussi perceptible dans les travaux préparatoires du Code de commerce. Alors que la commission conçoit une législation commerciale radicalement déconnectée de la législation civile¹⁹, le ministre de l'intérieur Chaptal souligne que les rédacteurs « ont laissé à la législation civile tout ce qui lui appartient ; ils ont circonscrit les lois commerciales aux objets pour lesquels la loi civile leur a paru insuffisante, et à ceux qui, par leur nature et par les besoins du commerce, exigent des dispositions particulières »²⁰. Où l'on constate que, selon cette opinion qui va devenir majoritaire dans la doctrine commercialiste du XIXème siècle²¹, le droit civil fait office de droit commun de la France ; il doit imposer ses principes et ses règles aux autres « branches », sauf dérogation expresse. Les principes et règles communs ne sont donc plus extraits par un processus de synthèse de plusieurs droits distincts, ils sont déduits d'un droit civil imposé comme droit commun. A la démarche inductive et transcendante de formation du droit commun, consistant à comparer divers systèmes juridiques afin d'en pointer les convergences, a succédé une volonté d'ériger en droit commun un ensemble de lois positives ayant vocation à irradier tous les domaines juridiques et duquel les solutions doivent être déduites. Ce n'est alors plus un droit commun, produit de la diversité, mais un droit comme un, c'est à dire un droit qui cède au mirage de l'unité. Finalement, non sans paradoxe, ce fruit du pluralisme juridique qu'était le droit commun est devenu le parangon de l'unité, et L. Josserand de regretter le surgissement de

¹⁵ De Ferrière, op. cit., p.567 ; Denisart, Collection de décisions, 1768, T.II, V° Droit commun, sens n°4 et 5, p.29.

¹⁶ Voir les déclarations de Roederer (Loché, T.1, p.394) et Andrieux (Loché, T.1, p.421).

¹⁷ Loché, T.1, p.395.

¹⁸ Loché, T.1, p.454.

¹⁹ Voir le Discours préliminaire in Loché, T.17, p.30.

²⁰ Loché, T.17, p.4.

²¹ A. Boistel, Manuel de droit commercial, 1887, n°24 : « sauf le dissentiment de MM. Delamarre et Lepoitvin, tout le monde admet qu'il [le Code civil] forme le droit commun même en matière commerciale ; c'est à dire qu'il doit être appliqué toutes les fois qu'il n'y est pas dérogé par des usages commerciaux ou des raisons déduites des dispositions de la loi ».

disciplines nouvelles et spécialisées portant atteinte « à l'harmonieuse unité du droit commun »²². Le Code civil, par la transaction unificatrice qu'il a opérée entre les coutumes et le droit romain, aurait dû tuer le droit commun ; il l'a transmué.

Certains auteurs ont analysé ou ont eu l'intuition de cette mutation conceptuelle et de la difficulté qu'il y a à conférer au droit civil, tel que reçu dans le Code de 1804, le statut de droit commun. Considérant que le droit commun applicable à tous les Français se trouve au-delà du Code civil, V. Marcadé va jusqu'à proposer de le rebaptiser : « *Code de la théorie du droit privé général* »²³ ; tandis que F. Mourlon suggère, après avoir souligné que l'expression lois civiles est la plus amphibologique de la science du droit, le nom de « *Code du droit privé ordinaire* »²⁴. Si l'on écarte la pensée isolée de F. Gény, qui recherchait le droit commun dans la nature des choses à l'aide de sa méthode : libre recherche scientifique²⁵, la tendance moderne est d'assimiler le droit commun et les principes généraux du droit. Ainsi, C. Aubry et C. Rau définissent ainsi le droit commun : « *l'ensemble des dispositions qui découlant des principes généraux admis par le législateur, n'ont point un caractère exceptionnel* »²⁶. Au siècle suivant, J. Boulanger émet une opinion similaire : « *Ce que l'on appelle « droit commun » n'est peut-être pas autre chose que l'ensemble des principes énoncés, ou implicitement adoptés, avec toutes les solutions positives qui s'y attachent* »²⁷. C'est cette idée que le droit commun, depuis qu'il n'assume plus une fonction de synthèse ou d'unification du droit sur un territoire ni celle de complément d'un corps de règles lacunaire, désigne les principes qui par leur généralité s'appliquent à tous les droits spéciaux, du moins ceux du droit privé, sauf disposition dérogatoire²⁸. Mais, il est évident, dans cette nouvelle conception, que le droit commun déborde le droit civil ; ce débordement ayant parfois été dissimulé par l'assimilation du droit civil au droit privé. La difficulté est alors de déterminer quels principes sont suffisamment généraux pour accéder au rang de droit commun de la France, le risque étant de se retrouver avec une peau de chagrin. Sans compter qu'il est possible de discuter l'opportunité ou l'utilité de loger des principes généraux dans une espèce de droit commun rénové qui serait, en réalité, le reflet de la philosophie du droit d'une société, une espèce de modèle ou plus exactement un paradigme²⁹.

Au XX^{ème} siècle, l'idée a été avancée qu'un droit spécial, en raison de sa généralité, peut devenir droit commun³⁰ et ce serait le cas aujourd'hui pour le droit de la consommation³¹, ou

²² Sur la constitution d'un droit de classe, DH. 1937, 1.

²³ Cours élémentaire de droit civil français, 4^{ème} éd. 1850, T.1, n°XII, p.25.

²⁴ Répétitions écrites, 8^{ème} éd. 1869 par Demangeat, T.I, n°38, p.28

²⁵ Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, LGDJ. 2^{ème} éd. 1919, T.II, n°159.

²⁶ Cours de droit civil français, 5^{ème} éd. 1897, T.1, §.40, p.196 note 5.

²⁷ Principes généraux du droit et droit positif, in *Le droit positif français au milieu du XX^{ème} siècle*, Etudes offertes à G. Ripert, LGDJ. 1950, T.1, p.58. Contra : J.-P. Gridel, *La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé*, D. 2001, Chron.229. Comp. A. Sériaux, *Le droit : une introduction*, Ellipses 1997, n°132, qui rapproche le droit commun de la raison.

²⁸ L'une des définitions philosophiques du principe est très proche de cette nouvelle conception du droit commun : « *on appelle « principes » d'une science l'ensemble des propositions directrices, caractéristiques, auxquelles tout le développement ultérieur est subordonné* » (A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF. 18^{ème} éd. 1996, V°Principe, sens D, p.828).

²⁹ Cf. G. Cornu, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien 10^{ème} éd. 2001, n°34 c), pour qui il existe un fonds de théorie générale, comprenant les concepts fondamentaux et les notions juridiques essentielles, rayonnant sur l'ensemble du droit privé tel un droit commun. On peut y voir une confusion entre droit commun et théorie générale justement dénoncée par E. Savaux (*La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ. 1997), sauf à douter de la possibilité de réduire le droit commun au droit positif (cf. J. Ghestin, *Les données positives du droit*, RTD.Civ. 2002, 11, spéc. n°44 ; M. Chany, op. cit., n°14).

³⁰ R. Gassin, art. préc., n°16 et s.

³¹ C. Lucas de Leyssac et G. Parleani, *Droit du marché*, PUF. 2002, p.96.

qu'un droit spécial secrète son propre droit commun³². Cette opinion, même si elle est loin de recueillir l'unanimité des voix doctrinales³³, est intéressante dans la mesure où finalement l'autonomie prétendue de certains droits spéciaux, par la rupture consommée avec le droit civil, concurrence ce dernier dans le statut de droit commun, renouant ainsi avec la rivalité entre des corps de règles concurrents, sauf qu'aujourd'hui tous ces droits émanent des mêmes sources et que le statut de droit commun est conditionné par la généralité des règles (c'est à dire par leur plus grande application quantitative). Toutefois, l'ancienne conception du droit commun connaît un regain d'intérêt avec les tentatives d'harmonisation de certaines parties du droit civil, comme par exemple le droit des contrats, au sein de l'Union européenne, ainsi qu'avec les velléités d'universalisation des droits de l'homme au plan international³⁴. On retrouve l'idée de dégager les principes communs des nations européennes ou de l'humanité, et donc de parvenir à harmoniser le droit sur un territoire délimité ou même (objectif encore plus ambitieux et universaliste) sur la terre, avec souvent en arrière plan la perspective moderne d'unification du droit, postulée comme souhaitable.

En somme, deux conceptions du droit commun s'entrechoquent aujourd'hui : l'une qui est le produit d'une résurgence romaine et romaniste matinée d'universalisme ; l'autre qui est issue de la codification et de la confusion entre le droit commun et le droit civil, ou les principes généraux que ce dernier contient. C'est d'ailleurs au nom de cette dernière que sont professées des assertions catastrophistes sur sa situation présente et apocalyptique sur son avenir. Certains civilistes n'hésitent pas à affirmer que le (leur !) droit civil est « *dominé* »³⁵ et que le Code qui lui sert de sanctuaire est menacé par le « *prurit invasif de la technocratie* »³⁶. Ici, l'ennemi mortel qui assiège la citadelle civiliste n'est plus le droit public ou quelques droits spéciaux, mais le droit venu d'ailleurs, de l'étranger : les normes communautaires, la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme. Ce discours alarmiste cristallise beaucoup d'angoisses irraisonnées et véhicule de forts sentiments nationalistes et souverainistes. Il sacralise le droit civil et de son code, érigés en symbole du génie français et de sa démocratie : « *Un peuple libre est un peuple dont le droit civil légiféré par ses élus ou par lui-même n'est dicté ni par les juges, ni par des volontés étrangères* »³⁷. C'est oublier que le droit civil classique a été créé à Rome essentiellement par le travail de consultation des *jurisprudentes* ; que lorsque le Code civil a été élaboré, la France n'était pas un modèle de démocratie et que son contenu a été principalement tiré d'écrits savants ; qu'il existe des peuples libres soumis à un droit émanant des juges. Indéniablement, les normes communautaires ne sont pas des modèles de clarté ; faut-il pour autant les diaboliser et, parallèlement diviniser notre droit civil au point de mythifier son unité et son homogénéité ? Rien n'est moins sûr, car le Code civil ressemble au moins autant à un monument ou à une « *demeure où l'on vit* », selon l'expression de G. Cornu, qu'à une auberge espagnole, aux yeux des juristes, ou à un édifice baroque et partiellement délabré malgré quelques replâtrages, du point de vue des profanes.

³² M. Chagny, op. cit., n°14.

³³ La majorité des auteurs maintient l'assimilation du droit commun au droit civil, sauf à préciser quelques fois qu'il ne s'agit que d'un droit commun privé.

³⁴ Voir M. Delmas-Marty, Pour un droit commun, Seuil 1994 ; Réinventer le droit commun, D. 1995, Chron. 1.

³⁵ J. Foyer, Le droit civil dominé, in Le droit privé à la fin du XXème siècle, Etudes offertes à P. Catala, Litec 2001, p.13.

³⁶ G. Cornu, Un code civil n'est pas un instrument communautaire, D. 2002, 351.

³⁷ J. Foyer, art. préc., p.20.

II – L’artificialité des droits spéciaux

Par artificialité, il faut entendre ici créé par la pensée humaine. En ce sens, les droits spéciaux sont artificiels, non pas qu’ils seraient dépourvus d’existence, mais en ce qu’ils ne sont rien de plus qu’une structure abstraite, qu’une division mentale de la matière juridique. C’est sans doute en raison de cette artificialité que l’autonomie, à laquelle la plupart aspirent, est un concept inadéquat pour caractériser leurs relations avec le droit commun et qu’aucun des critères avancés pour les distinguer de celui-ci n’est véritablement convainquant. A la réflexion, il est permis d’avancer l’hypothèse suivante : les droits spéciaux ne sont pas tant une réalité qui s’impose aux juristes qu’un instrument utilisé pour légitimer des choix ou des solutions.

A – L’autonomie, un concept en quête de sens

La doctrine débat à profusion de la question de l’autonomie des droits spéciaux. Il en est ainsi, par exemple, pour le droit commercial, le droit du travail, le droit fiscal, le droit pénal, le droit de la consommation, etc. Il est banal que les spécialistes de ces disciplines, dans l’introduction d’un cours ou d’un manuel, voire dans une étude particulière, déterminent le statut de leur matière en abordant la question sous l’angle de son autonomie ou de son assujettissement au droit commun. Mais, rares sont ceux qui prennent la peine de définir l’autonomie. La conséquence en est que les débats sont souvent faussés par la diversité des significations attribuées à ce terme ; le plus souvent, les auteurs ne parlant pas de la même chose. En simplifiant, trois sens de l’autonomie peuvent être repérés³⁸.

1) Le sens fort

Au sens fort, l’autonomie se définit par l’étymologie grecque (*autonomia*) : *autonomos*, combinaison de *autos* (même, lui-même, de lui-même) et *nomos* (loi), signifiant ce qui est régi par ses propres lois. L’autonomie s’oppose alors à l’hétéronomie, qui se définit comme le fait pour une personne ou une chose d’être soumise à des règles d’origine extérieure. Un droit autonome, à la lumière de cette définition, est une matière qui trouve en elle-même sa propre source de règles, qui ne dépend d’aucun autre droit pour déterminer le contenu et le sens de ses solutions. Un droit autonome est un droit qui est auto-institué et qui s’auto-règle, s’auto-alimente. Il pourrait donc être étudié sans aucune référence à des principes ou des normes externes, il vivrait en vase clos. Chaque droit autonome serait comme une bulle radicalement indifférente aux autres, une sphère renfermant un domaine précisément circonscrit et hermétiquement coupé du reste. Dans cette perspective, l’expression souvent usitée de « branches autonomes », pour signifier qu’un droit spécial a conquis son indépendance par rapport au droit commun, est une contradiction dans les termes : une branche ne pouvant être autonome dans la mesure où elle est rattachée au tronc dont elle dépend.

³⁸ Cf. pour des présentations plus larges et complètes des conceptions de l’autonomie : Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit ; LGDJ. 2^{ème} éd. 1993, V° Autonomie ; M. Chagny, op. cit., n°42 et s.

Si cette définition radicale de l'autonomie respecte indéniablement le sens originel du terme, il est douteux qu'elle constitue un concept praticable et utile pour caractériser les divisions disciplinaires du droit. En effet, tous les droits spéciaux, y compris ceux qui accusent le particularisme le plus fort, sont soumis au droit constitutionnel – et à l'intérieur de celui-ci au bloc de constitutionnalité –, au droit communautaire et au droit européen. Plus exactement, les principes et les règles émanant ou rattachés à des normes à valeur supra législative pénètrent, parfois comme par effraction, dans la plupart des disciplines juridiques et exercent une influence sensible et souvent déterminante. Or, ces éléments d'hétéronomie suffisent – il n'en suffirait que d'un seul – à anéantir l'idée qu'un droit spécial puisse prétendre à l'autonomie.

2) Le sens faible

Dans le vaste mouvement de spécialisation et d'éclatement du droit commun, de nouvelles spécialités émergent et tendent à revendiquer une autonomie en arguant de leur particularisme. C'est notamment le cas lorsqu'un contrat spécial voit ses spécificités accentuées et son importance pratique s'accroître (droit du travail, droit des assurances, droit des transports, etc.), lorsqu'un secteur d'activité se caractérise par une relative homogénéité (droit bancaire, droit médical, droit du sport, etc.) ou lorsqu'une institution est l'objet d'une attention particulière (droit de la famille, droit de la responsabilité, droit des contrats, droit du marché etc.). Encore faut-il préciser que ces phénomènes sont étroitement imbriqués les uns dans les autres : par exemple, si le droit des assurances et le droit des transports se sont constitués sur le fondement d'un contrat spécial, leur spécificité s'explique également par l'existence, pour chacun d'eux, d'une profession identifiée.

Au sens faible, l'autonomie est synonyme de particularité, de spécificité. Il suffirait qu'un droit se distingue, d'une manière suffisamment marquée, du droit commun pour que son autonomie soit acquise. Cette particularisation peut trouver ses racines dans l'existence d'un code (code de commerce, code pénal, code du travail, code des assurances, etc.). A cet égard, il est topique que l'émiettement et la spécialisation du droit ont pour corollaire la multiplication vertigineuse des codes. Non que le code soit un facteur de création d'un nouveau droit spécial autonome, mais il en est quelque part la consécration ; surtout dans la codification à droit constant dont l'objectif est de découper rationnellement en le structurant le magma législatif et réglementaire. Mais, le phénomène spécialisation se constate aussi à l'intérieur d'un même code. Ainsi, à l'intérieur du Code civil, le droit de la famille, le droit des obligations, le droit des successions, etc. ne présentent-ils pas chacun une originalité telle qu'il est artificiel de les fondre indistinctement dans le droit civil ? Pourquoi ne pas envisager d'édicter un code de la famille ? Ne parle-t-on pas d'un projet de code européen des contrats ou des obligations ? En outre, l'hyper-spécialisation transcende les codes promulgués. Par exemple, le droit des sociétés trouve ses règles dans le Code civil, le Code de commerce, le Code monétaire et financier, entre autres (*idem* pour le droit des sûretés) ; au point que les éditions Dalloz publient, pour faciliter la tâche des juristes, un Code des sociétés rassemblant l'ensemble des textes juridiquement épars relatifs aux sociétés et renouant ainsi avec la fonction originelle du *codex*³⁹. Inversement, il existe des aspirations à l'autonomie sans code ; il suffit de penser au droit de la consommation avant la codification de 1993, au droit de la concurrence dont le siège national était, jusqu'au 18 septembre 2000, l'ordonnance du décembre 1986 ou encore aux nombreux regroupements de droits spéciaux sous une bannière commune qui les fédère : droit extra-patrimonial, droit du marché, droit des affaires, etc.

³⁹ F. Zenati, Les notions de code et de codification, in Mélanges C. Mouly, Litec1998, T.I, p.217 et spéc. p.223.

Réduite au simple particularisme d'un domaine juridique, l'autonomie aussi est facteur de parcellisation croissante du droit. En effet, prise en ce sens faible, elle « *est contagieuse. La reconnaître quelque part, c'est l'admettre partout* »⁴⁰. On parvient alors, par le chemin inverse, à la même conclusion que pour l'autonomie au sens fort : le concept est vide de sens puisque chaque droit qui se distingue d'un autre est, par définition, autonome alors même qu'il ne constitue aucunement un corps complet de règles et qu'il est, par conséquent, contraint d'en emprunter à d'autres domaines. Le droit de la consommation se singularise indubitablement par des règles qui lui sont propres, telles que celles qui aménagent au profit des consommateurs, dans certains cas, un délai de réflexion ou une faculté de rétractation. Pour autant, les dispositions du code civil relatives aux vices du consentement sont également applicables et peuvent aussi servir à protéger le consommateur. Au surplus, le Code de la consommation contient en son sein la reproduction de certaines dispositions du Code civil, notamment relatives aux vices cachés (art. L.211-1 c.consom.). Dès lors, la preuve étant rapportée des liens qui l'arriment encore au droit civil, n'est-il pas erroné de prétendre qu'il est autonome, nonobstant son particularisme ?

3) Le sens modéré

Entre l'autonomie absolue, assimilée à un vase clos et étanche, synonyme de cloisonnement, et l'autonomie abusive, déduite d'une simple particularité, il existe une voie médiane. Dans cette ligne de pensée, G. Vedel distingue deux sources d'autonomie : « *l'autonomie apparaît ainsi d'abord toutes les fois que l'application à une matière des principes généraux et des méthodes de raisonnement empruntés purement et simplement à une discipline existante conduit à des inexactitudes. (...) L'autonomie apparaît aussi, quoique d'une façon plus subtile, quand la matière considérée, bien que ne mettant apparemment en oeuvre que des principes et des méthodes empruntés à des branches existantes, en fait une sorte de combinaison chimique ayant un caractère de nouveauté (...)* »⁴¹. Même si cette dichotomie des sources de l'autonomie, n'est pas aussi claire qu'il y paraît, l'idée sous-jacente est intéressante. Il s'agit d'apprécier le caractère autonome ou non d'un droit en fonction de son objet et de sa logique intrinsèque. C'est également dans cette voie mesurée que s'inscrit J. Carbonnier : « *l'autonomie a toujours pour le moins une justification empirique, qu'est la division du travail. De justification scientifique, elle n'en a que dans la mesure où chaque rameau détaché peut faire état de phénomènes juridiques foncièrement différents de ceux que l'on rencontre ailleurs, postulant de ce fait des méthodes renouvelées, ce qui est loin de se vérifier constamment* »⁴².

Le grand mérite de cette définition est de rejeter l'approche simpliste consistant à déduire l'autonomie d'un droit spécial de la seule absence de référence à une règle du droit commun et à la refuser en raison de l'existence d'un renvoi à une ou plusieurs d'entre elles. Ce qui distingue l'autonomie de la dépendance ou de l'assujettissement, ce n'est pas tant la référence à des règles externes que le caractère volontaire, ou au contraire forcé, de ce renvoi. Quand un droit spécial fait volontairement référence au droit commun, il peut s'agir d'une sorte d'appropriation. Ce qui ne l'empêche pas d'opérer un tri au sein des principes et règles du droit commun et de refuser de les appliquer lorsqu'ils ne correspondent pas aux buts recherchés. La meilleure preuve que le droit de la consommation ne se soumet pas au droit

⁴⁰ F. Grua, Les divisions du droit, RTD.civ. 1993, 59, n°31.

⁴¹ G. Vedel, Le droit économique existe-t-il?, in Mélanges Vigreux 1981, p.770.

⁴² J. Carbonnier, Sociologie juridique, PUF. Quadriga 1994, p.40.

civil réside dans les règles et les solutions contraires au droit commun qu'il adopte lorsque la protection des consommateurs l'exige. Valable pour les renvois explicites, cette explication l'est également lorsque dans le silence législatif, la jurisprudence recourt au droit commun. En l'absence de disposition dérogatoire au sein du droit de la consommation, l'application subsidiaire du droit commun peut être interprétée, non comme un signe d'hétéronomie, mais au contraire comme la réception sélective de certaines règles qui, si elles gardent leur siège en dehors du Code de la consommation, n'en ont pas moins été absorbées tacitement par le droit de la consommation. Cette réception tacite n'est qu'une économie de moyen dispensant d'un renvoi exprès ou d'une reprise de règles identiques. Par conséquent, l'existence d'un renvoi, explicite ou implicite, au droit commun n'exclut pas systématiquement la possibilité d'une autonomie.

Cette conception tempérée de l'autonomie s'accommode donc du fait que certains droits spéciaux tantôt infléchissent, bouleversent ou rejettent les principes ou les règles du droit commun, tantôt les appliquent sans difficulté. Par exemple, en droit du travail, la jurisprudence prive aujourd'hui l'employeur de la possibilité d'obtenir la résolution judiciaire du contrat de travail, ce qui revient à exclure l'application de l'article 1184 c.civ., sans l'appui d'aucun texte dérogatoire du Code de travail. En revanche, le salarié peut obtenir une telle résolution pour inexécution aux torts de l'employeur. Cette surprenante différence de traitement est le produit de la logique spécifique du droit du travail dans lequel existe une procédure de licenciement conférant aux salariés des garanties et des droits. Discriminer les cas dans lesquels le droit commun est appliqué et ceux dans lesquels il est écarté est un indéniable signe d'indépendance, surtout si cette sélection est l'œuvre du juge. Est-ce suffisant pour conclure à l'autonomie ? La réponse serait affirmative si ce phénomène permettait de conclure à coup sûr à l'existence d'un droit autonome lorsqu'il est constaté. Or, tel n'est pas le cas puisqu'il se rencontre au sein même de ce que beaucoup appellent le droit commun des contrats. Par exemple, l'article 1134 c.civ. est sollicité, par la jurisprudence, pour refuser la révision pour imprévision des conventions légalement conclues et figure en visa dans les arrêts acceptant la révision judiciaire des honoraires conventionnels des mandataires professionnels et de certains prestataires de services. De même, la jurisprudence a créé des obligations de sécurité, d'information, de conseil à la charge de certains contractants, mais a refusé de rendre le concédant débiteur d'une obligation de coopération, afin de faciliter la reconversion de son concessionnaire après l'extinction du contrat, et l'acheteur débiteur d'une obligation d'information. Les exemples pourraient être multipliés (cf. la jurisprudence sur la détermination du prix), mais il vaut mieux se pencher sur l'explication. Ces divergences au sein du droit des contrats sont moins des incohérences que des choix de politique jurisprudentielle conditionnés par des logiques et des intérêts qu'il serait intéressant d'explicitier et d'étudier. La politique jurisprudentielle varie également dans le temps. Il suffit de comparer le refus obstiné de la Cour de cassation, dans les années 1970, d'utiliser l'article 1131 c.civ. pour éliminer les clauses pénales excessives et le recours à cet article et à la théorie de la cause, à partir du début des années 1990, pour réputer non écrites les clauses relatives aux dates de valeur, aux réductions de durée de garantie dans les contrats d'assurance et aux limitations de responsabilité.

L'application ou non d'une règle et son interprétation dans un sens ou son contraire ne sont pas le révélateur de l'autonomie des droits spéciaux par rapport au droit commun. Ce phénomène est intrinsèque à la science juridique dans laquelle les solutions ne sont pas déduites par inférence des lois, mais où les lois ne sont que des guides pour le juge dans la recherche de la solution juste à un cas concret. La cause de la diversité des choix se trouve

dans le cas posé et la manière de le résoudre le plus équitablement possible⁴³. Le fait qu'une division disciplinaire du droit passe à l'endroit où se constate une telle brèche relève ou bien de la coïncidence ou bien de la volonté doctrinale d'expliquer une atteinte à la généralité de la règle de droit autrement que par l'équité⁴⁴, contre laquelle une profonde aversion est entretenue depuis le XIX^{ème} siècle. Plutôt que d'avouer l'influence déterminante des faits et l'inaptitude de la règle générale et abstraite à fournir une solution juridique concrète, la doctrine préfère atomiser la matière juridique afin de sauver le mythe de l'unité du droit commun et de l'empire de la loi. Selon cette présentation, le droit commun, au sens moderne d'ensemble de principes et de règles généraux, sauvegarderait son intégrité et son autorité, sauf que son rayonnement s'arrêterait naturellement à ses frontières et que celles-ci seraient d'autant plus étroites que se multiplient les prétentions à l'autonomie de contrées de plus en plus nombreuses. Quantitativement affaibli, le droit commun garderait son statut qualitatif. Mais, se pose alors la difficulté de déterminer les critères permettant de tracer les frontières entre le droit commun et les droits spéciaux, d'une part, et entre les droits spéciaux, d'autre part.

B – L'inadaptation des critères de distinction

Puisque l'autonomie est ou bien un concept inopérant (sens fort et sens faible), ou bien une manière de sauvegarder l'unité de ce que l'on croit être le droit commun, il est préférable de l'abandonner pour examiner ce qui individualise un droit spécial par rapport au droit commun. Plusieurs critères peuvent prétendre expliquer cette distinction. On en dénombre pas moins de cinq. Mais aucun n'est décisif ni ne fournit un éclairage satisfaisant.

1) Le critère subjectif

Le critère subjectif consiste à définir le domaine d'un droit par les sujets auxquels il s'applique. Le droit commercial régit les relations entre commerçants, le droit de la consommation celles entre professionnels et consommateurs, le droit du travail celles entre employeurs et salariés, le droit administratif celles entre l'administration et les administrés, etc.

Ce critère a l'apparence de la simplicité et de la certitude. Il n'en est rien. Les commercialistes discutent encore si c'est l'acte de commerce qui fait le commerçant ou le commerçant qui fait l'acte de commerce. Le droit de la consommation, quant à lui, n'en finit plus de rechercher une définition du consommateur, balancé entre une acception stricte privilégiant la position du contractant dans le circuit économique et une acception extensive englobant certains professionnels et les personnes morales sans but lucratif. Le droit du travail semble moins affecté par les affres de la définition de son domaine en fonction des sujets auxquels il s'applique ; ce qui peut s'expliquer par le fait qu'il prend appui sur un contrat dont l'objet est précisément défini : le contrat de travail. Toutefois, il ne faudrait pas croire que la définition⁴⁵ du salarié est exempte d'incertitudes. Si le critère du lien de subordination résout la plupart des difficultés, il se révèle inadapté pour traiter des cas limites, notamment lorsqu'il est

⁴³ Voir F. Grua, art. préc., n°23.

⁴⁴ Au sens aristotélicien d'*epieikeia* : pouvoir conféré au juge de corriger la loi pour mieux l'adapter aux faits ; Aristote, Ethique à Nicomaque, 1137 b 11, 20, 22 et 26.

⁴⁵ On devrait parler des définitions du salarié puisque les critères ne sont pas identiques en droit du travail, en droit de la sécurité social et en droit fiscal.

incompatible avec un principe déontologique ou une réalité technique conférant une large indépendance à celui qui travaille pour le compte d'autrui. Au surplus, le droit du travail irradie au-delà du salariat et couvre des domaines qui ne sont pas rattachés à lui par le critère subjectif (ex : les syndicats professionnels). Quant au droit administratif, il y a longtemps que son domaine déborde la seule activité de l'administration pour s'étendre aux activités économiques.

Le constat est dépourvu d'ambiguïté : le critère subjectif ne suffit pas pour définir le domaine d'une matière juridique. Chaque fois qu'un droit spécial s'en est contenté il s'est vu contester non seulement son autonomie, mais aussi son existence.

2) Le critère formel

Le critère formel est souvent interprété comme un puissant signe d'existence d'un droit spécial. Il consiste à loger une matière juridique à l'intérieur d'une loi ou mieux d'un code. Ainsi, le droit de la concurrence pouvait asseoir sa singularité sur l'ordonnance du décembre 1986, le droit des sociétés commerciales sur la loi du 24 juillet 1966, tandis que le droit de la consommation peut se prévaloir de l'avènement d'un code qui lui est consacré. Quant au droit commercial, il a eu le privilège d'être la première matière codifiée après le code civil (abstraction faite du code de procédure civile).

Mais ce critère formel ne fournit aucune assise solide. A le suivre, le droit de la concurrence et le droit des sociétés commerciales auraient perdu leur statut de droits spéciaux depuis qu'ils ont été englobés dans le code de commerce nouveau. Comment concevoir, en outre, que celui-ci consacre l'existence du droit commercial puisqu'il contient nombre de dispositions relatives à des non commerçants (ex : celles relatives aux agents commerciaux, aux mandataires de justices, aux GIE, etc.) ou s'appliquant indifféremment à des commerçants ou à des entreprises qui ne le sont pas (droit de la concurrence, droit des procédures collectives, etc.) ? Et que penser de la logique ayant conduit à intégrer dans le Code de la consommation les dispositions réglementant l'usure, celles imposant la mention du taux effectif global dans l'acte de prêt ou encore celles relatives aux fraudes et à la tromperie, pour ensuite être contraint d'affirmer que, s'agissant d'une codification à droit constant, le champ d'application des anciens textes n'a pas été modifié et que, par conséquent, ils s'appliquent au bénéfice de toute personne, y compris ceux qui ne sont pas consommateurs ?

Au-delà de ces exemples montrant les imperfections de la codification à droit constant, il convient de prendre conscience que l'ambition d'enfermer un droit dans un réceptacle formel est une illusion aussi tenace que vaine. Tout d'abord, on ne peut manquer de faire remarquer qu'un code limité aux normes d'origine nationale ne saurait contenir l'intégralité d'une matière, eu égard à l'influence croissante du droit communautaire. Ensuite, la codification méconnaissant le rôle créateur de la jurisprudence et de la doctrine donne l'illusion d'une pétrification du droit. Or, la spécificité d'un droit peut provenir d'un travail prétorien de création et d'adaptation ou doctrinal de conceptualisation et de systématisation. Le droit administratif, dont l'acte fondateur est une décision du Tribunal des conflits, qui écarte l'application des dispositions du Code civil et institue un régime dérogatoire de responsabilité au profit de l'Etat, en est un bel exemple. Pourtant, le droit administratif est celui dont l'existence et l'originalité prêtent le moins à controverse en doctrine. Le droit de la consommation peut également être cité, lui qui souffre d'un manque de cohérence législative que la doctrine et la jurisprudence tentent de pallier depuis près de trente ans.

3) Le critère substantiel

Le critère substantiel est fondé sur la croyance qu'il est possible de définir un droit spécial par les règles qui le composent⁴⁶. Mais, est-on sûr que les droits spéciaux ont une substance et que celle-ci s'incarne dans les règles qui leur donnent corps ? Si tel était le cas, comment rendre compte des phénomènes migratoires et de duplication de dispositions entre droits spéciaux ? Par exemple, les dispositions de l'ancienne Ordonnance du décembre 1986 relatives, d'une part, à l'information des consommateurs par voie d'étiquetage, marquage ou affichage (anc. art. 28) et, d'autre part, à la vente ou prestation de services avec prime (anc. art. 29), au refus de vente et à la vente liée aux consommateurs (anc. art. 30), après avoir été abrogées pour être insérées dans le Code de la consommation (art. L.113-3, 121-35 et 122-1) ont été réintroduites, selon la méthode dite du « code suiveur », dans le Code de commerce nouveau aux articles L. 441-1 et 442-1, tout en étant maintenues dans le code de la consommation. Cet exemple est sans doute caricatural et s'explique par une réflexion insuffisante du législateur à propos des domaines respectifs du droit de la concurrence et du droit de la consommation. En maintes occasions, le législateur a fait preuve de davantage de cohérence et de rationalité lors de l'insertion des nouvelles lois dans un corpus. Pourtant, il révèle les limites du raisonnement substantialiste en ce domaine. Beaucoup de règles de droit peuvent être indifféremment incorporées dans un droit spécial ou dans un autre. Par exemple, les dispositions régissant les droits du conjoint commun en biens d'un associé ressortissent-elles au droit des régimes matrimoniaux ou au droit des sociétés ? Les règles applicables au fonds de commerce relèvent-elles du droit commercial ou du droit des biens ? Les règles de preuve des obligations sont-elles à leur place dans le Code civil, ou bien devaient-elles être incorporées dans le Code de procédure ?

En outre la polysémie qui affecte le terme substance en philosophie incline à douter de la précision de son contenu lorsqu'il est utilisé par les juristes. Est-ce la substance entendue au sens aristotélicien (sachant que l'*ousia* est déjà polysémique dans la philosophie du stagirite), cartésien, kantien, hegelien ou heideggerien ? Surtout G. Bachelard a justement dénoncé, dans *La formation de l'esprit scientifique*, l'obstacle épistémologique qui consiste à prendre l'une des qualités – laquelle peut être accidentelle – d'une chose pour sa substance, faute de pouvoir accéder à cette dernière. On aboutit ainsi à hypostasier ses convictions personnelles en les revêtant des mystérieux habits de la qualité substantielle. Appliquée aux divisions du droit, cette critique exhume, sous le vernis substantiel, une définition stipulative du droit qui refuse de s'assumer en tant que telle.

En réalité, ce critère prétendument substantiel n'est souvent, sous la plume des juristes qui l'utilisent, qu'une comparaison entre les règles émanant d'un droit spécial et celles du droit commun (ou de l'idée qu'ils s'en font) afin de déterminer les convergences et les divergences, de sorte qu'il revient à examiner l'emprise du droit commun sur les droits spéciaux et l'emprise de ceux-ci sur le droit commun⁴⁷. Or, cette dialectique est conditionnée par la conception du droit commun et de ses fondements privilégiés. Ainsi, pour la majorité de la doctrine civiliste du XXème siècle, la substance du droit commun s'incarne dans les principes de l'autonomie de la volonté, d'égalité abstraite et de liberté absolue des sujets de droit ; ce qui la conduit à affirmer, comme s'il s'agissait d'un donné, que les phénomènes de déséquilibre de puissance économique ne sauraient être appréhendés par le droit commun

⁴⁶ Voir M.-S. Payet, op. cit., n°173.

⁴⁷ Ex. : M.-S. Payet, op. cit., n°178 et s.

(sous entendu le droit civil) et qu'il faudrait les cantonner aux droits spéciaux que sont le droit de la concurrence et le droit de la consommation (quand l'existence de ce dernier n'est pas niée). Bel exemple de mystification idéologique. L'autonomie de la volonté, l'égalité abstraite ou encore la liberté absolue ne sont pas gravées dans le marbre de la réalité juridique. Ce sont des concepts métaphysiques et à géométrie variable, dont la signification fluctue dans le temps et en fonction des idées défendues par celui qui les invoque. Ils traduisent donc des opinions, des croyances et non la réalité. La critique ne porte pas sur l'idéologie libérale, qui comme opinion est défendable et respectable, mais vise cette tentative d'exclure tout débat de fond – par exemple quant à l'opportunité de saisir par le droit commun les abus de puissance économique – en invoquant des fondements immuables qui seraient la substance (*sub-stare*) du droit commun. A cet égard, on est fondé à penser que la multiplication des droits spéciaux, tant décriée, s'explique par l'immobilisme dans lequel la majorité de la doctrine a enfermé le droit commun, par le refus de cette même doctrine de désacraliser certains dogmes, (ex : l'autonomie de la volonté, l'intangibilité des conventions, la nécessité de la faute pour engager la responsabilité, etc.) et relativiser certaines croyances philosophiques (l'égalité abstraite et à la liberté absolue), l'empêchant de s'adapter aux besoins économiques et sociaux, ce qui nécessitait peut-être un changement de paradigme, une « *révolution scientifique* » selon l'expression de T. Kuhn⁴⁸.

4) Le critère finaliste

Le critère finaliste, quant à lui, se focalise sur la fonction de chaque droit. Le droit de la consommation a pour finalité la protection des consommateurs, le droit du travail celle des salariés, le droit de l'environnement celle de la nature, le droit de la concurrence le bon fonctionnement du marché, etc. L'utilisation de ce critère revient à tirer l'existence d'un droit spécial de la finalité qu'il poursuit, celle-ci lui fournissant une cohérence et une identité propre.

Il est vrai que la cause finale d'une chose est fréquemment un puissant critère d'identification. Pour Aristote, la manière d'être d'une chose, et donc sa définition, est conditionnée, entre autres causes, par ce pourquoi elle est faite, sa fonction. Mais le droit positif, dans sa conception et son application, est bien loin de l'idéal dans lequel toutes les lois seraient rassemblées en fonction de la finalité qu'elles poursuivent. Par exemple, les pratiques restrictives de concurrence sanctionnées indépendamment de l'atteinte portée au marché ne répondent pas à la finalité première du droit de la concurrence, qui est d'assurer le bon fonctionnement du marché, et font figure de corps étranger. Cet exemple montre que le critère finaliste est davantage un outil doctrinal de systématisation *a posteriori* et de recherche d'une cohérence *de lege ferenda*. Il privilégie une vision idéaliste et rationaliste du droit, souvent en décalage par rapport à la réalité juridique.

En outre, il ne faut pas occulter les controverses sur les finalités d'un droit spécial. L'unanimité doctrinale n'existe pas sur la finalité du droit de la concurrence, du droit de la consommation ou du droit du travail. Pour ce dernier, le souci de protection du salarié peut être supplanté par l'intérêt de l'entreprise (ou peut-être plus précisément des propriétaires des

⁴⁸ La structure des révolutions scientifiques, trad. franç., Flammarion 1983. Cf. L. Cadiet, Interrogations sur le droit contemporain des contrats, in Le droit contemporain des contrats, Economica 1987, p.7, n°30, qui suggère une « *théorie générale renouvelée* » ; C. Atias, Le code civil nouveau, D. 1999, Chron. 200, qui appelle à une « *véritable renaissance* » et un « *rajeunissement d'un savoir* » et M. Chagny, op. cit., n°771 et s. qui propose une « *régénération du droit commun des obligations* ».

moyens de production) ou du marché du travail. C'est un lieu commun souvent rappelé que de pointer les effets pervers des règles protectrices de l'emploi au plan macro-économique. A coté de ce conflit des finalités, il se peut qu'existe un complexe de finalités. Par exemple, les dispositions réglementant la publicité comparative ont-elles pour finalité la protection des consommateurs ou le respect de la loyauté entre concurrents, ou bien poursuivent-elles ce double objectif ? De même, si l'on admet que le droit de la concurrence a pour finalité première d'assurer le libre jeu de la concurrence, il n'est pas moins vrai que certaines de ses règles contribuent à protéger indirectement les économiquement faibles contre certains abus de domination. La loi NRE du 15 mai 2001, quant à elle, a introduit dans le concept de progrès économique justifiant une entente ou un abus de domination le paramètre de la création ou du maintien d'emplois (art. L.420-4 2° c.com.). Où l'on constate que le droit de la concurrence rejoint le droit du travail sur le terrain des finalités. Certes, il est possible de rétorquer qu'il ne s'agit que d'effets indirects ou induits, mais certains pensent que le bon fonctionnement du marché n'est qu'un moyen et que la fin ultime est le bien être des consommateurs, des salariés ou des citoyens. Difficile d'éviter le byzantinisme de la *causa proxima* et de la *causa remota* !

L'application de ce critère finaliste est encore plus délicate lorsqu'un droit est dépourvu de fin propre. Quelle est la fin spécifique du droit commercial, du droit des contrats, du droit des transports ou du droit rural ? Apparemment, il n'y en a pas d'autre que la fin du droit lui-même ; étant précisé que cette fin du droit est également l'objet de désaccords persistants et profonds entre les philosophes du droit : ce peut être la justice, la sécurité, le bonheur, l'utilité, etc.

5) Le critère matériel

Selon le critère matériel, un droit spécial se définit par son objet, par la matière qu'il régit. Ainsi, le droit des contrats a pour objet le contrat, le droit pénal les infractions, le droit fiscal le recouvrement des impôts et taxes, le droit de la concurrence le marché, etc. L'un des avantages de ce critère est de distinguer les droits spéciaux et les ensembles plus larges qui regroupent une pluralité de droits, tels le droit privé, le droit public, le droit des affaires, le droit économique, etc. Inversement, il rend possible des regroupements entre des corps de règles qui, bien que formellement distincts, s'appliquent à une seule et même matière. Il en serait ainsi du droit de la concurrence et du droit de la consommation dont l'addition formerait le droit du marché. Le critère matériel permet également d'expliquer le processus de passage d'un contrat spécial (ex : contrat de travail, contrat d'assurance) à un droit spécial par l'érection d'un complexe de normes et d'institutions (ex : droit du travail, droit des assurances).

Ce critère est séduisant par sa simplicité et sa souplesse. Qui plus est, il présente l'avantage de ne pas figer les choses : entre un contrat spécial, un droit spécial et un ensemble de droits, il n'y a que des différences de degré. Une évolution dans le temps est donc possible selon les besoins de la société ou la politique du législateur. A cause de cette plasticité, le statut épistémologique de ce critère ne doit pas être surestimé. Sa mise en œuvre sollicite davantage l'intuition que la raison et son résultat procède de l'évidence plutôt que de la démonstration. Il n'autorise à voir dans les divisions du droit qu'une approximation commode pour opérer des découpages (par exemple pour répartir les compétences matérielles entre juridictions, ou établir des programmes d'enseignement universitaires pluriannuels). Dans ce genre

d'opération de dépeçage de la matière juridique, la part d'artifice, de contingence et d'opportunisme est prépondérante.

C – L'instrumentalisation des droits spéciaux

En combinant plusieurs de ces critères, selon la méthode du faisceau d'indices, il est possible de faire ressortir l'originalité ou les spécificités d'un droit. Un corps de règles qui se distingue du droit commun selon les cinq critères suscités présente indéniablement une très forte identité. Pour autant, celle-ci serait exagérée si elle se traduisait, pour ce droit spécial, par un isolement, une position insulaire. La segmentation du droit ne découle nullement de la nature des choses, n'est pas le calque des brisures de la réalité sociale. Il s'agit d'une construction intellectuelle qui, si elle repose plus ou moins sur des considérations techniques et des besoins pratiques, n'est pas une nécessité. La constitution d'un droit spécial est souvent un argument rhétorique au soutien du choix de solutions juridiques particulières et de la création ou du maintien de juridictions d'exception ou de disciplines universitaires. Certaines divisions, comme par exemple celle entre droit privé et droit public, répondent à ces trois fonctions rhétoriques, tandis que d'autres ne sont concernées que par une ou deux.

Il est inutile d'insister sur les liens unissant l'avènement de droits spéciaux et l'existence de juridictions d'exception. Il suffit de signaler que ces liens n'ont rien de nécessaires, mais sont purement contingents. Ce n'est pas parce certains droits seraient autonomes qu'il est nécessaire de créer des juridictions spécialisées, c'est seulement qu'il est évidemment utile de spécialiser des juridictions ou des juges pour répondre à des questions extrêmement techniques ou lorsque les enjeux ont une forte dimension politique, économique ou sociale. Les exemples sont du reste très nombreux de juridictions spécialisées qui appliquent des règles générales et de juridiction de droit commun maniant des dispositions émanant de droits spéciaux.

Plus surprenante est l'instrumentalisation des droits spéciaux pour influencer le fond du droit. Lorsqu'une solution heurte un précédent ou ne suit pas une règle générale, la tendance des juristes est d'en expliquer l'originalité par son insertion dans un domaine autonome par rapport au droit commun, entendu dans son sens moderne de corps de principes et de règles constitué et figé. C'est évident en droit fiscal où l'administration, quelque fois suivie par la jurisprudence, écarte les qualifications, les raisonnements et les règles civilistes en invoquant l'autonomie prétendue de ce droit. En réalité, la genèse de cet argument, devenu aujourd'hui un lieu commun, s'explique largement par des considérations de pure rhétorique⁴⁹. Il en est de même pour le droit administratif qui s'est construit en rupture par rapport aux règles du droit civil. Toutefois, à trop accentuer les oppositions dans un souci d'affirmation identitaire, on oblitère les points de contact et les relations d'influence. Or, il ne faut pas méconnaître les caractères artificiel, irrationnel, voire idéologique de cette grande division du droit. Des remarques similaires pourraient être formulées à propos du droit du travail ou du droit de la consommation.

Surtout, l'argument de l'autonomie, entendue au sens faible de particularisme, ne justifie rien. Certes, la divergence de solution peut s'expliquer par une différence de logique, mais souvent

⁴⁹ Voir la lettre de Trotabas publiée par M. Cozian (RF. Fin. Publ. 1995, p.259, et in *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec 4^{ème} éd. 1999, p.13) dans laquelle il explique comment, jeune agrégatif et stagiaire chez un avocat au Conseil, il a inventé la théorie de l'autonomie du droit fiscal afin que l'administration puisse l'emporter dans des contentieux.

l'argument d'autonomie dispense malencontreusement de vérifier s'il existe vraiment des considérations fortes devant conduire à des conclusions particulières. L'autonomie est alors présentée comme un fait, un donné qui implique nécessairement l'originalité d'une solution. La solution est singulière parce que le corps de règles dont elle est le produit est autonome : voilà le sophisme qui tient lieu de raisonnement ! Les effets pervers sont redoutables, car une fois l'autonomie reconnue, elle servira à justifier et à légitimer d'autres divergences et particularités par rapport au droit commun. L'autonomie alimente l'autonomie dans un mouvement sans fin.

Le même raisonnement se retrouve au sein des universités. Ici l'enjeu est la création ou le développement d'une discipline. Chaque spécialiste a tendance à se battre pour que sa matière soit enseignée ou pour augmenter le nombre d'heures de cours qui lui est attribué, pour qu'un diplôme spécialisé soit institué, voire un troisième cycle ouvert. L'un des arguments avancés au soutien de ces prétentions est l'autonomie de la discipline enseignée afin d'affirmer qu'elle est irréductible à aucune autre et qu'il est impossible de la fondre dans un enseignement déjà existant. Apparaît à nouveau le sophisme réaliste : dans la mesure où le savoir scientifique se divise en domaines autonomes, il convient que l'autonomie de chaque discipline juridique soit reconnue et consacrée par l'université. Raisonnement parfaitement illusoire et tautologique, car l'autonomie n'obéit à aucun critère scientifique. Ce pseudo concept n'est que la traduction d'intérêts catégoriels et d'objectifs politiques.

En outre, la rhétorique autonomiste produit des effets pervers. Elle accrédite l'idée que chaque discipline juridique forme un îlot, une parcelle hermétique. Il suffirait, selon certains, de la bien connaître pour être un bon juriste spécialiste, ce qui autoriserait les étudiants et les enseignants à ignorer la vie des autres disciplines. Mais, poussée à l'extrême ce cloisonnement est alors synonyme de myopie intellectuelle, d'appauvrissement culturel et de mutilation du savoir. Certes, la spécialisation est une conséquence de la complexité du droit et de la société ; mais cette inévitable évolution doit être combattue, du moins quant à l'ampleur de ses effets, au lieu d'être complaisamment accueillie comme une marque de compétence. Ce phénomène est d'autant plus désastreux que la rhétorique autonomiste ne se contente pas de compartimenter la matière juridique elle-même, mais aussi de l'isoler des autres champs du savoir. Il faut se demander si le rejet quasi total de l'interdisciplinarité dans le cursus de formation des juristes, en France, n'est pas un avatar de cette funeste croyance selon laquelle la science juridique se suffit à elle-même ; il n'est pas impossible que l'illusion de l'autonomie du droit mène à l'autosatisfaction et donc à une insularité desséchante.

III – L'arbre et le rhizome : de l'hypostase à la vérité métaphorique

La dialectique entre le droit commun et les droits spéciaux, avec pour enjeu l'autonomie de ceux-ci, s'est bâtie au cours des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles sur le rêve de l'unité. Sans doute la modernité n'y est pas étrangère qui a vu se propager une conception de la science dont l'objet est d'atteindre les principes premiers pour en déduire des conclusions sous forme de ramifications. L'idée de présenter les divisions du droit en recourant à l'image de l'arbre, avec ses racines, son tronc et ses branches, participe de cette philosophie. Mais que vaut, au plan scientifique, cette métaphore ?

La métaphore est un moyen de compréhension que l'on aurait tort, sous prétexte de scientificité, de bannir du discours sur le droit. Paul Ricœur conçoit la métaphore, ou plus exactement la métaphore continuée (ou encore réseau métaphorique), comme l'équivalent, pour le langage poétique, de ce qu'est le modèle pour le langage scientifique. Ce sont des instruments de « *re-description* » de la réalité qui participent de la logique de la découverte, et non de celle de la preuve. Tous deux visent à re-décrire la réalité par le chemin détourné de la fiction heuristique. La vérité métaphorique est donc essentiellement « *tensionnelle* » ; tension entre le « *est* » et le « *n'est pas* ». Plus précisément, la vérité métaphorique est tendue entre ce qui n'est pas (littéralement) et ce qui est (métaphoriquement). Paradoxe de la copule « *est* » : « *Être-comme signifie être et ne pas être* »⁵⁰. En revanche, l'utilisation de la métaphore est abusive lorsqu'on prétend ne plus se contenter de son apport heuristique pour prétendre qu'il s'agit d'une pure description de la réalité. Cet abus de métaphore, en ce qu'il gomme la distance entre le semblable et le différent (entre le même et l'autre pour parler comme Ricœur), est doublement critiquable : il induit en erreur par sa prétention à rendre compte de la réalité et il vide la métaphore de tout intérêt⁵¹.

Or c'est dans ce travers que tombe la description des divisions du droit sous la forme d'une arborescence. L'image de l'arbre n'est pas, telle qu'elle est le plus souvent employée en doctrine, une métaphore au sens ricœurien, car elle prétend décrire la réalité en oblitérant toute distance entre le comparé et le comparant et en minimisant la part de construction et de fiction qu'elle recèle. Ainsi utilisée, elle substitue la fusion à la distance, la confusion à la distinction. Elle relève du phénomène de l'hypostase qui, dans son sens moderne, signifie : traiter comme une réalité en soi ce qui n'est qu'une abstraction, une fiction⁵². Qui plus est cette image ne parvient pas à rendre compte correctement du phénomène des divisions du droit. En admettant les limites et la part de construction, de re-description, inhérente à toute métaphore, il est possible de proposer, parmi beaucoup d'autres possibles, l'image du rhizome, mieux à même de dire comment le droit est à la fois un et multiple, structuré et enchevêtré.

A – L'arbre

Il est traditionnel de représenter les divisions du droit à l'aide de la métaphore de l'arbre et des branches. Chaque droit spécial serait rattaché au droit commun comme des branches à un tronc ; lequel irriguerait chacune des branches de ses principes et règles, sauf si des dispositions spéciales contraires existent. Quant aux rapports des branches entre elles, il suffirait de constater ce fait naturel que chacune est indépendante des autres et donc indifférentes aux autres. Après la magistrale étude de F. Grua, il n'y a pas lieu d'insister sur la critique de cette image. Elle accrédite l'idée, pourtant démentie par les faits, qu'il existe un corps de principes ou de règles commun à toutes les disciplines juridiques, une même sève qui alimenterait tous les rameaux. En réalité, si partie commune il y a, c'est seulement une culture partagée par les juristes qui ont été formés dans les mêmes écoles et ont vu leur esprit et leur méthode de raisonnement façonnés par des canons ancestraux. Seul un viscéral besoin d'unité et de simplicité systématique pousse la théorie du droit d'inspiration cartésienne à rechercher

⁵⁰ P. Ricœur, *La métaphore vive*, Point Seuil 1975, p.388.

⁵¹ Sur l'utilisation abusive de la métaphore : G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1938 ; A. Sokal et J. Bricmont, *Impostures intellectuelles*, O. Jacob 2^{ème} éd. 1999 ; ainsi que les références citées par P. Ricœur, op. cit..

⁵² Ce que P. Ricœur appelle la « *naïveté ontologique dans l'évaluation de la vérité métaphorique* », op. cit., p.313.

des fondements et des principes communs. Dans cette perspective la métaphore de l'arbre est suggestive, mais abusive lorsqu'on prétend l'ériger en description de la réalité juridique.

Tout d'abord, il est difficile de dire s'il existe un ou plusieurs arbres, ou seulement un buisson, tant la présentation est variable selon les auteurs. Tantôt, le droit est présenté comme une division en branches, sans tronc commun apparent. Il en est ainsi pour J. Oudot qui distinguait quatre branches sans évoquer l'existence d'un tronc :⁵³. Tantôt les deux branches principales que seraient le droit privé et le droit public partent du même tronc, l'identité de celui-ci demeurant mystérieuse et souvent occultée⁵⁴. Mais le plus couramment, ces deux ensembles de droits spéciaux forment deux arbres distincts. Au sein même du droit privé, certains refusent de relier à un tronc unique le droit commercial et le droit civil, ce qui ferait deux arbres dans le seul droit privé ! Pire, le statut du droit civil est fluctuant selon les auteurs : c'est le tronc ou bien la branche principale ou maîtresse. Et que dire du droit pénal, du droit fiscal ou encore du droit processuel ? Sont-ils des arbres eux-mêmes ou bien des lianes qui traversent la frondaison de ceux dont la qualité d'arbre a été reconnue ? Et comment étiqueter les droits récemment apparus : sont-ce des arbustes, des drageons ou des rameaux ?

Ensuite, les relations entre les droits spéciaux et le droit civil ne peuvent s'expliquer selon le paradigme des branches et du tronc. Par exemple, le Code du travail dispose que « *le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun* » (art. L.121-1 al.). Ce rappel est superfétatoire si l'on se fie à la métaphore de l'arbre. Pourtant, la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 (art. 168) a introduit un nouvel article dans le Code du travail précisant : « *le contrat de travail est exécuté de bonne foi* » (art. L.120-4), ce qui paraît doublement inutile au vu de l'art. L.121-1 al. c.trav. et de l'art. 1134 al.3 c.civ.. Voilà qui manifeste une volonté ferme de séparer le droit du travail du Code civil en fournissant au premier les moyens de ne plus se référer au second. Peu à peu, cette méthode conduira à considérer que les règles du droit civil des contrats ne sont applicables en droit du travail que si et seulement si elles sont explicitement reprises dans le Code du travail ; ce qui est déjà le cas pour l'article 1184 du Code civil qui ne peut plus être invoqué par l'employeur pour obtenir la résolution judiciaire du contrat de travail. Plus remarquable encore, on constate que la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation se plaît à viser des textes du Code civil en leur faisant produire un sens opposé à celui qui leur est conféré en droit civil. Il en est ainsi pour l'art. 2044 c.civ. qui est sollicité afin d'interdire à un employeur et son salarié de transiger si le contrat de travail n'est pas définitivement rompu ou pour l'art. 1134 al 2. c.civ. qui sert de fondement à l'annulation d'une clause par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier unilatéralement le contrat de travail. On retrouve un phénomène comparable en droit commercial. Il ne fait de doute pour personne que les règles du Code civil relatives aux obligations s'appliquent aux relations entre commerçants. Pourtant, la jurisprudence en a écarté certaines comme par exemple celle de la prohibition de l'anatocisme infra annuel et celle de l'absence de présomption de solidarité.

Enfin, on constate des influences réciproques et transversales qui ne respectent pas les flux verticaux d'une arborescence. Ainsi, le droit administratif inspire le droit civil (ex. en matière de responsabilité des préposés et des dirigeants de sociétés *in bonis*), tout en puisant

⁵³ Droit constitutionnel, droit de la famille, droit privé proprement dit et droit public, J. Oudot, Premiers essais de philosophie du droit, 1846, p.70.

⁵⁴ Peut-être est-ce la philosophie du droit, cette « *branche du droit qui domine toutes les autres* » selon l'expression de H. L. et J. Mazeaud et F. Chabas, Leçons de droit civil, T.I, 1^{er} vol., Introduction à l'étude du droit, Montchrestien 11^{ème} éd. 1996, n°23 ?

abondamment à la source de celui-ci, au point d'appliquer expressément des articles du Code civil (ex : art. 1153) ou de se rallier à la jurisprudence de la Cour de cassation (ex : obligation d'information médicale). Inversement, le droit de la concurrence et le droit de la consommation ont effectué des percées remarquables dans le droit administratif en s'appliquant, dans une certaine mesure, aux services publics. Sans revenir sur l'influence notable du droit de la consommation sur le droit civil et le droit commercial, émettons simplement l'hypothèse suivant laquelle la jurisprudence relative à l'éradication des clauses abusives entre professionnels n'aurait probablement jamais vu le jour sans le modèle de l'art. 35 de la loi du 10 janvier 1978 (aujourd'hui art. L.132-1 c.consom.). Pour finir, rappelons que la définition de la faute civile d'imprudence a longtemps été confondue avec son homologue pénale à cause de l'existence de la règle de procédure pénale d'unicité des prescriptions des actions publique et civile. La conclusion qui doit être tirée de ces quelques exemples d'interpénétration est que les différents droits spéciaux ne sont pas comme des branches d'un même tronc, mais plutôt comme des pôles en interaction d'un même réseau.

Certains auteurs avaient perçu, très tôt, l'approximation de cette manière très moderne de présenter le droit en arborescence. Ainsi Planiol avertissait : « *il est difficile d'établir une division bien nette entre les différentes branches du droit. Les points de contact sont nombreux ; beaucoup de matières ou de questions sont communes à deux ou quelquefois à trois branches différentes, où l'on s'en occupe sous des points de vue variés. Cependant, si les limites précises manquent souvent, l'existence de grandes divisions naturelles n'en est pas moins hors de doute* »⁵⁵. Or, ces prudentes réserves ne sont plus de mise en doctrine, peut-être en raison d'un goût immodéré pour l'esprit de géométrie et de système. Par exemple, H. Capitant et L. Josserand opposent abruptement deux grands domaines : le droit public et le droit privé, et à l'intérieur de chacun d'eux divisent les matières en branches et en rameaux⁵⁶. Continuant le Traité élémentaire de M. Planiol, G. Ripert et J. Boulanger suppriment le prudent avertissement de leur illustre prédécesseur et exposent la présentation des nombreuses divisions du droit sans insister sur les nombreux chevauchements et points de contact⁵⁷. La présentation doctrinale actuelle, sous réserve de critiques adressées à la distinction entre le droit public et le droit privé, a tendance à prendre pour argent comptant les fameuses divisions arborescentes du droit privé ; le summum de la « *naïveté ontologique* » étant atteint par J. Brethe de la Gressaye et M. Laborde-Lacoste : « *ces divisions du droit ne sont pas seulement logiques ; elles sont conformes à la réalité sociale* »⁵⁸. Plus fine est l'analyse de J. Bonnetant : « *il va de soi que c'est en pure analyse que l'on peut ainsi séparer le Droit public en plusieurs parties ; dans la réalité, ces quatre branches se fondent au sein du Droit public et se pénètrent réciproquement* »⁵⁹. Curieusement, l'auteur n'a pas réitéré cette judicieuse remarque à propos du droit privé ..., mais peut-être, dans son esprit, cela allait-il de soi.

B – Le rhizome

⁵⁵ Traité élémentaire de droit civil, 5^{ème} éd. 1908 (1^{ère} éd. 1899), T.I, n°18.

⁵⁶ H. Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, 4^{ème} éd. 1923 (1^{ère} éd. 1897), n°12 et s. ; A. Colin et H. Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, 7^{ème} éd. 1931, T.I, n°6 ; L. Josserand, Cours de droit civil positif français, 1930, T.I, n°10 et s., qui remarque cependant une influence des rameaux nouveaux sur la « *souche primitive et commune* » (n°14).

⁵⁷ Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol, par Ripert avec le concours de Boulanger, 4^{ème} éd. 1948, T.I, n°30.

⁵⁸ Introduction générale à l'étude du droit, Sirey 1947, n°130.

⁵⁹ Introduction à l'étude du droit, Sirey 3^{ème} éd. 1939, n°72. L'auteur divise ainsi le droit public : Droit constitutionnel, droit administratif, droit criminel et droit procédural.

Contre la pensée arborescente et radiceuse ou organisée autour d'un centre-pivot, G. Deleuze et F. Guattari ont imaginé la figure végétale du rhizome : réseau de tiges ou de canaux hétérogènes aux multiples connexions produisant un système a-centré et non hiérarchique⁶⁰. L'unité n'est pas un point de départ ni un objectif ; elle n'est même plus divisée pour tenir compte de la réalité ; elle est abandonnée au profit de l'irréductible multiplicité. A l'instar des tiges du rhizome, les disciplines juridiques multiplient entre elles les points de contact et de divergence, sans qu'aucune ne serve de matrice ou de centre de convergence, de pivot. Chacune est donc susceptible en même temps d'être influencée par une ou plusieurs autres, ou au contraire d'influencer une ou plusieurs autres, d'être à la fois perméable et adventice. Certes, au cours de l'histoire l'une d'entre elles peut, en raison de sa technicité ou de son rayonnement, jouer un rôle architectonique. Mais ces « *nœuds d'arborescence* » sont provisoires et contingents. La véhémence de l'une d'entre elles peut lui permettre d'apposer sa marque et d'étendre son rayonnement sur les autres pendant un certain temps ; mais tôt ou tard elle recevra en retour l'influence d'autres disciplines et la sienne se tarira. Certains parleront alors de déclin et de dislocation de ce qui aura été un temps un point florissant, alors qu'il ne s'agira que d'un déplacement de la zone bourgeonnante.

Si l'image du rhizome est évocatrice de la complexité des relations multiples et multidirectionnelles entre les disciplines juridiques, il faut se garder de la prendre pour la réalité juridique elle-même. S'agissant d'une métaphore, elle n'aspire à proposer qu'un éclat de vérité et ne prétend pas appréhender l'intégralité d'une réalité morcelée, fragmentée. Si le rhizome conceptualise les divisions du droit mieux que ne le fait l'image de l'arbre, il recèle aussi sa part d'inexactitude, ou plus exactement de construction. Ainsi, les flux d'échanges croisés et les points d'interconnexion entre les disciplines ne sont qu'une vue de l'esprit, produit du découpage artificiel du savoir juridique en disciplines. Pour connaître et comprendre, l'esprit humain a besoin d'opérer des distinctions, mais la distinction devient un obstacle à la connaissance et à la compréhension lorsqu'elle est prise pour autre chose qu'elle est, à savoir une représentation nécessairement simplificatrice, et parfois caricaturale, du réel⁶¹. Par conséquent, les influences réciproques et les conflits de frontières entre les différentes spécialités juridiques n'existent que par l'utilisation excessive du concept de discipline. Si celui-ci est indispensable pour établir une classification des matières, son statut épistémologique n'a aucune valeur scientifique (en ce sens que la classification est assignifiante) et se limite aux services utiles qu'il rend dans l'organisation pratique et pédagogique de l'enseignement. Finalement, la métaphore du rhizome sert à comprendre les manifestations illusoire (interpénétration des spécialités juridiques) d'une construction intellectuelle abusivement étendue au-delà de sa modeste fonction et qu'il serait souhaitable de dissiper.

Au surplus, la métaphore du rhizome, à l'instar de l'image de l'arbre, a pour limite de réduire le droit aux lois. Elle représente l'enchevêtrement des divers corps de règles artificiellement ventilés en disciplines ; elle ne rend pas compte du travail des juristes dans la production et la construction du droit, ni dans la recherche de solutions justes à des problèmes posés. La présentation rhizomatique est donc inapte à figurer les traits saillants du phénomène juridique : l'inachèvement de son processus de création en éternel devenir et en prise permanente avec le passé, sa nature aporétique⁶² et dialectique, sa finalité. Quelle que soit la

⁶⁰ G. Deleuze et F. Guattari, *Rhizome*, éd. de Minuit, 1976 ; texte repris dans *Mille plateaux*, éd. de Minuit, 1980.

⁶¹ Cf. M.-L. Izorche, *Réflexions sur la distinction*, in *Mélanges C. Mouly*, Litec 1998, T.I, p.51 et spéc. n°26.

⁶² C. Atias, *Philosophie du droit*, PUF. Thémis 1999, p.243.

manière de découper la matière juridique, l'essentiel est méconnu, à savoir que le droit est une herméneutique⁶³ du juste.

En guise de conclusion voici une ouverture. La métaphore du rhizome est également intéressante pour représenter la dimension interdisciplinaire du droit. L'analyse ne se situe plus à l'intérieur de la matière juridique, mais à l'extérieur, au niveau du savoir en général. Edgar Morin a montré qu'en raison de son caractère péninsulaire, la connaissance est soumise à une épistémologie de la complexité⁶⁴. Appliquée au droit, cette épistémologie remet en cause le monisme et l'isolationnisme de la science juridique. Dans leur dernier ouvrage F. Ost et M. Van de Kerchove proposent le paradigme du réseau pour expliquer que le droit est interconnecté, pris dans un complexe méthodologique et épistémologique enchevêtré⁶⁵. La science juridique ne saurait échapper à ce bouleversement épistémologique qui suppose un décloisonnement des disciplines juridiques entre elles, mais aussi une ouverture de la science juridique vers les autres domaines du savoir. Non pas par goût de l'érudition, mais par souci de parvenir à un savoir fécond ; non pas en les ravalant au rang de sciences collatérales ou de disciplines auxiliaires du droit, mais en les considérant comme des sciences diagonales, traversant le droit de part en part, imbriquées dans le droit, tissées avec lui dans une seule trame. Sans succomber à la nostalgie du savoir unifié et universel, la méthode interdisciplinaire conduit à penser ensemble l'un et le divers dans leurs relations à la fois antagonistes et complémentaires : *unitas multiplex*⁶⁶. Exigeante démarche qui oblige à penser dans un abîme d'incertitudes, de questionnement et d'inachèvement.

A cet égard, le droit de la consommation pourrait être exemplaire, car les enjeux dont il est le théâtre révèlent l'intérêt et l'urgence d'une puissante ouverture interdisciplinaire. En effet, cette matière, comme beaucoup d'autres, ne peut être véritablement comprise qu'en recourant abondamment à l'histoire, l'économie, la sociologie, la philosophie, la politique, la psychologie, etc. Il est difficile de prédire le jugement que J. Calais-Auloy portera sur ces réflexions iconoclastes et inachevées. Peut-être ne sera-t-il pas convaincu, lui qui préfère, dans le domaine juridique, l'ordre des jardins à la française au désordre de la nature⁶⁷ ? Puissent-elles au moins contribuer à lui rendre hommage et fournir l'occasion de débattre à nouveau, pour le plus grand plaisir de leur auteur.

⁶³ Au sens où H.G. Gadamer entend ce terme (Vérité et méthode, trad. franç., Seuil 1996).

⁶⁴ Epistémologie de la complexité, RRJ. 1984, n°1, p.47. Voir aussi : La méthode, 3, La connaissance de la connaissance, Points Seuil. 1986, p.23.

⁶⁵ De la pyramide au réseau ?, pour une théorie dialectique du droit, Pub. Fac. Univ. St Louis, Bruxelles 2002, spéc. p.449 et s.

⁶⁶ E. Morin, La méthode, 1, La nature de la nature, Points Seuil 1977, p.145.

⁶⁷ Rapport de synthèse, in Concurrence et Consommation, sous dir. Y. Serra et J. Calais-Auloy, Dalloz Thèmes et Commentaires 1994, p.125.