

*Fondée par  
Henri Solus  
Professeur honoraire  
à la Faculté de droit  
et des sciences  
économiques de Paris*

BIBLIOTHÈQUE  
DE DROIT  
PRIVÉ  
TOME 236

*Dirigée par  
Jacques Ghestin  
Professeur  
à l'Université de Paris I  
(Panthéon-Sorbonne)*

# L'OBJET DE LA FONCTION JURIDICTIONNELLE : DIRE LE DROIT ET TRANCHER LES LITIGES

---

Dominique d'Ambra

*Préface de  
Georges Wiederkehr*

D

752

L·G·D·J

## TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE.....	XV
INTRODUCTION GENERALE.....	XIX
<b>PREMIERE PARTIE — DIRE LE DROIT, UNE FONCTION AUTONOME.....</b>	<b>1</b>
<b>TITRE 1 — LE DROIT.....</b>	<b>3</b>
<b>CHAPITRE 1 — RECHERCHE DES ELEMENTS CONSTI- TUTIFS DE LA DEFINITION DU DROIT.....</b>	<b>5</b>
<i>Section 1 — Le terme générique.....</i>	<i>5</i>
§ 1 — Le droit n'est-il qu'un ensemble de règles générales, abstraites et formulées ?.....	5
A. La conception traditionnelle.....	5
B. Appréciation critique de cette conception.....	6
I — La règle de droit est-elle toujours générale ?.....	6
II — La norme est-elle toujours formulée ?.....	8
§ 2 — Le Droit est un ensemble d'instruments de mesure.....	10
<i>Section 2 — Le terme spécifique ou le critère de la juridicité.....</i>	<i>13</i>
§ 1 — Analyse du critère classique : la contrainte.....	13
§ 2 — Le critère de la juridicité.....	16
<b>CHAPITRE 2 — NOTRE DEFINITION DU DROIT ET SES CONSEQUENCES.....</b>	<b>19</b>
<i>Section 1 — La définition du droit.....</i>	<i>19</i>
<i>Section 2 — Les conséquences de cette définition.....</i>	<i>21</i>

<b>TITRE 2 — LE JUGE ET LES SOURCES REELLES DU DROIT</b> .....	25
<b>CHAPITRE 1 — DIRE LE DROIT EN PRESENCE D'UN TEXTE</b> .....	27
<i>Section 1 — La loi</i> .....	27
§ 1 — L'interprétation de la loi du point de vue synchronique	28
A. L'interprétation est nécessaire.....	28
I — Les obscurités et les antinomies de la loi.....	28
II — La polysémie du texte.....	30
B. L'interprétation est créatrice .....	34
§ 2 — L'interprétation de la loi du point de vue diachronique	38
A. L'instauration de la méthode d'assouplissement des textes.....	39
B. Les éléments générateurs.....	41
<i>Section 2 — L'acte juridique</i> .....	44
§ 1 — Le clair.....	47
A. Le rôle de la déclaration de volonté.....	47
B. Les adjonctions et les corrections des actes juridiques défectueux .....	53
I — Les adjonctions aux contrats par voie d'interprétation.....	53
II — Les corrections apportées par le juge aux actes juridiques .....	55
a) Le redressement des actes défectueux par la forme	55
b) Les corrections apportées par les juges au contenu des actes juridiques .....	56
1) La rectification des testaments par les tribunaux	56
2) Les corrections des contrats par les tribunaux	59
§ 2 — L'obscur et l'incomplet.....	65
A. L'obscur.....	65
I — La recherche de la volonté .....	65
II — Critique de cette méthode.....	66
B. L'incomplet .....	67
<b>CHAPITRE 2 — DIRE LE DROIT EN L'ABSENCE DE TEXTE</b> .....	71

<i>Section 1 — La coutume</i> .....	71
§ 1 — Les usages.....	73
§ 2 — La coutume, règle de droit autonome .....	74
<i>Section 2 — Les principes généraux du droit</i> .....	76
§ 1 — L'origine des principes généraux du droit.....	77
§ 2 — La valeur normative des principes généraux du droit	79
A. Le Conseil constitutionnel et les principes généraux du droit.....	79
I — Les principes généraux du droit ont permis au Conseil constitutionnel d'étendre son domaine d'in- tervention.....	79
II — Les principes et les règles à valeur constitutionnelle ont permis au Conseil constitutionnel de bouleverser le principe de légalité .....	81
a) Conception large du bloc de constitutionnalité....	81
b) Les instruments de son pouvoir sur le législateur	84
B. Les autorités juridictionnelles et les principes généraux du droit.....	86
I — Le Conseil d'Etat et les principes généraux du droit .....	87
II — La Cour de cassation et les principes généraux du droit.....	91
a) L'indifférence de la Cour de cassation .....	92
b) Les arrêts du 25 avril 1985 .....	93
<i>Section 3 — La jurisprudence</i> .....	96
§ 1 — Les règles jurisprudentielles .....	98
§ 2 — L'équité .....	101
A. L'équité autorisée .....	101
I — Le renvoi explicite.....	101
II — Le renvoi implicite.....	103
B. L'équité non autorisée .....	103
I — L'équité et la spécificité du raisonnement juridique	104
a) La particularité du syllogisme judiciaire .....	104
1) La mineure.....	105
2) La majeure.....	106
b) Analyse d'exemples jurisprudentiels.....	107
II — La spécificité de la logique juridique .....	114

- a) La logique juridique n'est pas une logique formelle 115
- b) La logique juridique ne saurait être formalisée... 117

**DEUXIEME PARTIE — UNE FONCTION SOURCE DE POUVOIRS** ..... 125

**TITRE 1 — LE POUVOIR NORMATEUR**..... 127

**CHAPITRE 1 — UN ROLE SOURCE DE POUVOIR**..... 129

*Section 1 — Le rôle normateur*..... 130

§ 1 — La généralisation de fait des précédents ..... 132

A. Les motifs psychologiques..... 132

B. Les motifs d'ordre technique..... 133

C. Les motifs sociologiques..... 133

§ 2 — Le pouvoir impératif des cours suprêmes..... 134

Sous § 1 — Le contrôle par la Cour de cassation ..... 134

A. Etendue du Contrôle..... 135

I — Les griefs de fond ..... 138

a) Le contrôle de la violation de la loi ..... 138

b) Le contrôle de la qualification..... 140

1) Les conceptions doctrinales..... 140

α) Les théories restrictives..... 140

β) La théorie de l'universalité du contrôle de qualification ..... 142

2) Les solutions jurisprudentielles ..... 143

c) Le contrôle de la dénaturation ..... 145

1) Détermination des documents soumis au contrôle de la dénaturation ..... 146

α) La dénaturation des actes ayant un caractère obligatoire..... 146

β) La dénaturation des documents soumis à la libre appréciation des juges..... 147

2) Les conditions de la censure pour dénaturation ..... 148

d) Le défaut de base légale ..... 149

1) La nature du moyen..... 150

2) Analyse de la jurisprudence ..... 151

II — Les griefs de forme..... 152

a) L'absence de motifs ..... 153

b) La contradiction de motifs ..... 154

c) Les motifs hypothétiques ou dubitatifs.....	155
d) Le défaut de réponse à conclusion.....	156
B. Les instruments de l'unification.....	158
I — L'unité interne de la jurisprudence de la Cour de cassation.....	158
a) La spécialisation des chambres.....	158
b) La réunion d'une chambre mixte.....	159
II — La clarté de formulation.....	160
Sous § 2 — Les cours suprêmes peuvent imposer leur interprétation aux juges du fond.....	162
A. Cassation sans renvoi et décision au fond.....	162
I — Les décisions au fond.....	162
II — La cassation sans renvoi.....	163
B. Les arrêts de l'Assemblée Plénière.....	164
<i>Section 2 — Le pouvoir normateur.....</i>	166
§ 1 — Rappels historiques relatifs au pouvoir judiciaire.....	166
§ 2 — Approche de la notion de pouvoir.....	168
A. Les facteurs du pouvoir normateur.....	170
B. Prise de conscience du phénomène.....	172
<b>CHAPITRE 2 — UN POUVOIR DISCUTE.....</b>	177
<i>Section 1 — Les obstacles juridiques.....</i>	177
§ 1 — La théorie de la séparation des pouvoirs.....	177
§ 2 — L'interdiction des arrêts de règlement.....	180
§ 3 — La relativité de la chose jugée.....	182
<i>Section 2 — Les principes insuffisants de la représentation juridico-discursive du pouvoir judiciaire.....</i>	184
§ 1 — L'égalité.....	184
§ 2 — La neutralité.....	187
<b>CHAPITRE 3 — UN DEBAT OCCULTE.....</b>	193
<i>Section 1 — La doctrine classique et le mythe de la loi.....</i>	193
§ 1 — La doctrine classique minimise le rôle du juge.....	193

§ 2 — Le mythe de la loi.....	195
<i>Section 2 — La doctrine moderne et la politisation du pouvoir</i>	198
<b>TITRE 2 — LE POUVOIR DISCIPLINAIRE.....</b>	201
<b>CHAPITRE 1 — LES INDICES DU POUVOIR DISCIPLINAIRE.....</b>	203
<i>Section 1 — Une nouvelle image de la fonction judiciaire.....</i>	203
§ 1 — Les nouveaux traits de l'intervention judiciaire.....	203
A. La juridiction des référés.....	203
I — L'extension du domaine de la juridiction des référés	204
II — L'accroissement des pouvoirs du juge des référés	206
B. Le juge unique.....	208
I — Une solennité réduite.....	211
II — Des pouvoirs importants.....	211
III — L'instrument d'une politique.....	212
C. L'intervention dans les rapports économiques.....	212
D. L'impérialisme judiciaire.....	217
§ 2 — Les causes de cette transformation.....	217
<i>Section 2 — Le rituel judiciaire.....</i>	220
<i>Section 3 — L'attitude du pouvoir politique face aux juges...</i>	221
<b>CHAPITRE 2 — LA MISE EN EVIDENCE DU POUVOIR DISCIPLINAIRE.....</b>	223
<i>Section 1 — L'essence du pouvoir disciplinaire.....</i>	223
§ 1 — La surveillance hiérarchique.....	224
§ 2 — La sanction normalisatrice.....	225
§ 3 — L'examen.....	235
<i>Section 2 — L'utopie d'aujourd'hui et la réalité de demain ..</i>	239
§ 1 — Le déclin de la motivation.....	239
§ 2 — Une justice proche de la cité.....	243
§ 3 — L'indépendance interne.....	246

<b>CHAPITRE 3 — L'EXERCICE DU POUVOIR DISCIPLINAIRE</b> .....	249
<i>Section 1 — Les caractéristiques de l'exercice de ce pouvoir</i> .....	249
<i>Section 2 — Les dangers de ce pouvoir</i> .....	251
§ 1 — L'arbitraire du juge .....	251
§ 2 — Le juge est pris dans des enjeux qui le dépassent ..	252
 <b>TROISIÈME PARTIE — TRANCHER LES LITIGES, L'OBJET PROPRE DE LA FONCTION JURIDICTIONNELLE.</b>	 257
 <b>TITRE 1 — DETERMINATION DES ACTES JURIDICTIONNELS</b> .....	 259
 <b>CHAPITRE 1 — LA NOTION DE JURIDICTION GRACIEUSE</b> .....	 261
<i>Section 1 — La survivance de la notion de juridiction gracieuse</i> .....	262
<i>Sous-Section 1 — En doctrine</i> .....	262
§ 1 — Les fondateurs .....	262
§ 2 — Les continuateurs.....	263
A. Le critère formel.....	264
B. Le critère matériel .....	264
§ 3 — La doctrine classique .....	264
<i>Sous-Section 2 — En jurisprudence</i> .....	265
<i>Section 2 — Les définitions légales</i> .....	265
§ 1 — L'analyse des textes .....	266
A. L'article 2-1 de la loi du 15 juillet 1944.....	266
B. Le nouveau Code de procédure civile .....	267
§ 2 — Les difficultés de mise en œuvre .....	269
A. Le contentieux formel ou apparent.....	269
I — Les jugements d'expédient.....	269
II — Le contentieux nécessaire .....	271
B. Le contentieux éventuel.....	271

<b>CHAPITRE 2 — LA NATURE DE LA JURIDICTION GRACIEUSE</b> .....	279
<i>Section 1 — Un régime juridique différent</i> .....	279
§ 1 — Les particularités de l'instance.....	279
A. L'introduction de l'instance.....	280
B. L'instruction de la requête.....	280
§ 2 — Le régime particulier de la décision gracieuse.....	283
A. Les recours contre les décisions rendues en matière gracieuse.....	283
I — L'ouverture des voies de recours.....	283
II — L'action principale en nullité.....	284
B. L'autorité des décisions gracieuses.....	286
I — L'absence d'autorité de la chose jugée.....	286
II — L'autorité de la chose décidée.....	288
<i>Section 2 — Un régime commandé par une nature différente</i> .....	291
<b>TITRE 2 — LE JURIDICTIONNEL ET LE JURISPRUDENTIEL</b> .....	295
<b>CHAPITRE 1 — LES DEUX ASPECTS D'UNE DECISION DE JUSTICE</b> .....	297
<i>Section 1 — Distinction entre le dispositif et les motifs</i> .....	297
<i>Section 2 — Distinction entre le juridictionnel et le jurisprudentiel</i> .....	300
<b>CHAPITRE 2 — TRANCHER LES LITIGES : LE GERME DES POUVOIRS DU JUGE</b> .....	303
<i>Section 1 — Trancher les litiges : germe d'un pouvoir créateur, spécifique et légitime</i> .....	303
§ 1 — Trancher les litiges germe du pouvoir créateur.....	303
§ 2 — La fonction juridictionnelle confère au pouvoir normateur du juge sa spécificité et sa légitimité.....	304

<i>Section 2 — Trancher les litiges : germe d'un autre pouvoir.</i>	309
§ 1 — Trancher les litiges : la source d'un pouvoir disciplinaire.....	309
§ 2 — Les avatars de la fonction juridictionnelle.....	311
<b>CONCLUSION GENERALE.....</b>	<b>313</b>
<b>Liste des principales abreviations .....</b>	<b>315</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>319</b>
<b>TABLE DES MATIERES.....</b>	<b>331</b>