

L'*obiter dictum* de la Cour de cassation

Sébastien Tournaux, Maître de conférences à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV

L'essentiel

Ce procédé d'origine anglo-saxonne reste méconnu malgré son usage croissant en France. C'est qu'il est parfois délicat de déterminer si une incise ou une phrase d'un arrêt constitue un *obiter dictum* et plus difficile encore d'établir avec certitude quelle est alors la finalité recherchée par les juges. Dans le cas de la Cour de cassation, les finalités sont duales. Les *obiter dicta* les plus retentissants sont ceux qui ont délibérément pour objet de créer une règle prétorienne nouvelle. Mais l'*obiter dictum* peut aussi être utilisé à des fins doctrinales. Son objectif, plus insidieux, repose alors sur la volonté de la Haute juridiction de structurer et de systématiser un corps de règles dont elle est l'initiatrice.

1. « La Cour de cassation a tellement entendu parler de jurisprudence par la doctrine, qu'elle paraît aujourd'hui très désireuse d'être associée, d'une manière ou d'une autre, à l'oeuvre législative » (1). Par ces mots, Carbonnier illustre l'évolution qui a profondément bouleversé le fonctionnement de la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire français, mais aussi, la conception que se font ses magistrats de leur pouvoir de juger. Cette « révolution judiciaire » (2), longtemps feutrée, a pris une toute autre dimension ces trente dernières années.

Qu'on le regrette ou que l'on s'en félicite, le constat selon lequel la jurisprudence est source de droit s'est progressivement ancré dans les réflexions de la doctrine française (3). Comme le relevait déjà Hébraud, « elle n'hésite plus à innover, retoucher, compléter, voire redresser, et par là à contribuer à la formation de notre droit » (4).

Le juge a pourtant tardé à intégrer sa position nouvelle. Comme l'écrivait le professeur Molfessis, le juge français a longtemps et artificiellement entretenu « la fiction de son absence de pouvoir créateur » (5). Pouvoir renié par son détenteur, la force créatrice de la jurisprudence demeurerait nécessairement enserrée dans les limites que lui avait imposées le code civil. Cette perception par la Cour de cassation de son propre pouvoir est désormais en pleine mutation. Dorénavant, le juge participe « consciemment » à la création du droit (6).

2. Si une telle évolution mène à s'interroger sur son caractère démocratique, il est cependant avéré que de nombreux signaux traduisent un déplacement du centre de gravité de la création du droit (7). Autrefois uniquement entre les mains du législateur, la création du droit est aujourd'hui ouvertement partagée entre le Parlement et la jurisprudence de la Cour de cassation. Ce « déplacement des pôles » (8) se justifie au moins en partie par la nécessité dans laquelle l'article 4 du code civil place le juge d'assumer un rôle créateur face aux imperfections de la loi, dont on ne cesse de déplorer l'inflation et la piètre qualité (9). Il continue toutefois de se heurter à la prohibition des arrêts de règlement édictée par l'article 5 du code civil.

3. Afin de contrecarrer le déficit de légitimité du juge dans ce rôle normatif, la Cour de

cassation a progressivement mis en oeuvre différents procédés destinés à atténuer ses conséquences néfastes sur la prévisibilité du droit. Outre la valeur désormais reconnue au principe de sécurité juridique⁽¹⁰⁾, la prise de conscience de son importance à l'égard de la jurisprudence de la Cour de cassation a émergé sous la plume de Christian Mouly⁽¹¹⁾ et a été mise au jour par la commande du rapport sur la rétroactivité des revirements de jurisprudence par le premier président Canivet⁽¹²⁾.

Parmi ces différents procédés figure, depuis 2001, l'apparition des communiqués diffusés par la Cour de cassation sur son site internet, technique qui a d'ores et déjà été finement analysée par la doctrine⁽¹³⁾. Le style d'une « banale fiche d'arrêt »⁽¹⁴⁾, adopté par les premiers communiqués, a parfois laissé place à de véritables « communiqués rhétoriques » qui apportent substantiellement à la solution rendue⁽¹⁵⁾.

Il faudrait encore parler de la diffusion plus fréquente de « notes rapports »⁽¹⁶⁾, c'est-à-dire de l'avis ou des conclusions de l'avocat général et du rapport du conseiller rapporteur ; évoquer l'institution du rapport annuel de la Cour de cassation⁽¹⁷⁾, souvent porteur de précieuses informations sur la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation⁽¹⁸⁾ ; aborder la question des prises de positions régulières de magistrats dans les colonnes de revues juridiques⁽¹⁹⁾ ; ou, enfin, faire état des avis sollicités auprès de la Cour de cassation⁽²⁰⁾.

L'objectif de transparence est manifeste, mais il ne faut pas s'y tromper : ces procédés servent de plus en plus de motivations annexes aux arrêts rendus. Alors qu'ils ne tendaient à l'origine qu'à permettre une meilleure diffusion des solutions rendues par la Cour de cassation, ces « motivations exogènes » ont dépassé leur objet originel et constituent des voies diversifiées pour émettre des contenus normatifs⁽²¹⁾.

L'*obiter dictum* s'apparente parfaitement à ces types de procédés et en est même, peut-être, l'une des toutes premières manifestations.

4. L'apparition des *obiter dicta* dans la jurisprudence de la Cour de cassation paraît avoir été remarquée au cours de l'année 1969⁽²²⁾. Hébraud est le premier à s'émouvoir du procédé jugeant qu'« on ne peut manquer d'éprouver des hésitations sur cette initiative audacieuse »⁽²³⁾. Il paraît juger qu'il s'agit là d'une première : jamais la Cour de cassation ne s'était jusqu'alors permis de statuer ainsi en dehors du procès, de surcroît sur proposition ouverte de l'avocat général⁽²⁴⁾. Le procédé paraît si surprenant qu'il n'est même pas qualifié par l'auteur⁽²⁵⁾.

Il s'agit pourtant bien d'un *obiter dictum*. Cette terminologie latine incite à prendre le droit romain comme point de départ de la recherche⁽²⁶⁾. Le résultat est décevant, aucun manuel ou traité de droit romain ne traitant de ce mécanisme. Le droit romain et les adages latin ayant été redécouverts et remodelés sous l'influence des glossateurs de l'école de Bologne, c'est dans l'ancien droit que cette recherche pouvait être plus fructueuse. L'ancien droit français ignore pourtant lui aussi cette technique, cela s'expliquant en partie par l'absence d'obligation de motivation à la charge des Parlements de l'Ancien Régime⁽²⁷⁾. Il faut alors conclure que ce latinisme résulte de l'usage différent du latin selon les systèmes juridiques⁽²⁸⁾. Les termes d'*obiter dictum* n'auraient longtemps été usités que dans les systèmes de *common law*⁽²⁹⁾.

5. Le rapprochement des systèmes de droits romano-germaniques et de *common law* a parfois été relevé⁽³⁰⁾. « La règle de droit surtout, tend de plus en plus à être conçue dans les pays de *common law* comme elle l'est dans les pays de la famille romano-germanique »⁽³¹⁾. De la même manière, les juges de *common law* s'intéressent de plus en plus à la concision si souvent reprochée aux décisions françaises. Cette convergence est cependant réciproque, si bien que les systèmes romano-germaniques s'altèrent eux aussi par l'effet de l'importation de concepts typiquement anglo-saxons.

Ainsi la technique du précédent fait peu à peu son apparition en droit français. En effet, si la notion de *binding precedent* de *common law* n'existe officiellement pas en droit français⁽³²⁾,

de nombreuses illustrations démontrent qu'elle tend aujourd'hui, comme l'*obiter dictum*, à traverser la Manche et l'Atlantique³³. A cela s'ajoute que l'usage des communiqués de presse de la Cour de cassation et la publication d'écrits de magistrats relatifs à des affaires jugées peuvent, d'une certaine manière, s'apparenter à une évolution des méthodes judiciaires s'approchant de celles des juges de *common law*, notamment de leur souci de motivation aussi exhaustive que possible de la solution rendue³⁴. Il ne s'agit certes pas d'aller jusqu'à intégrer aux décisions les opinions dissidentes ou les opinions séparées³⁵, mais la convergence demeure patente.

En un sens, l'usage de l'*obiter dictum* participe donc du rapprochement des méthodes propres à chaque système juridique, au même titre que le droit communautaire ou, plus largement, que les phénomènes d'internationalisation du droit³⁶. Le caractère relativement contemporain de ces phénomènes permet de comprendre la tardiveté de l'apparition des *obiter dicta* dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

6. La technique de l'*obiter dictum* a diffusé bien au-delà des juridictions des pays de *common law*. On la retrouve, d'abord, dans de nombreux systèmes d'origine romanistes³⁷. Elle a, ensuite, irrigué les juridictions internationales³⁸ et européennes³⁹. Elle a, enfin, été utilisée en droit interne français, tant dans les ordres administratif⁴⁰ et judiciaire⁴¹ que devant le Conseil constitutionnel⁴².

Depuis ce premier *obiter dictum* remarqué en 1969, d'autres ont été identifiés par la doctrine dans des décisions de toutes les chambres de la Cour de cassation, y compris d'ailleurs devant la chambre criminelle dont on aurait pu attendre, au nom des principes de légalité et d'interprétation stricte de la loi pénale, qu'elle demeurât en retrait de ce mouvement⁴³. Mais le nombre de ces décisions restait encore très relatif il y a quinze ans⁴⁴ et l'utilisation de l'*obiter dictum* est, encore aujourd'hui, « peu fréquente »⁴⁵. Certains auteurs estiment toutefois que le procédé aurait tendance à devenir usuel⁴⁶. Entré dans les moeurs judiciaires, l'usage de cette technique est d'ailleurs de plus en plus fréquemment sollicité par la doctrine⁴⁷.

7. Malgré ce développement, la technique de l'*obiter dictum* reste relativement mal connue. La recherche d'une définition de la notion tourne rapidement au jeu de piste puisque les manuels de droit processuel l'ignorent et que les ouvrages d'introduction au droit ne lui consacrent au mieux que quelques lignes⁴⁸. Le vocabulaire Cornu définit toutefois l'*obiter dictum* comme une « locution latine (...) qui sert à désigner, dans un jugement, une opinion que le juge livre chemin faisant, à titre indicatif, indication occasionnelle qui, à la différence des motifs, même surabondants, ne tend pas à justifier la décision qui la contient, mais seulement à faire connaître par avance, à toutes fins utiles, le sentiment du juge sur une question autre que celles que la solution du litige en cause exige de trancher »⁴⁹. L'*obiter dictum* ne serait donc qu'une simple opinion émise par le juge dans un jugement, opinion inutile à la décision rendue. Cette définition pose les jalons d'une réflexion nouvelle sur la notion d'*obiter dictum*, à la fois parce qu'elle comporte des éléments d'identification, mais aussi parce qu'elle reste porteuse d'une forte ambiguïté compte tenu des liens étroits entre le jugement et le litige.

Cette définition ouvre également les portes d'une réflexion plus large sur les fonctions des *obiter dicta*. En effet, leur ambiguïté notionnelle rejaillit sur leurs fonctions. Placé dans le cadre de la décision, l'*obiter dictum* devrait en adopter l'autorité et s'apparenter, ainsi, à la norme jurisprudentielle. En somme, l'*obiter dictum* serait un énoncé normatif placé dans la décision, mais hors du litige. Un tel phénomène, bien surprenant au pays de la sacralisation de la loi et de la prohibition des arrêts de règlement, impose de trouver de solides justifications à la technique pour que l'ordonnancement juridique puisse l'accepter. Pour autant, intervenant hors du litige, sa fonction normative est parfois réduite à une fonction doctrinale, voire à une simple fonction pédagogique. L'étude des fonctions de l'*obiter dictum* permet de faire le départ entre ces différentes fonctions, mais aussi de souligner leur utilité complémentaire et cohérente avec l'évolution du rôle du juge français.

8. Afin de démontrer l'ensemble de ces éléments, il conviendra en premier lieu d'envisager les

critères de l'*obiter dictum*, lesquels présentent une relative ambivalence puisqu'ils caractérisent une règle placée dans le jugement mais hors du litige. Ces critères forment dès lors une notion ambivalente d'*obiter dictum*. En second lieu, il conviendra d'exposer les fonctions complémentaires de l'*obiter dictum*, lesquelles découlent de la volonté de la Cour de cassation, par l'*obiter dictum*, à la fois d'assumer des fonctions de création du droit et, dans le même temps, de permettre une meilleure communication des règles prétoriennes.

L'ambivalence notionnelle de l'*obiter dictum*

9. Parmi les questions que suscite l'*obiter dictum*, il y a d'abord celle de savoir ce qu'est une opinion émise dans un jugement, lequel n'est pas traditionnellement le lieu pour émettre une opinion, mais celui pour trancher un litige. Le juge, usant de son pouvoir de *jurisdictio*, interprète des règles de droit, voire crée de véritables normes, mais il n'émet pas à proprement parler d'opinion.

Cette qualification d'opinion s'explique par le fait que l'*obiter dictum* constitue une « incidente ajoutée dans un raisonnement » (50), « un motif qui déborde largement les nécessités de l'espèce » (51). En ce qu'il ne tend pas à justifier la décision judiciaire rendue, il apparaît comme le catalyseur d'un hiatus entre la décision, au sens formel du terme, et la solution rendue dans le cadre du litige. Cette proposition comporte une véritable ambivalence puisque le jugement constitue la décision qui a précisément pour objet de trancher le litige. Le lien très étroit entre le jugement et le litige ne devrait pas permettre qu'un tel hiatus se matérialise dans l'*obiter dictum*.

Malgré cette ambiguïté, ce sont bien ces deux éléments qui permettent de caractériser l'*obiter dictum*. Ainsi, d'un point de vue formel, l'*obiter dictum* est une règle de droit énoncée par la décision alors que, d'un point de vue matériel, l'*obiter dictum* est une règle de droit énoncée au-delà du litige.

Le critère formel de l'*obiter dictum* : une règle de droit énoncée par la décision

10. Le jugement est parfois défini, dans un sens matériel, comme toute décision de caractère juridictionnel émanant d'un juge (52). Cette conception matérielle du jugement ne permet pas d'étudier l'*obiter dictum* qui doit être formalisé par le jugement, au sens formel du terme (53). L'étude se limitant aux *obiter dicta* de la Cour de cassation, le terme de jugement demeure trop ambigu si bien qu'il lui sera préféré celui plus générique de décision.

L'arrêt, forme particulière de jugement, se décompose en plusieurs parties précisément décrites par les articles 454 et suivants du code de procédure civile. Les *obiter dicta* ne peuvent prendre place que dans certaines parties de l'arrêt aptes à héberger un contenu normatif. Dans ces conditions, l'exposé des faits ou de la procédure ne peut naturellement pas contenir un *obiter dictum*. L'*obiter dictum* ne peut pas plus se trouver dans la partie décisive de l'arrêt, c'est-à-dire dans son dispositif car celui-ci n'énonce pas de règle juridique (54).

Finalement, seuls les visas et les motifs de l'arrêt sont susceptibles d'accueillir une règle de droit énoncée par la Cour de cassation et, partant, de comporter un *obiter dictum*.

L'*obiter dictum* dans les visas de la décision

11. Lorsque la Cour prononce la cassation d'une décision des juges du fond, l'*obiter dictum* figure parfois au sein même des visas qui fondent impérativement la solution (55). Les visas ont servi de support à un *obiter dictum* dans les décisions suivantes.

12. Le premier exemple s'extrait de deux arrêts rendus par la Cour de cassation le 13 décembre 2002 en matière de responsabilité du fait d'autrui (56). Dans ces affaires, l'assemblée plénière venait confirmer un arrêt rendu par la deuxième chambre civile, décision par laquelle elle avait écarté l'exigence d'une faute commise par un enfant pour retenir la responsabilité de ses parents (57). Alors que l'arrêt fondateur s'était contenté de viser les alinéas 4 et 7 de l'article 1384 du code civil, l'assemblée plénière fait également référence à

l'alinéa premier pour fonder la cassation, tout en conservant une motivation résolument centrée sur la responsabilité des parents du fait de leur enfant. Cet ajout, « qui n'est sans doute pas le fruit du hasard » (58), indique à mots couverts que la Cour de cassation souhaite étendre la règle posée pour les parents aux personnes civilement responsables par application du principe général de responsabilité du fait d'autrui (59). Si les commentateurs n'ont pas expressément identifié ce visa comme un *obiter dictum*, il s'agit pourtant bien d'une règle présentée par la décision au-delà du litige qui opposait les parties.

Le second, qui relève également de la responsabilité civile, provient d'un arrêt rendu par la première chambre civile le 30 janvier 2001 (60). Jugeant dans un chapeau de tête que « la déclaration par le juge répressif de l'absence de faute pénale non intentionnelle ne fait pas obstacle à ce que le juge civil retienne une faute civile d'imprudence ou de négligence », la Cour de cassation semblait ne faire là qu'une très stricte application de la loi du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels et, donc, de la dissociation des fautes civiles et pénales d'imprudence (61). Cette impression laissée par une lecture trop rapide de l'arrêt s'estompait pourtant très vite après analyse du visa qui, outre les articles 1351 et 1383 du code civil, mentionnait également, de manière bien plus inattendue pour une affaire de responsabilité quasi-délictuelle, l'article 1147 du même code. Cette référence indirecte à la responsabilité contractuelle constitue également un *obiter dictum* (62).

13. Ces deux exemples démontrent que l'*obiter dictum* peut parfaitement trouver sa place dans la simple référence à un texte. Il est en outre théoriquement possible qu'un *obiter dictum* soit décelé dans l'énonciation d'un principe général par les visas de l'arrêt (63). Plus couramment, l'*obiter dictum* prend place dans la motivation de la Cour de cassation.

L'*obiter dictum* dans les motifs de la décision

14. L'*obiter dictum* se situe le plus souvent dans l'exposé des motifs de la Cour de cassation, que ce soit dans un chapeau ou dans une motivation revêtant une forme plus commune et précédant le dispositif.

Il prend habituellement la forme d'une incidente, encadrée par des virgules et le plus souvent très concise (64). Lorsque la chambre sociale de la Cour de cassation énonce dans un chapeau de tête que « sauf volonté contraire des parties, le licenciement pour faute grave exclut le versement de l'indemnité de licenciement » (65), l'identification à un *obiter dictum* de l'incise « sauf volonté contraire des parties » est facilitée par sa séparation formelle du reste de la phrase dont il est effectivement fait application dans l'arrêt (66).

La séparation formelle par le jeu d'une incise n'est pas systématique et l'*obiter dictum* peut tout à fait être identifié dans l'usage d'un simple mot supplémentaire. L'exemple le plus topique demeure celui de l'arrêt rendu par la première chambre civile le 20 mai 1969 (67). La distinction entre enfants légitimes, enfants naturels simples et enfants adultérins était encore des plus vivaces (68). La Cour de cassation fut saisie d'une affaire plutôt banale, relative à une action à fins de subsides fondée sur l'article 342, alinéa 2, du code civil alors applicable. L'enfant ayant la qualité d'enfant légitime, la Cour eut pu se contenter de confirmer sa jurisprudence habituelle aux termes de laquelle seul l'enfant adultérin ou incestueux est habilité à exercer cette action. Pourtant, la première chambre civile décida d'étendre sensiblement le champ de l'action en disposant que « l'action en réclamation d'aliments prévue par ce texte n'est recevable que si son auteur a la qualité d'enfant naturel, simple ou adultérin ou incestueux » (69). L'action jusqu'alors interdite aux enfants naturels simples leur était étendue par l'usage d'un seul mot.

Ces éléments ne ressortent cependant que d'une recherche de systématisation des *obiter dicta* observés. L'absence de fondement textuel de cette pratique laisse évidemment la porte ouverte à l'adoption de formes différentes, à l'exception peut-être de la caractéristique tenant à sa concision, cela en raison de l'*imperatoria brevitatis* que la Cour de cassation s'est toujours imposée (70). Ainsi, alors que M. Jéol invitait la Cour de cassation à énoncer dans un chapeau l'*obiter dictum* selon lequel « l'abus d'un rapport d'exclusivité commis par la partie qui fixe le prix lors de l'exécution du contrat relève des règles de la responsabilité

contractuelle », l'assemblée plénière s'est contentée d'une incise ajoutée à l'attendu principal (71).

15. En revanche, l'hypothèse selon laquelle un silence dans la motivation du juge puisse révéler un *obiter dictum* doit être écartée. En effet, il est parfois tentant d'user, notamment, de l'interprétation *a contrario* pour identifier un contenu normatif dans les non-dits d'un arrêt. Un tel procédé relève de l'herméneutique juridique et est utilisé par la doctrine dont le rôle d'interprétation de la jurisprudence permet de faire émerger les prolongements d'une décision rendue. Par conséquent, l'origine du contenu normatif ainsi identifié ne peut que difficilement être prêtée à la volonté de la Cour de cassation.

De la même manière, la limitation formelle de l'*obiter dictum* à la motivation de la Cour de cassation exclut qu'il puisse prendre place dans l'exposé des moyens soulevés par les parties, ni surtout dans la réfutation par la Cour de cassation d'un moyen inopérant ou d'un motif erroné des juges du fond (72). L'identification de l'*obiter dictum* implique donc une parfaite maîtrise de la technique de cassation aussi bien qu'une lecture très attentive des décisions, tant l'imbrication des moyens erronés ou des motifs des juges du fond avec les motifs de la Cour de cassation est fréquente.

16. L'*obiter dictum* de la Cour de cassation se situe toujours dans le cadre formel de l'arrêt, ce qui n'est qu'une contradiction apparente avec la seconde de ses caractéristiques au titre de laquelle l'*obiter dictum* constitue également une règle posée hors du litige.

Le critère matériel de l'*obiter dictum* : une règle de droit énoncée hors du cadre du litige

17. La détermination du critère matériel de l'*obiter dictum* exige au préalable que soit défini le litige. Selon le professeur J. Normand, deux personnes sont en litige « dès que l'une d'elles, émettant une prétention d'ordre juridique, se heurte au refus de la reconnaître et d'y accéder, de la part de l'autre, qu'elle prétend qualifiée pour y faire droit » (73). Le litige est alors composé d'un conflit d'intérêt et, pour ce qui nous intéresse, d'une prétention juridique (74).

18. Si l'on reprend cette définition, dire que l'*obiter dictum* constitue un énoncé normatif hors du litige revient à considérer qu'il énonce une norme sans rapport avec les prétentions des parties. Ainsi exprimée, cette caractéristique doit être reliée avec les notions d'objet et de cause de la demande. L'objet et la cause de la demande forment les deux faces d'une même pièce qu'est le litige. Il est alors tentant de considérer que l'*obiter dictum* se plaçant hors du litige, il est simplement étranger à l'objet et à la cause de la demande.

Or, l'*obiter dictum* opère un véritable dépassement de l'objet et de la cause de la demande. Si le critère de dépassement de l'objet de la demande est un critère utile mais insuffisant pour identifier l'*obiter dictum*, il en va autrement de la cause de la demande qui est à même de servir de critère de distinction.

L'objet de la demande, critère insuffisant

19. L'objet de la demande est usuellement considéré comme le droit subjectif pour la défense duquel les parties ont saisi le juge, le « résultat économique et social » auquel elles souhaitent parvenir (75).

L'*obiter dictum* peut être mis en perspective de l'objet de la demande. Ce prisme permet alors d'observer que la règle posée par *obiter dictum* s'écarte du résultat judiciaire auquel les parties aspirent, elle ne permet pas de répondre à leurs prétentions. C'est en cela que l'*obiter dictum* va au-delà de l'objet de la demande.

20. Constaté que le juge excède l'objet de la demande permet de distinguer certains procédés de l'*obiter dictum*. En effet, celui-ci relève d'un degré très poussé de dépassement de l'objet de la demande. Il ne s'agit, en réalité, pas seulement d'un dépassement de l'objet de la demande, mais d'une règle utilisée pour trancher une prétention qui n'a pas été présentée par les parties.

Ainsi, à titre d'exemple, on peut relever l'hypothèse dans laquelle le juge statue *ultra petita*, c'est-à-dire qu'il accorde au demandeur des sommes supérieures à celles qu'il avait demandées. Dans ce cas de figure, si le juge dépasse l'objet de la demande, il ne s'en éloigne pas suffisamment pour qu'il puisse être considéré qu'il se trouve hors de l'objet de cette demande. Quand bien même il serait considéré que le juge se place hors de l'objet de la demande en statuant *ultra petita*, il ne pourrait être retenu qu'il fasse l'usage d'un *obiter dictum* puisqu'il n'ajouterait pas une prétention nouvelle à celles présentées par le demandeur.

Le raisonnement est sensiblement le même s'agissant des moyens soulevés d'office⁷⁶. Ceux-ci supposent « l'application d'une autre règle que celle invoquée par les parties ou d'un moyen qui ne se trouve pas dans la cause »⁷⁷. L'argument soulevé d'office ne constitue pourtant pas un *obiter dictum* car, là encore, la règle soulevée d'office est utile au résultat espéré par les parties. Le juge ne sort pas ici du cadre de l'objet du litige, il ne fait que renforcer l'argumentation juridique au soutien des demandes déposées.

21. Par l'*obiter dictum*, le juge ne fait pas qu'ajouter au montant de la demande ou présenter de nouveaux arguments qui permettraient d'offrir au demandeur la reconnaissance de droits supplémentaires, il ajoute des arguments juridiques qui ne servent plus les intérêts du demandeur, qui ne concernent pas les faits invoqués. Autrement dit, l'*obiter dictum* n'est pas seulement un argument *ultra petita*, il constitue un argument *extra petita*. En définitive, si l'*obiter dictum* porte atteinte à la limitation des prérogatives du juge à l'objet de la demande, toute atteinte à cet objet ne caractérise pas un *obiter dictum*.

La mise en perspective de l'*obiter dictum* avec la notion de cause de la demande mène à un résultat plus pertinent.

La cause de la demande, critère pertinent

22. La cause de la demande, dont la notion est sérieusement plus discutée, se matérialise dans les éléments de fait apportés par les parties et qui permettront au juge, après qualification, d'appliquer les règles de droit adéquates⁷⁸. L'*obiter dictum* s'éloigne de cette acception de la cause établie par Motulsky puisque, justement, il énonce une règle qui ne concerne pas les faits du litige.

Pour reprendre un exemple déjà présenté, lorsque la Cour de cassation lie l'application d'une règle de responsabilité objective au principe général de responsabilité du fait d'autrui, alors même que dans l'espèce seuls des parents responsables du fait de leur enfant étaient concernés, elle prend position sur des faits dont les juridictions judiciaires n'avaient pas été saisies et excède manifestement la cause du litige.

Même si l'on adoptait une conception plus classique de la cause de la demande, entendue comme « la règle de droit invoquée par le demandeur »⁷⁹, le résultat serait le même : l'*obiter dictum* se distinguerait des règles invoquées puisqu'il s'agit d'une règle ajoutée par le juge⁸⁰.

23. L'idée de comparer la cause de la demande et l'*obiter dictum* trouve une autre expression grâce à l'herméneutique juridique, l'*obiter dictum* s'écartant de la technique du syllogisme judiciaire.

Selon MM. Cross et Harris, « un *obiter dictum* est un énoncé de droit dans une opinion qui ne devrait logiquement pas pouvoir constituer une prémisse majeure appliquée aux faits de la décision »⁸¹. Confirmant le dépassement de la cause de la demande, cette affirmation implique en outre que l'*obiter dictum* est alors une règle de droit énoncée par le juge sans pouvoir utilement jouer le rôle de prémisse majeure au syllogisme⁸².

Si le syllogisme constitue le mécanisme de raisonnement judiciaire le plus répandu devant la Cour de cassation, il n'est en aucun cas un mécanisme imposé de manière absolue. En effet,

le syllogisme est parfois régressif sans que cela soit nécessairement choquant (83). Il se peut également que le juge ne puisse utiliser le raisonnement syllogistique, principalement dans l'hypothèse où il se trouve face à des notions à contenu variable. Il n'y a, par conséquent, rien de déroutant en soi à ce que le juge, par l'*obiter dictum*, s'écarte de cette règle de déduction habituelle (84).

Cette distinction entre énoncé apte à servir de prémisse au syllogisme et *obiter dictum* introduit dans la jurisprudence de la Cour de cassation une autre technique spécifique au jugement de *common law* à travers le concept de *ratio decidendi*. La *ratio decidendi* constitue le pendant de l'*obiter dictum* et se définit comme « le motif pour lequel telle décision a été prise, (...) toujours précis, facile à circonscrire » (85). Ce concept n'avait absolument aucun sens en droit français avant l'apparition de l'*obiter dictum* puisqu'en réalité, l'ensemble de la motivation du juge constituait alors la *ratio decidendi* (86).

24. L'*obiter dictum* parvient à concilier deux propositions qui pourtant paraissent, à première vue, bien contradictoires. Tout en prenant place dans la décision, il s'éloigne sensiblement de l'objet et, plus encore, de la cause de la demande, devenant alors une règle de droit prononcée hors du litige. Ce faisant, l'*obiter dictum* permet au juge d'énoncer un contenu normatif qu'il n'aurait normalement pas eu l'occasion d'invoquer. Ce tour de force n'est pas anodin et répond à des fonctions tout à fait spécifiques.

La dualité fonctionnelle de l'*obiter dictum*

25. L'usage de l'*obiter dictum* par la Cour de cassation s'inscrit parfaitement dans les évolutions qui ont sensiblement modifié son rôle juridictionnel. Le classement de l'*obiter dictum* dans le champ de sa fonction interprétative - pédagogique - ou de sa fonction créatrice - normative - fait naturellement débat (87).

Contrairement à ce qu'ont pu soutenir certains auteurs, il ne nous semble pourtant pas que le juge « se comporte comme un législateur » à chaque fois qu'il « n'est pas contraint pour justifier sa décision de viser un principe et qu'il le fait néanmoins » (88). L'*obiter dictum* constitue plutôt un formidable outil de maîtrise du temps en matière d'élaboration de normes jurisprudentielles. Ses fonctions sont complémentaires en ce qu'elles permettent à la Cour d'avoir une emprise sur l'avenir jurisprudentiel, lorsque l'*obiter dictum* comporte une fonction normative, et de consolider le passé jurisprudentiel, lorsque l'*obiter dictum* revêt une fonction pédagogique.

Source de droit assumée, la jurisprudence utilise l'*obiter dictum* pour créer des normes jurisprudentielles nouvelles. L'*obiter dictum* recouvre alors une fonction normative. Mais la Cour, soucieuse de la bonne réception des normes qu'elle ne se cache désormais plus de créer, prend soin de communiquer et de faire un effort d'explication de son travail. L'*obiter dictum* utilisé à cette fin recouvre alors une fonction pédagogique.

La maîtrise de l'avenir jurisprudentiel : la fonction normative de l'*obiter dictum*

26. De temps à autre, l'*obiter dictum* permet à la Cour de cassation d'anticiper sur la création de véritables règles de droit nouvelles. Tunc écrivait, à la fin des années 1970, que « c'est pour l'avenir que travaille une cour suprême » (89). Or, l'*obiter dictum* a souvent été loué pour sa propension à anticiper les revirements de jurisprudence et, dans une moindre mesure, à atténuer les effets de leur rétroactivité (90).

27. L'*obiter dictum* n'arbore cette fonction normative que lorsqu'il comporte un énoncé normatif nouveau, ce qui peut se produire dans différents cas de figure. Schématiquement, l'*obiter dictum* à visée normative tend soit à préparer le renouvellement d'une règle prétorienne, soit plus simplement à créer une règle dans un domaine qui n'était jusqu'alors pas encadré par le droit.

Ces différentes manifestations de la fonction normative de l'*obiter dictum* doivent néanmoins être justifiées. En effet, l'*obiter dictum* heurte frontalement certaines règles essentielles telles

que l'autorité relative de la chose jugée ou la prohibition des arrêts de règlement. Dans ces conditions, il convient de tâcher d'identifier les fondements, les justifications du caractère normatif de ces *obiter dicta*.

Les manifestations de l'*obiter dictum* normatif

28. L'*obiter dictum*, dans sa fonction normative, a toujours vocation à créer une norme nouvelle. Une distinction doit cependant être introduite selon que l'*obiter dictum* vise à anticiper un revirement de jurisprudence, à prendre position vis-à-vis d'une règle qui n'est plus discutée devant les juridictions ou, enfin à créer une véritable règle inédite qui ne donnait pas jusqu'alors lieu à une solution particulière.

29.a) D'abord, la Cour de cassation mobilise la technique de l'*obiter dictum* en vue d'anticiper purement et simplement un revirement de jurisprudence. En effet, parmi les diverses techniques qui permettent d'atténuer les effets d'un revirement de jurisprudence, l'*obiter dictum* tient une place de choix (91), même s'il n'est pas certain qu'il ait précisément été inventé pour cela (92). En effet, l'*obiter dictum* présente un avantage très particulier puisque, n'ayant aucune portée sur le litige, il est naturellement exclu qu'il s'applique à la cause dont le juge est saisi.

Tous les effets nocifs de la rétroactivité des revirements de jurisprudence ne sont certes pas écartés puisque « si la brutalité de la première application est atténuée, il n'en reste pas moins que le principe nouveau, ainsi annoncé, jouera dans tous les procès à venir alors même qu'ils porteraient sur des faits antérieurs » (93). Malgré tout, en cas d'utilisation de l'*obiter dictum* en vue d'anticiper un revirement, la proposition de limiter les effets des revirements de jurisprudence pour l'avenir perd un peu de son utilité (94).

30. Malgré les bénéfices certains qui peuvent être tirés de l'*obiter dictum* pour anticiper un revirement de jurisprudence, les illustrations de revirements initiés par cette voie sont encore relativement rares.

On peut tout de même relever les célèbres *obiter dicta* figurant dans deux arrêts rendus par la première chambre civile le 29 novembre 1994 au sujet de l'indétermination du prix dans les contrats-cadres (95). En relevant que les parties n'alléguaient pas que celle qui bénéficiait d'un droit de fixation unilatérale du prix « eût abusé de l'exclusivité qui lui était réservée pour majorer son prix dans le but d'en tirer un profit illégitime et ainsi méconnaître son obligation d'exécuter le contrat de bonne foi », la Cour de cassation annonçait, sans en faire application à l'espèce, le retentissant revirement de jurisprudence intervenu le 1^{er} décembre 1995 (96). Désormais, les questions relatives à l'indétermination du prix ne s'apprécient plus à l'aune de l'article 1129 du code civil mais à celle de l'article 1134, alinéa 3, et de l'exigence d'exécution de bonne foi du contrat.

31. Plusieurs *obiter dicta* qui semblent engager la Cour de cassation sur le chemin d'un revirement n'ont pas été expressément confirmés. Il peut ainsi être donné l'exemple de l'*obiter dictum* décelé dans un arrêt de la deuxième chambre civile du 20 décembre 2007, lequel étend les hypothèses dans lesquelles l'immunité d'un préposé peut être écartée (97). L'arrêt *Cousin*, qui limitait la levée de l'immunité à l'existence d'une faute pénale intentionnelle, est remis en cause par la Cour qui estime désormais que la responsabilité du préposé peut être engagée en cas d'« infraction pénale ou [de] faute intentionnelle » (98). Si la Cour de cassation a réitéré cette solution par un nouvel *obiter dictum*, elle n'a, à notre connaissance, pas encore eu l'occasion de faire application de la solution nouvelle (99).

De la même manière, l'arrêt déjà évoqué par lequel la Cour de cassation a placé un *obiter dictum* au sein des visas afin d'étendre les règles relatives à la responsabilité des parents du fait de leur enfant au principe général de responsabilité du fait d'autrui n'a pas été confirmé et, dans une certaine mesure, a même été repoussé (100).

32.b) Ensuite, dans une approche dont la distinction avec la précédente tient de la nuance, la Cour de cassation use parfois de l'*obiter dictum* pour procéder à un revirement de

jurisprudence portant sur une question qui, ancrée dans les habitudes des plaideurs, n'est plus soulevée devant les juges du fond (101). Dans cette hypothèse, il ne s'agit plus à proprement parler de ménager le principe de sécurité juridique en avertissant d'un changement imminent, mais de saisir l'occasion d'un problème de droit proche pour provoquer un revirement qui n'aurait pu intervenir sans une telle prise d'initiative de la Cour de cassation.

Rappelons ainsi que ce fut une telle situation qui inclina la Cour de cassation à adopter la position qui fut la sienne à l'égard des enfants naturels simples dans l'arrêt rendu par la première chambre civile le 20 mai 1969 (102). Dans le même registre, c'est par *obiter dictum* que la première chambre civile a accepté qu'une action directe puisse être intentée contre un assureur sans que l'assuré ait été concomitamment mis en cause (103). La solution abandonnée était si classique que le professeur Durry était convaincu que « l'occasion de l'abandonner risquait de ne jamais se présenter » (104).

33. Malgré ces quelques exemples, l'usage de l'*obiter dictum* dans le but d'introduire un revirement de jurisprudence demeure sporadique. La Cour de cassation n'a pas encore pris toute la mesure du champ de possibilités que lui offre cette technique. En pratique, la très grande majorité des *obiter dicta* identifiés dans les arrêts de la Cour de cassation intervient non pour préparer un revirement de jurisprudence mais, plus simplement, pour créer une nouvelle règle de droit.

34.c) Enfin, s'agissant de la création d'une règle nouvelle par *obiter dictum*, on observe que la norme inédite conserve un véritable lien avec celle mobilisée aux fins de résoudre le litige en cause. La règle nouvelle, véhiculée par l'*obiter dictum*, constitue généralement un complément logique et utile à la cohérence de la solution et participe, finalement, de la portée de la décision rendue. Pour le dire autrement, la Cour de cassation pose par *obiter dictum* un véritable corollaire de la règle qui a permis de trancher le litige.

Ce type d'*obiter dictum* a été utilisé, par exemple, s'agissant de la prescription de l'action en constatation de possession d'état à l'encontre du père d'un enfant naturel sous l'empire de la législation applicable (105) avant la disparition de la distinction entre les différentes filiations (106). Comme elle avait coutume de le faire, la première chambre civile de la Cour de cassation rappelait que le délai préfix de l'ancien article 340-4 du code civil, réservé aux actions en recherche de paternité naturelle, n'avait pas vocation à encadrer l'action en constatation de possession d'état. L'argumentation aurait pu s'arrêter là. Mais, à cette occasion, la Cour apportait une précision d'importance à la question controversée de l'appréciation de ce délai de prescription (107), en ajoutant que l'action était soumise à « la prescription de trente ans telle qu'instaurée par l'article 311-7 du code civil » (108). Le législateur a, depuis lors, désavoué la Cour de cassation, le délai de prescription étant désormais fixé à cinq années par l'article 317 du code civil (109).

Un autre exemple peut être décelé dans un arrêt rendu par la première chambre civile en 2002 à propos d'un nantissement portant sur les biens communs à deux époux (110). Décidant que le nantissement est un cautionnement réel soumis, à ce titre, à l'article 1415 du code civil, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre la décision des juges du fond qui avait annulé la sûreté pour défaut de consentement de l'épouse. Mais, à cette occasion, la Cour précise que la caution « reste seulement tenue, en cette qualité, du paiement de la dette sur ses biens propres et ses revenus dans la double limite du montant de la somme garantie et de la valeur des biens engagés ». En rejetant le pourvoi, la Cour paralyse l'application de cette règle dans le litige. Cet *obiter dictum*, qui découle précisément de l'inclusion du nantissement dans le champ de l'article 1415, n'a pas été confirmé par la Cour de cassation qui, au contraire, a procédé à un revirement de jurisprudence en 2005, excluant cette fois le nantissement du champ de l'article 1415 (111). La question a été réglée par une modification de l'article 1422 du code civil introduite en 2006 (112).

35. L'*obiter dictum* est parfois attaché à la règle mobilisée à titre principal, non plus en ce qu'il en constitue un corollaire, mais en ce qu'il développe une règle nouvelle par analogie.

Cette méthode est fréquemment utilisée. Elle le fut déjà dans l'arrêt du 20 mai 1969 rendu par la première chambre civile dans lequel il s'agissait d'étendre aux enfants naturels simples une règle jusqu'alors réservée aux enfants naturels adultérins ou incestueux (113). Elle a encore été utilisée, dans le cadre du redressement judiciaire, pour étendre aux plans de cessions la règle selon laquelle les créances salariales nées antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure de redressement restaient soumises au régime de la procédure collective (114). L'*obiter dictum* est également utilisé, en droit du travail, pour étendre le régime juridique des usages d'entreprise aux engagements unilatéraux de l'employeur ou (115), inversement, pour prévoir qu'une règle édictée à l'occasion d'un litige relatif à un engagement unilatéral s'appliquera également aux usages (116).

36. Dans l'ensemble de ces hypothèses, la Cour de cassation ne fait qu'user d'un raisonnement *a pari* s'agissant de situations très proches pour lesquelles elle souhaitait se prononcer immédiatement (117). Cette volonté de prendre position, aussi louable soit-elle dans une optique de prévisibilité du droit, manifeste pourtant avec une particulière acuité le rôle créateur du juge. Par l'*obiter dictum*, tantôt la Cour de cassation renouvelle les règles qu'elle avait déjà elle-même façonnées, tantôt elle crée ouvertement des règles nouvelles. Les frontières entre l'*obiter dictum* et l'arrêt de règlement deviennent évanescentes, si bien qu'il est indispensable de justifier le recours à la fonction normative de l'*obiter dictum*.

Les justifications de l'*obiter dictum* normatif

37. A partir du moment où l'on accepte que l'*obiter dictum* comporte une proposition normative, il porte au minimum atteinte aux textes ayant trait à l'autorité relative de la chose jugée et, plus gravement peut-être, à la prohibition des arrêts de règlement. Encore faut-il, pour avoir l'assurance d'une telle contrariété à ces règles essentielles, que soit démontré que l'*obiter dictum* comporte bien un énoncé normatif et non une simple opinion. Il s'agit donc de déterminer si, comme le soutiennent deux courants doctrinaux divergents, l'*obiter dictum* relève de l'expression par le juge d'une simple opinion doctrinale ou si, au contraire, il traduit la manière la plus aboutie par laquelle le juge peut créer une règle de droit qui aurait une quasi-valeur législative (118).

Quand à l'occasion d'un *obiter dictum* le juge prétend étendre aux enfants naturels simples une règle jusqu'alors réservée aux enfants adultérins, lorsqu'il substitue aux règles relatives à la détermination de l'objet du contrat celles relatives à son exécution de bonne foi, lorsqu'il modifie les conditions de la levée de l'immunité du préposé, il ne se contente pas de faire oeuvre doctrinale, il apporte un véritable contenu normatif nouveau. La normativité de l'*obiter dictum* dépend donc principalement de la nouveauté de la règle mobilisée.

Si l'*obiter dictum* fait oeuvre créatrice, il constitue un arrêt de règlement, « au moins d'intention » (119). Il s'apparente alors en tous points à l'arrêt de règlement *inter partes* largement pratiqué par les Parlements de l'Ancien régime (120).

38. La seule différence que l'on peut éventuellement faire entre l'arrêt de règlement et l'*obiter dictum* est que le premier paraît recouvrir un champ plus vaste que le second. Lorsque le juge édicte et vise un « principe suivant lequel nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage » (121) ou un « principe selon lequel l'employeur qui entend dénoncer un usage doit respecter un délai de préavis suffisant » (122), il se prononce indubitablement par voie générale et abstraite sans que, le plus souvent, cela constitue un *obiter dictum*. Ce qui distingue l'*obiter dictum* de l'énoncé d'un principe général nouveau par la Cour de cassation, ce n'est pas leur portée générale et abstraite, mais seulement le fait que le principe général porte sur l'affaire en cause alors que l'*obiter dictum* est étranger à la résolution du litige (123). Si l'*obiter dictum* caractérise donc nécessairement un arrêt de règlement, l'arrêt de règlement ne comporte pas toujours un *obiter dictum*.

39. La contravention à la prohibition des arrêts de règlement devrait être sensiblement atténuée, voire théoriquement disparaître, du fait du principe de l'autorité relative de la chose jugée imposée par les articles 1351 du code civil et 480 du code de procédure civile. De prime abord en effet, l'*obiter dictum* ne devrait avoir aucune portée au-delà de la cause par l'effet de

ce principe. Ce raisonnement doit pourtant être écarté et ce pour au moins deux raisons.

Tout d'abord, affirmer que la portée de l'*obiter dictum* serait limitée par l'autorité relative de la chose jugée confinerait au paradoxe. En effet, la spécificité de l'*obiter dictum* étant précisément de ne pas avoir d'influence sur la cause, il n'aurait alors absolument aucune utilité si ses effets ne pouvaient se déployer au-delà du litige du fait de l'autorité relative de la chose jugée. En outre, l'autorité relative de la chose jugée, qui est habituellement présentée comme une limitation du pouvoir du juge¹²⁴, s'oppose très fortement à la qualification d'arrêt de règlement¹²⁵.

Ensuite, affirmer que la portée de l'*obiter dictum* serait limitée par l'autorité relative de la chose jugée impliquerait que ledit principe soit encore suffisamment vivace dans notre droit pour s'opposer au rayonnement de la règle posée par *obiter dictum*. Or, il faut bien constater que rien n'est moins sûr.

40. En effet, le caractère normatif de l'*obiter dictum* trouve sa justification dans l'émergence de la règle du précédent devant les juridictions françaises, règle parfaitement antagoniste de l'autorité relative de la chose jugée. L'*obiter dictum*, dont la portée ne peut qu'être extérieure à la cause qu'il ne concerne pas, participe naturellement d'une telle évolution, même s'il est probable que le développement de l'*obiter dictum* soit moins la cause de l'érosion de ce principe que l'une de ses conséquences.

Si la technique du précédent est tout à fait typique de la *common law*¹²⁶, elle semble, à l'instar de l'*obiter dictum*, avoir diffusé dans les systèmes romano-germanique et être de plus en plus significative de la force des décisions judiciaires françaises. Il se forme peu à peu une « inéluctable révérence au précédent jurisprudentiel »¹²⁷. Cette évolution découle à la fois des pouvoirs classiques de la Cour de cassation¹²⁸, mais aussi de la référence de plus en plus explicite à des décisions de justice antérieures dans la motivation des jugements et arrêts de nos juridictions¹²⁹.

41. Dépourvu du pouvoir d'édicter des règles de droit par voie générale, limité par l'autorité relative de la chose jugée, le juge judiciaire français ne devrait pas être en mesure de donner une portée normative aux *obiter dicta*. Pourtant, par le jeu d'une autorité plus que d'un véritable pouvoir, les *obiter dicta* s'imposent aux juridictions du fond avec la même force que les règles prétoriennes créées plus classiquement par interprétation dans le cadre d'un litige. Par sa place tenue dans l'arrêt et par la nouveauté de la règle créée, l'*obiter dictum* parvient à acquérir une portée normative qui tient bien évidemment plus à l'autorité dont dispose la Cour de cassation sur les juges du fond que d'une habilitation de l'ordre juridique à procéder de la sorte.

Lorsque, au contraire, la proposition normative contenue dans l'*obiter dictum* n'apporte aucun élément de nouveauté au droit positif, l'*obiter dictum* perd alors son caractère normatif pour ne conserver qu'une fonction pédagogique. Cela ne signifie pas pour autant qu'il soit alors dépourvu d'intérêt puisqu'il permet à la Cour de cassation de consolider son système de normes prétoriennes.

La consolidation du passé jurisprudentiel : la fonction pédagogique de l'*obiter dictum*

42. Par *obiter dictum*, la Cour de cassation se contente parfois de rappeler une règle de droit dont le contenu ne comporte aucun élément de nouveauté. Malgré l'absence de nouveauté de l'énoncé normatif en question, il s'agit toujours d'un *obiter dictum* puisque la règle est bien énoncée dans le cadre de la décision alors même qu'elle n'est pas appliquée au litige en cause.

Dans cette optique, la Cour de cassation utilise l'*obiter dictum* comme un moyen de communication, au même titre que ses communiqués de presse ou que son rapport annuel. Le rappel de la règle par *obiter dictum* permet à la Cour de cassation de signifier qu'elle continuera, à l'avenir, à en faire application. L'*obiter dictum* revêt alors une fonction plus doctrinale, une fonction pédagogique. Si différentes manifestations de cette fonction

pédagogique de l'*obiter dictum* peuvent être identifiées, son utilité ne se manifeste plus dans la prévision que permet l'*obiter dictum* à caractère normatif, mais dans la consolidation de ce qui s'apparente à un véritable système normatif jurisprudentiel.

Les manifestations de l'*obiter dictum* pédagogique

43. Quelle que soit sa fonction, l'*obiter dictum* poursuit toujours un objectif pédagogique. Lorsque la Cour de cassation utilise ce procédé à des fins normatives, il n'en demeure pas moins que la norme nouvellement identifiée n'est pas mise en oeuvre dans le litige concerné. N'ayant vocation à s'appliquer qu'à l'avenir, la Cour de cassation communique aux justiciables sa position nouvelle sans que celle-ci emporte de conséquences immédiates pour les plaideurs. Par cette maîtrise du temps jurisprudentiel, la Cour de cassation double la fonction normative de certains *obiter dicta* d'une véritable fonction pédagogique.

44. Pour autant, certains *obiter dicta* ne comportent aucune portée normative et se limitent à une simple fonction pédagogique. Cela se produit chaque fois que la Cour de cassation se contente de rappeler une règle de droit préexistante, sans pour autant en faire application au litige.

La règle rappelée par l'*obiter dictum* peut parfaitement être une règle légale. L'exemple type d'un tel usage peut être décelé lorsque la Cour de cassation énonce le contenu d'un texte comportant une liste énumérative de situations auxquelles s'applique la règle soulevée. L'*obiter dictum* est identifiable en ce que la Cour aurait parfaitement pu se dispenser d'énumérer les situations visées par le texte qui ne font pas l'objet du litige.

Dans cette hypothèse, la portée de l'*obiter dictum* est insignifiante. Nul n'étant censé ignorer la loi, le rappel ainsi opéré n'apporte aucune information aux justiciables (130). Il ne peut même pas être considéré qu'il s'agisse là pour la Cour d'une affirmation de sa volonté de continuer à appliquer le texte puisque, sauf à statuer *contra legem*, la Cour de cassation ne pourrait pas, même si elle le souhaitait, abandonner l'une des hypothèses listées inapplicable à l'espèce.

45. La fonction pédagogique de l'*obiter dictum* a nettement plus d'intérêt lorsque la Cour de cassation l'utilise aux fins de rappeler une interprétation ou une norme qu'elle a elle-même adoptée.

Il est ainsi possible de reprendre l'illustration tirée de la distinction entre usages d'entreprise et engagements unilatéraux de l'employeur. Après avoir posé la règle selon laquelle une convention ou un accord collectif conclu postérieurement à l'apparition d'un engagement unilatéral et portant sur le même objet que celui-ci a pour effet de mettre fin à cet engagement (131), la chambre sociale de la Cour de cassation était interrogée sur les effets d'un tel accord collectif sur un usage antérieur (132). Tout en étendant la solution à l'usage, la Cour en profite pour rappeler que la solution retenue s'applique également aux engagements unilatéraux, alors même qu'une telle précision était superflue. Depuis une dizaine d'années, la chambre sociale fait presque systématiquement appel à l'*obiter dictum* lorsqu'elle traite d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur pour rappeler que la solution s'applique à chacune de ces deux sources. La chambre sociale procède de la même manière s'agissant des règles de fonctionnement du comité d'entreprise et du comité d'établissement (133).

Un autre exemple peut être tiré d'un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 4 novembre 2008 au sujet de l'ancien délit de publicité de nature à induire en erreur (134). La Cour de cassation juge en effet, depuis le milieu des années 1980, que le délai de prescription commence à courir à compter du jour « où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice » de l'action publique (135). La Cour réitère cette solution, tout en précisant que cette règle demeure applicable malgré la nouvelle terminologie adoptée par l'article L. 121-1 du code de la consommation, lequel vise désormais la « pratique commerciale trompeuse ».

46. Cette fonction pédagogique de l'*obiter dictum* est encore utile lorsque la Cour de cassation fait application d'un principe dont les origines légales, jurisprudentielles ou coutumières sont plus difficiles à identifier. Quand elle énonce dans une incidente que « l'équité n'est pas une source de droit »¹³⁶, il est difficile de voir dans une telle proposition la manifestation d'une fonction créatrice, puisque l'expression du caractère exclusif de l'équité et du droit trouve ses racines dans l'adage « Dieu nous garde de l'équité des Parlements » et une affirmation très nette dans l'article 12 du code de procédure civile¹³⁷. En revanche, la Cour rappelle opportunément, par cet *obiter dictum*, qu'elle n'entend pas statuer en équité mais par application des règles de droit.

L'intérêt sous-jacent de l'*obiter dictum* pédagogique

47. Les *obiter dicta* pédagogiques permettent à la Cour de cassation de rappeler les règles applicables à une situation juridique donnée ainsi que sa volonté de continuer, à l'avenir, à appliquer cette règle. L'intérêt premier d'un tel procédé réside dans une volonté de communication et de diffusion des règles prétoriennes. Elle permet également d'assurer une meilleure sécurité juridique aux justiciables qui sont ainsi assurés que les règles qu'ils tiennent pour acquises ne seront pas modifiées à court terme.

48. Contrairement aux *obiter dicta* à caractère normatif, les *obiter dicta* dont la portée est limitée à une seule fin pédagogique ne portent qu'une atteinte modérée aux principes de prohibition des arrêts de règlement et à l'autorité relative de la chose jugée.

Si la Cour de cassation énonce par *obiter dictum* une règle préexistante, elle enfreint très certainement les principes directeurs du procès qui lui interdisent de se prononcer *extra petita*¹³⁸. En revanche, elle n'outrepasse pas son rôle par empiètement sur celui du législateur puisqu'elle ne fait que reprendre une règle qui a déjà été établie. Elle se limite alors à exprimer son assentiment à la règle reprise sans que cela ait véritablement d'autre portée directe que celle d'une information.

49. Il est tentant de voir dans cette moindre contrariété aux règles essentielles encadrant le rôle du juge une utilité relative de ces *obiter dicta* pédagogiques. Rappeler des règles existantes, quoique non applicables au litige, semble en effet d'une portée plus limitée que la création de règles nouvelles. En outre, rappelons que la Cour de cassation dispose aujourd'hui de moyens de communication très variés afin de faire connaître ses positions¹³⁹, instruments bien plus efficaces qu'une incise, parfois elliptique, insérée au sein de la motivation d'un arrêt dont l'objet est justement étranger au contenu de l'*obiter dictum*.

Il a parfaitement été démontré qu'un véritable dialogue pouvait s'instaurer entre la Cour de cassation et la doctrine¹⁴⁰. Lorsque ce dialogue a lieu dans les colonnes des revues juridiques, par l'intermédiaire de « notes-rapport » ou par la publication de chroniques de magistrats, voire de commentaires de décisions qu'ils ont contribué à élaborer¹⁴¹, l'espace alloué à la discussion, à l'information, à la pédagogie paraît nettement plus approprié que les quelques mots auxquels se réduit nécessairement l'*obiter dictum*.

50. L'*obiter dictum* pédagogique revêt pourtant, insidieusement, un intérêt plus important qu'il n'y paraît. En rappelant et en répétant des positions déjà adoptées alors même que cela n'était pas nécessaire à la résolution du litige, la Cour de cassation consolide les normes jurisprudentielles précédemment énoncées. Ce type d'*obiter dicta* caractérise la volonté de la Cour de bâtir un véritable système normatif jurisprudentiel.

Si l'on se réfère à nouveau à l'exemple tiré de la référence systématique aux usages d'entreprise et aux engagements unilatéraux de l'employeur, alors même que seule une de ces deux sources est en cause, on s'aperçoit que la Cour de cassation opère un véritable rapprochement notionnel entre ces deux concepts¹⁴². Le rappel de règles qui ne sont pas appliquées à l'espèce permet à la Cour de modeler ses propres catégories juridiques et de procéder par systématisation.

51. Par effet de miroir, cette construction systémique à laquelle participe l'*obiter dictum* revêt

d'autant plus d'importance que l'*obiter dictum* à vocation normative n'est pas toujours suivi d'effets, notamment lorsqu'il est destiné à anticiper un revirement de jurisprudence. Instrument de prévision, la portée de l'*obiter dictum* normatif est étroitement dépendante de l'évolution des faits sociaux, voire des mouvements des magistrats à la Cour de cassation. Au contraire, tourné vers le passé, l'*obiter dictum* pédagogique est assis sur des fondements nettement plus stables qu'il contribue à consolider.

Pour le dire autrement, alors que la portée d'un *obiter dictum* ne peut s'apprécier qu'à l'aune d'une décision qui reste trop souvent isolée, les *obiter dicta* pédagogiques manifestent l'existence d'un véritable système jurisprudentiel. Bien qu'ils soient bien moins souvent remarqués que les *obiter dicta* à caractère normatif, ils revêtent par conséquent une importance fondamentale parce qu'ils participent, eux aussi, à la caractérisation de la jurisprudence comme source de droit. D'une certaine manière, il apparaît ainsi derrière la fonction pédagogique apparente une véritable fonction systémique de l'*obiter dictum*.

52. Qu'il revête une fonction normative ou une fonction pédagogique, l'*obiter dictum* est une technique née de la seule pratique de la Cour de cassation. Par ses propres moyens, elle a adopté ce procédé anglo-saxon dans l'optique de stabiliser le système de règles prétoriennes qu'elle a elle-même bâties, mais aussi d'anticiper ses évolutions ultérieures.

Bouche respectueuse de la loi au 19^e siècle, la jurisprudence s'est vu reconnaître au cours du 20^e siècle le statut de source du droit sur fond, il est vrai, d'après controverses doctrinales. Le 21^e siècle pourrait bien nous engager vers une nouvelle phase, celle de la prise de conscience par le juge de son pouvoir créateur. La conscience d'être titulaire d'un pouvoir permettant de mieux le maîtriser, le juge marque, par l'*obiter dictum* comme par d'autres moyens, sa volonté d'assumer son statut de source du droit.

Mots clés :

CASSATION * Cour de cassation * Motivation * Obiter dictum * Définition * Portée

(1) J. Carbonnier, Droit civil - Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple, Puf, Quadrige, 2004, p. 280.

(2) Y.-M. Serinet, Par elle, avec elle et en elle ? La Cour de cassation et l'avenir des revirements de jurisprudence, RTD. civ. 2005. 328.

(3) V. not. O. Dupeyroux, La jurisprudence, source abusive du droit, Mél. Maury, t. II, p. 349 ; A. Esmein, La jurisprudence et la loi, RTD. civ. 1952. 17 ; Ph. Jestaz, La jurisprudence : réflexion sur un malentendu, D. 1987. Chron. 11 ; J. Maury, Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit, in Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes Ripert, t. I, p. 28 ; P. Morvan, En droit, la jurisprudence est une source de droit, RRJ 2001. 77 s. ; M. Waline, Le pouvoir normatif de la jurisprudence, in Mél. Scelle, t. II, p. 613.

(4) P. Hébraud, obs. sous Civ. 1^{re}, 20 mai 1969, D. 1969. 429.

(5) N. Molfessis, Les revirements de jurisprudence, in N. Molfessis (dir.), La Cour de cassation et l'élaboration du droit, Economica, 2004, p. 151. V. également J. Carbonnier, Droit civil - Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple, préc., p. 282.

(6) P. Deumier, Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation, in La création du droit par le juge, Archives Phil. dr. t. 50, 2007. 49, spéc. 53 ; A. Sériaux, Le juge au miroir. L'article 5 du code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain, in Mél. Ch. Mouly, Litec, 1998, t. 1, p. 172.

(7) Expriment ces craintes, V. V. Heuzé, A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité, JCP G 2005. I. 130 ; W. Dross, La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ?, D. 2006. 472, n° 15.

(8) V. Ph. Jestaz, Les sources du droit : le *déplacement* d'un *pôle* à l'autre, RTD. civ. 1996. 299.

(9) Sécurité juridique et complexité du droit, Rapport du Conseil d'Etat, Doc. fr., 2006 ; R. Savatier, L'inflation législative et l'indigestion sociale, D. 1977. Chron. 43 ; J. Carbonnier, L'inflation des lois, in Essai sur les lois, Defrénois, 1979, p. 271 ; J.-C. Zarka, A propos de l'inflation législative, D. 2005. 660.

(10) C. Lepage, Le principe de sécurité juridique est-il devenu un principe de valeur constitutionnelle ?, Gaz. Pal. 27-29 juin 1999. 2 ; L. Vapaille, Le principe de sécurité juridique réalité et avenir en droit administratif français, LPA 10 août 1999 ; A. Met-Domestici, La sécurité juridique : consécration nouvelle d'une exigence ancienne. Précisions sur les enjeux de la reconnaissance par le Conseil d'Etat du principe de sécurité juridique, RRJ 2007. 1873.

(11) Ch. Mouly, Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ?, LPA 18 mars 1994 ; Le revirement pour l'avenir, JCP G 1996. I. 3776.

(12) Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le premier président Guy Canivet, 2004. Quant aux nombreux débats doctrinaux que ce rapport a suscités, V. le dossier spécial de la RTD. civ. 2005. 293 s.

(13) V. P. Deumier, Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation, RTD. civ. 2006. 510 ; Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation, préc., p. 49 ; F. Guiomard, Sur les communiqués de presse de la Chambre sociale de la Cour de cassation, RDT 2006. 222 ; E. Scholastique, L'image d'une cassation : l'arrêt *Metaleurop*, in Libres propos sur les sources du droit. Mél. en l'honneur de Ph. Jestaz, Dalloz, 2006, p. 503.

(14) P. Deumier, Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation, préc.

(15) M. Guiomard distingue entre les communiqués synthétiques (simples fiches d'arrêts), les communiqués pédagogiques (éclairage sur les faits, la règle posée ou la portée de l'arrêt) et les communiqués rhétoriques qui comportent des arguments supplémentaires à ceux présentés dans l'arrêt. V. F. Guiomard, Sur les communiqués de presse de la chambre sociale de la Cour de cassation, préc.

(16) Selon l'expression prêtée à Carbonnier, V. Ph. Malaurie, Rapport français, in Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges, Trav. de l'assoc. H. Capitant, t. 31, 1980, p. 81, spéc. p. 85.

(17) Y. Chartier, Le Rapport de la Cour de cassation. A propos du Rapport pour l'année 1999, JCP G 2000. I. 238 ; C. Charbonneau, Le Rapport annuel de la Cour de cassation a 40 ans, RLDC 2008, n° 49, p. 63.

(18) Qu'il convient de distinguer de la « doctrine de la Cour de cassation », expression utilisée à l'égard d'une solution rendue par l'Assemblée plénière et qui s'impose à la deuxième cour de renvoi. V. par ex. Soc. 13 sept. 2005, Bull. civ. V, n° 253, p. 222 ; R. Libchaber, Doctrine de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents, RTD. civ. 2003. 567.

(19) Parmi les pionniers figurait J. Massip et ses écrits récurrents dans les colonnes du Defrénois. La pratique s'est considérablement développée autour de magistrats emblématiques tels que Ph. Waquet, P. Sargos ou G. Canivet. Pour une illustration édifiante du dialogue doctrinal entre les magistrats de la Cour de cassation et la doctrine, V. F. Géa, Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme, th. Nancy, 2007, t. 2, p. 1051 s.

(20) P. Chauvin, La saisine pour avis, in L'image doctrinale de la Cour de cassation, Doc. fr.,

1994, p. 109 ; Ph. Jestaz, L'inflation des avis en droit, *Economica*, 1998, p. 113 ; C. Pelletier, Quinze ans après : l'efficacité des avis de la Cour de cassation, *in* *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 429 ; F. Zenati, La saisine pour avis de la Cour de cassation, *D.* 1992. Chron. 248 .

(21) Selon l'expression du professeur Libchaber, V. R. Libchaber, Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, et le rôle de la doctrine, *RTD. civ.* 2000. 679 . Sur ce thème, V. également F. Descorps Declère, Les motivations exogènes des décisions de la Cour de cassation, *D.* 2007. 2822 .

(22) *Civ.* 1^{re}, 20 mai 1969, *JCP G* 1969. II. 16113, note Blin ; *D.* 1969. 429, concl. R. Lindon, note C. Colombet ; *RTD. civ.* 1969. 608, obs. P. Hébraud ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 1, Dalloz, 12^e éd., 2007, n° 49, spéc. p. 348 s. V. cependant les professeurs Malaurie et Morvan qui présentent des exemples plus anciens, Ph. Malaurie, P. Morvan, Introduction générale, Defrénois, 2^e éd., 2005, p. 280-281.

(23) P. Hébraud, *RTD. civ.* 1969. 608, préc.

(24) Les avocats généraux près la Cour de cassation n'hésitent plus à cautionner, voire à faire appel aux *obiter dicta*. Parmi les plus célèbres appels, V. R. Lindon, concl. sous *Civ.* 1^{re}, 20 mai 1969, préc. ; M. Jéol, concl. sous *Cass.*, ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *D.* 1996. J. 13 , spéc. 14.

(25) Revenant sur le procédé quelques années plus tard, Hébraud n'adoptera toujours pas la terminologie d'« *obiter dictum* », V. P. Hébraud, Le juge et la jurisprudence, *in* *Mélanges offerts à P. Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329, spéc. p. 348.

(26) Pour mémoire, l'expression *obiter dictum* (*obiter dicta* au pluriel) peut littéralement se traduire par « soit dit en passant ». Pour une réflexion sur la sémantique de l'expression, V. A. Oraison, Réflexions générales sur la nature des *obiter dicta* enchâssés dans les décisions de justice rendues par la Cour internationale de justice, *RRJ* 2002. 1923, spéc. 1925.

(27) L'obligation de motiver les jugements n'a été instituée qu'à partir de la loi des 16 et 24 août 1790. Sur cette question, V. S. Gjidara, La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles, *LPA*, 26 mai 2004 ; R. Lindon, La motivation des arrêts de la Cour de cassation, *JCP G* 1975. I. 2681 ; J. Normand, Le domaine du principe de motivation, *Trav. de l'Assoc. H. Capitant*, La motivation, *LGDJ*, 2000, p. 17 ; Ch. Perelman, P. Foriers, La motivation des décisions de justice, *Travaux du Centre national de recherche de logique*, Bruylant, 1978 ; A. Tunc et A. Touffait, Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation, *RTD. civ.* 1974. 487.

(28) Sur l'usage variable du latin dans les différents systèmes juridiques, V. H. Mattila, *De aequalitate latinitatis jurisperitorum*. Le latin juridique dans les grandes familles de droit contemporaines à la lumière des dictionnaires spécialisés, *RID comp.* 2002. 717.

(29) R. Cross, J. W. Harris, *Precedent in English law*, 4^e éd., Clarendon, 1991, p. 75 s. ; R. David, C. Jauffret-Spinozi, Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, 11^e éd., p. 265 ; D. Poirier, A.-F. Debruche, Introduction générale à la common law, 3^e éd., Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 365 s. ; R. Legeais, Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative, Litec, 2^e éd., 2008, p. 76 ; A. Riley, *English for law*, Macmillan, Londres, 1991, p. 110 ; A. Wagner, La langue de la common law, L'Harmattan, 2002, p. 110 et p. 325 ; M. Zander, *The Law-Making Process*, Butterworths, Londres, p. 263.

(30) V. par ex. R. David, X. Blanc-Jouvan, Le droit anglais, Puf, coll. « Que sais-je ? », 9^e éd., 2001, p. 65-66 ; J. Treillard, Common law et Roman law, *in* *Mélanges offerts à J. Brethe de La Gressaye*, éd. Bière, 1967, p. 781 ; F. Zenati, L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil, *D.* 2002. 15 .

- (31) R. David, C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, préc., p. 19.
- (32) L.-X. Simonel, *Le juge et son précédent*, *Gaz. Pal.* 11 déc. 1999, n° 345, p. 2 ; Ph. Malaurie, *Les précédents et le droit*, *RID comp.* 2006. 320 ; R. Libchaber, *Doctrines de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents*, préc.
- (33) Sur le *precedent* anglo-saxon, V. R. David, X. Blanc-Jouvan, *Le droit anglais*, préc., p. 65 ; R. David, C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, préc., p. 283 ; R. Legeais, *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, préc., p. 76 ; A. Wagner, *La langue de la common law*, préc. p. 106. V. également d'une manière générale F. Rigaux, *Une machine à remonter le temps : la doctrine du précédent*, in F. Ost et M. Van Hoecke (dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il vocation de durer*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 55.
- (34) S'agissant du rapprochement des communiqués des techniques des juges anglo-saxons, V. F. Guiomard, *Sur les communiqués de presse de la chambre sociale de la Cour de cassation*, préc., p. 227-228.
- (35) En faveur d'une telle intégration, V. A. Tunc, *La Cour suprême idéale*, in *La Cour judiciaire suprême. Enquête comparative*, *RID comp.* 1978. 433, spéc. 456-457. Pour une appréciation plus critique de l'usage des opinions dissidentes ou séparées, V. J.-L. Aubert, *De quelques risques d'une image troublée de la jurisprudence de la Cour de cassation*, in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à P. Drai*, Dalloz, 2000, p. 7, spéc. p. 12 s. ; P. Deumier, *Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation*, préc., spéc. p. 66.
- (36) G. Canivet, *La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français*, *RID comp.* 2003. 8 ; H.-P. Glenn, *La tradition juridique nationale*, *RID comp.* 2003. 263.
- (37) A titre indicatif, V. aux Pays-Bas devant le *Hoge Raad*, HR., 19 nov. 1993, NILR 1994. 363, note H. Duintjer Tebbens ; en Suisse devant le Tribunal fédéral, ATF 108 II 378 ; en Allemagne devant la Cour fédérale administrative suprême, BVerwG, 2 WS 12.04, 21 juin 2005.
- (38) L'exemple le plus significatif demeurant celui des arrêts rendus par la Cour internationale de justice. V. au sujet des *obiter dicta* devant cette juridiction, V. A. Oraison, *Réflexions générales sur la nature des obiter dicta...*, préc.
- (39) Les exemples d'*obiter dicta* devant la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions communautaires sont légion. V. à nouveau sans souci d'exhaustivité : pour la CEDH, V. CEDH, 30 mars 2004, n° 53984/00, *Radio France c/ France*, D. 2004. 2756 ☞, obs. B. de Lamy ☞ ; *ibid.* 1060, obs. C. Birsan ☞ ; *Rev. science crim.* 2005. 630, obs. F. Massias ☞ ; *RTD civ.* 2004. 801, obs. J.-P. Marguénaud ☞ - CEDH, 13 déc. 2007, n° 39051/03, *AJ famille* 2008. 76, obs. F. Chénéde ☞ ; *RTD civ.* 2008. 255, obs. J.-P. Marguénaud ☞ ; *ibid.* 272, obs. J. Hauser ☞, *JCP G* 2008. I. 110, obs. F. Sudre. Pour la CJCE et le TPICE, V. CJCE 15 juill. 1964, aff. 6/64, Rec. 1141 - CJCE, 14 juill. 1994, n° C-91/92, *Faccini Dori (Mlle) c/ Recreb Srl*, D. 1994. 192 ☞ ; *RTD eur.* 1995. 11, étude F. Emmert et M. Pereira de Azevedo ☞, *JCP G* 1995. II. 22358, note P. Level - TPICE, 11 juill. 2007, n° T-351/03, D. 2007. 2100, et les obs. ☞, *JCP G* 2007. act. 337 ; CCC n° 10, oct. 2007. comm. 246, note G. Decocq.
- (40) V. par ex. l'extension par *obiter dictum* aux partenaires pacsés d'une solidarité qui semblait devoir être réservée aux époux, CE, 9 juill. 2003, n° 255110, *Caisse d'allocations familiales de l'Oise*, Lebon ☞ ; *AJDA* 2003. 1995 ☞, note F. Tourette ☞ ; D. 2004. 2967 ☞, obs. J.-J. Lemouland ☞ ; *AJ famille* 2003. 423, obs. F. B ☞ ; *RTD civ.* 2004. 69, obs. J. Hauser ☞. V. également l'arrêt très remarqué CE, 3 déc. 2001, n° 226514, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, Lebon ☞ ; *AJDA* 2002. 1219, étude A.-L. Valembois ☞ ; *RTD eur.* 2003. 197, étude C. Castaing ☞ ; *Dr. adm.* 2002. comm. 55, note P. Cassia.

(41) Dans ces lignes ne seront abordés que les *obiter dicta* identifiés dans des décisions de la Cour de cassation. En effet, s'il est à peu près certain que cette technique est également utilisée par les juges du fond, elle semble l'être de manière bien moins intentionnelle. Ainsi, un entretien informel avec les magistrats de la chambre sociale de la Cour d'appel de Bordeaux nous a permis de mesurer, d'abord, l'absence de conscience véritable de l'usage d'une telle technique, ensuite, la crainte de la cassation s'il en était fait usage et, enfin, le sentiment des juges du fond d'une vision moins globale et prospective que celle de la Cour de cassation. Cette précision nous donne l'occasion de remercier M. Frizon de Lamotte, président de la chambre sociale de la Cour d'appel de Bordeaux, ainsi que l'ensemble des conseillers de la chambre, pour avoir chaleureusement accepté de converser sur ce sujet.

(42) V. par ex. la très médiatique décision relative au statut pénal du Président de la République, Cons. const., 22 janv. 1999, n° 98-408 DC, AJDA 1999. 266 ; *ibid.* 230, note J.-E. Schoettl ; D. 1999. 285, note P. Chrestia ; *ibid.* 2000. 111, obs. M.-H. Gozzi ; *ibid.* 196, obs. S. Sciortino-Bayart ; *ibid.* 2001. 949, chron. P.-H. Prélôt ; RFDA 1999. 285, note B. Genevois ; *ibid.* 715, note P. Avril ; *ibid.* 717, obs. B. Genevois ; Rev. science crim. 1999. 353, obs. J.-F. Seuvic ; *ibid.* 497, obs. E. Dezeuze ; *ibid.* 614, obs. A. Giudicelli.

(43) V. par ex. Crim., 14 déc. 1999, n° 99-80.104, RDI 2001. 68, obs. M. Segonds ; Rev. science crim. 2000. 600, obs. B. Bouloc ; *ibid.* 851, obs. G. Giudicelli-Delage ; RTD com. 2000. 737, obs. B. Bouloc, Bull. crim. n° 306, p. 947 ; Dr. pén. 2000, n° 56 - Crim., 31 oct. 2007, n° 06-89.045, D. 2007. 3074, obs. A. Lienhard ; *ibid.* 2008. 1573, obs. C. Mascala ; AJ pénal 2008. 141 ; Rev. sociétés 2008. 165, note H. Matsopoulou ; RTD com. 2008. 434, obs. B. Bouloc, Bull. crim. n° 263 ; Dr. pén. 2008. comm. 10 ; JCP G 2008. I. 120, obs. J.-H. Robert ; Dr. pén. n° 1, janv. 2008. comm. 10.

(44) Comme le relevait Christian Mouly, V. Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ?, préc., spéc. n° 18. L'auteur estimait que la principale raison de cette rareté devait être imputée à la volonté judiciaire de limiter la taille de la motivation des jugements. Comme nous aurons l'occasion d'y revenir, la question de la légitimité d'un tel procédé est aussi de nature à justifier un caractère aussi sporadique.

(45) Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le premier président Guy Canivet, préc., p. 46.

(46) V. not. A. Sériaux, Le juge au miroir. L'article 5 du code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain, préc., spéc. p. 178 ; F. Terré, Introduction générale au droit, Dalloz, 7^e éd., 2006, p. 282.

(47) V. par ex. H. Croze, note sous Civ. 2^e, 30 avr. 2002, Bull. civ. II, n° 82, p. 66 ; JCP G 2002. II. 10129 ; J. Hauser, obs. sous Paris, 1^{re} ch. C, 12 janv. 2006 et Colmar, 27 mars 2003, RTD. civ. 2006. 277 ; Ch. Radé, note sous Cass., ass. plén., 29 juin 2007, Bull. ass. plén., n° 7 ; JCP E 2007. 2198 ; B. Vareille, obs. sous Civ. 1^{re}, 14 mai 1996, Bull. civ. I, n° 210, p. 146, RTD. civ. 1997. 209. V. encore Ph. Stoffel-Munck ; JCP G 2009. I. 123, à propos de l'arrêt Cass., ch. mixte, 28 nov. 2008, Bull. ch. mixte, n° 3 relatif à la disparition de l'exonération de la responsabilité du transporteur de son obligation de sécurité de résultat lorsque la faute de la victime ne revêt pas les caractères de la force majeure.

(48) V. J. Carbonnier, Droit civil - Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple, préc. ; M.-A. Frison-Roche, Introduction générale au droit, Dalloz, 1996, p. 31, note 1 ; J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, Introduction générale, in J. Ghestin (dir.), Traité de droit civil, LGDJ, 4^e éd., 1994, p. 474 ; Ph. Malaurie, Ph. Morvan, Introduction générale, préc. ; F. Terré, Introduction générale au droit, préc.

(49) G. Cornu (dir.), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, Puf, 8^e éd., 2007, v° *Obiter dictum*. V. également H. Roland, L. Boyer, Locutions latines du droit français, Litec, 4^e éd., 1998, v° *Obiter dictum*.

(50) Ch. Mouly, Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ?, préc., note 14.

(51) L.-X. Simonel, Le juge et son précédent, Gaz. Pal. 1999. doct. 1990.

(52) Vocabulaire juridique, préc., v° *Jugement*, spéc. n° 2.

(53) Sur le jugement, V. J.-P. Ancel, La rédaction de la décision de justice en France, in *L'élaboration de la décision de justice - Etudes de droit comparé*, RID comp. 1998. 841 ; L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 5^e éd., 2006, p. 449 s.

(54) En ce sens, V. L. Corbion, J.-Cl. Civ., art. 5, La prohibition des arrêts de règlement, spéc. n° 56.

(55) Art. 1020 c. pr. civ., « L'arrêt vise la règle de droit sur laquelle la cassation est fondée ».

(56) Cass., ass. plén., 13 déc. 2002, n° 00-13.787, D. 2003. 231 , note P. Jourdain  ; GAJC, 12^e éd. 2008. n° 215-217, 2 arrêts, Bull. ass. plén. n° 4, p. 7 ; RCA 2003. chron. 4, note H. Groutel ; JCP G 2003. II. 10010, note A. Hervio-Lelong ; JCP G 2003. I. 154, chron. G. Viney.

(57) Civ. 2^e, 10 mai 2001, n° 99-11.287, D. 2001. 2851, et les obs. , rapp. P. Guerder , note O. Tournafond  ; *ibid.* 2002. 1315, obs. D. Mazeaud  ; RDSS 2002. 118, obs. F. Monéger  ; RTD civ. 2001. 601, obs. P. Jourdain , Bull. civ. II, n° 96, p. 64 ; JCP G 2001. II. 10613, note J. Mouly. L'arrêt de l'assemblée plénière reprenait également la solution de l'arrêt *Bertrand*, lequel fermait au parent la possibilité de s'exonérer de leur responsabilité par la démonstration de leur absence de faute. V. Civ. 2^e, 19 févr. 1997, n° 94-21.111, D. 1997. 265  , note P. Jourdain  ; *ibid.* 279, chron. C. Radé  ; *ibid.* 290, obs. D. Mazeaud  ; *ibid.* 1998. 49, obs. C.-J. Berr  ; GAJC, 12^e éd. 2008. n° 215-217 ; RDSS 1997. 660, note A. Dorsner-Dolivet  ; RTD civ. 1997. 648, obs. J. Hauser  ; *ibid.* 668, obs. P. Jourdain , Bull. civ. II, n° 56, p. 32 ; JCP G 1997. II. 22848, concl. Kessous, note G. Viney ; Dr. fam. 1997. chron. 3, H. Lécuyer.

(58) H. Groutel, note sous Cass., ass. plén., 13 déc. 2002, préc. Cette particularité avait bien entendu été remarquée par l'ensemble des autres commentateurs.

(59) Cass., ass. plén., 29 mars 1991, n° 89-15.231, D. 1991. 324 , note C. Larroumet  ; *ibid.* 157, chron. G. Viney  , obs. J.-L. Aubert  ; GAJC, 12^e éd. 2008. n° 227-229 ; RFDA 1991. 991, note P. Bon  ; RDSS 1991. 401, étude F. Monéger  ; RTD civ. 1991. 312, obs. J. Hauser  ; *ibid.* 541, obs. P. Jourdain  ; RTD com. 1991. 258, obs. E. Alfandari et M. Jeantin  , Bull. ass. plén., n° 1, p. 1 ; JCP G 1991. II. 21673, concl. D.-H. Dontenville, note J. Ghestin ; Gaz. Pal. 1992. 2. 513, note F. Chabas. La règle n'a cependant pas été étendue à toutes les hypothèses de responsabilité du fait d'autrui. Pour un panorama, V. Ch. Radé, Responsabilité du fait d'autrui - Principe général, J.-Cl. Civ., fasc. n° 140.

(60) Civ. 1^{re}, 30 janv. 2001, n° 98-14.368, D. 2002. 1320, et les obs. , obs. P. Delebecque  ; *ibid.* 2001. 2232, obs. P. Jourdain  ; GADPG, 6^e éd. 2007. n° 41 ; Rev. science crim. 2001. 613, obs. A. Giudicelli  ; RTD civ. 2001. 376, obs. P. Jourdain , Bull. civ. I, n° 19, p. 11 ; JCP G 2001. I. 338, n° 4 et 5, obs. G. Viney ; RCA 2001. comm. 261.

(61) V. not. Ph. Conte, Le lampiste et la mort, Dr. pén. 2001. chron. 2 ; Y. Mayaud, Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal... (à propos de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000), D. 2000. Chron. 603  ; Ph. Salvage, Retour vers l'imprudance pénale, JCP G 2000. I. 281, n° 18 ; M. Tapia, Décadence et fin éventuelle du principe d'identité des fautes pénale et civile, Gaz. Pal. 7-8 mars 2003. doc. 2 ; G. Viney, Conclusion à un colloque sur la nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000, RSC 2001. 764  .

- (62) Dans le même sens, V. P. Jourdain, note sous Civ. 1^{re}, 30 janv. 2001, préc.
- (63) Sur la référence à des principes généraux aux vises des arrêts, V. J.-P. Gridel, La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé, D. 2002. 228 ; P. Sargos, Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation - Les garde-fous des excès du droit, JCP G 2001. I. 306.
- (64) Le professeur Virassamy laisse penser qu'il existerait une « forme » de l'*obiter dictum*, ce qui supposerait que l'on puisse l'identifier par son apparence dans la décision. V. G. Virassamy, note sous Civ. 1^{re}, 23 janv. 2001, Bull. civ. I, n° 11, p. 7, JCP G 2001. I. 330.
- (65) Alors même qu'en l'espèce les parties au contrat de travail n'avaient nullement entendu permettre au salarié licencié pour faute grave de bénéficier d'une indemnité de licenciement.
- (66) Soc. 31 mars 2009, n° 07-44.564 P+B, Lexbase hebdo n° 346, éd. soc. 16 avr. 2009, obs. S. Tournaux.
- (67) Cf. *supra*, note 22.
- (68) Rappelons que, si le principe de l'égalité des filiations a été édicté par la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972, elle n'a véritablement été effective qu'avec l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 qui abandonne définitivement la distinction entre enfant légitime et enfant naturel.
- (69) Cette extension aux enfants naturels simples opérerait un revirement de jurisprudence. V. antérieurement Civ. 1^{re}, D. 1959. J. 61 ; JCP G 1959. II. 10952, note A. Esmein.
- (70) V. la célèbre critique de cette concision, A. Touffait et A. Tunc, Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation, préc.
- (71) Cass., ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-19.653, D. 1996. 13, concl. M. Jeol, note L. Aynès ; *ibid.* 1997. 59, obs. D. Ferrier ; *ibid.* 1998. 1, chron. A. Brunet et A. Ghozi ; GAJC, 12^e éd. 2008. n° 152-155 ; Mélanges Champaud 1997. 101, étude J. Boré ; RTD civ. 1996. 153, obs. J. Mestre ; RTD com. 1996. 316, obs. B. Bouloc ; *ibid.* 1997. 1, étude M. Jeol, Bull. civ. n° 7, 8 et 9 ; JCP G 1996. II. 22565, note J. Ghestin ; JCP E 1995. II. 662, note Leveneur.
- (72) Sur cette question, V. J. Ghestin, L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation, D. 2004. 2239 et spéc. 2246.
- (73) J. Normand, Le juge et le litige, préf. R. Perrot, LGDJ, Bibl. dr. privé, 1965, p. 1. V. également L. Cadiet, E. Jeuland, Droit judiciaire privé, préc., n° 5. ; G. Cornu, J. Foyer, Procédure civile, Puf, 3^e éd., 1996, p. 41.
- (74) G. Cornu, J. Foyer, Procédure civile, préc., p. 44. Pour ces auteurs, il conviendrait de distinguer entre le différend non encore porté devant le juge, lequel reçoit la qualification de litige, et le différend porté devant le juge qui serait qualifié cette fois de procès. L'*obiter dictum* devrait alors se manifester hors du procès et non pas hors du litige, c'est-à-dire hors de l'objet dont le juge a été saisi par les parties. Cependant, la notion de procès étant certainement moins bien définie encore que celle de litige, nous prendrons le parti de conserver le litige comme terme générique.
- (75) H. Motulsky, Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits, Ecrits, t. 1, Dalloz, 1973 p. 44, n° 12. V. également L. Cadiet, E. Jeuland, Droit judiciaire privé, préc., p. 314 s. ; S. Guinchard, F. Ferrand, Procédure civile. Droit interne et droit communautaire, Dalloz, 28^e éd., 2006, p. 543 ; R. Martin, Le juge devant la prétention, D. 1987. 35 ; R. Martin, R. Perrot, Théorie générale du procès : droit processuel, éd. juridiques et techniques, 1984, n° 120 s. ; J. Normand, Le juge et le fondement du litige, in Mélanges Hébraud, p. 596. L'objet de la demande est parfois assimilé à l'objet du litige tel que défini par l'article 4 du

code de procédure civile qui désigne celui-ci comme « *les prétentions respectives des parties* ».

(76) V. cependant Hébraud qui semble assimiler à l'*obiter dictum* la technique de la libre révision autrefois pratiquée en Allemagne par le *Reichsgericht*, laquelle nous paraît plutôt constituer une manière de soulever des moyens d'office. V. P. Hébraud, RTD. civ. 1969. 608-609, préc.

(77) L. Cadiet, E. Jeuland, Droit judiciaire privé, préc., p. 327, note 66.

(78) Cette conception, elle aussi issue des idées de Motulsky, demeure cependant controversée. V. H. Motulsky, La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge, D. 1964. Chron. 235. Sur les controverses, V. S. Guinchard, F. Ferrand, Procédure civile. Droit interne et droit communautaire, préc., p. 546-548.

(79) S. Guinchard, F. Ferrand, Procédure civile. Droit interne et droit communautaire, préc., p. 546.

(80) On retrouverait cependant ici l'ambiguïté entre *obiter dictum* et moyen soulevé d'office.

(81) Traduction par nos soins de la formule de MM. Cross et Harris : « *an obiter dictum is a statement of law in the opinion which could not logically be a major premiss of the selected facts of the decision* » R. Cross, J. W. Harris, Precedent in English law, préc., p. 76. Le fait que des auteurs anglo-saxons définissent l'*obiter dictum* par le biais du syllogisme peut surprendre puisque le raisonnement du juge de *Common law* ne s'appuie pas sur ce procédé. En ce sens, V. E. Jeuland, Syllogisme judiciaire, in L. Cadiet (dir.), Dictionnaire de la justice, Puf, 2004, p. 1269, spéc. p. 1272.

(82) D'une manière générale sur le syllogisme judiciaire, V. E. Jeuland, Syllogisme judiciaire, préc. ; M.-L. Mathieu-Izorche, Le raisonnement juridique : initiation à la logique et à l'argumentation, Puf, 2001, p. 195 s. ; H. Motulsky, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs, rééd., Dalloz, 2002, p. 48 ; Ch. Perelman, Logique juridique - Nouvelle rhétorique, Dalloz, rééd. de la 2^e éd., 1999, p. 2 s.

(83) L'expression « syllogisme régressif » fut utilisée par Carbonnier pour illustrer le mode de raisonnement syllogistique habituellement utilisé par les avocats. A l'inverse du juge qui part des prémisses majeures (la règle) et mineures (les faits) pour parvenir à la solution, l'avocat, faisant usage du syllogisme régressif, part de la solution qu'il souhaite obtenir, la confronte à la prémisses mineure et en déduit que telle ou telle règle de droit doit être invoquée. V. J. Carbonnier, Droit civil - Introduction, préc., p. 24.

(84) D'autres raisons gouvernent en réalité à la contestation de la technique de l'*obiter dictum*, principalement l'atteinte qu'il constitue à la prohibition des arrêts de règlement et à l'autorité relative de la chose jugée, cf. *infra*, n° 37.

(85) V. R. Jacob, L'Europe : une culture judiciaire commune ?, in Langages de justice, Les Cahiers de l'Institut des hautes études sur la justice, oct. 1994. 4. D'une manière générale, V. également J.-A. Jolowicz, Droit anglais, Dalloz, 2^e éd., 1992, p. 43 s. ; P. Pinker-Gest, Droit anglais, t. 1, 3^e éd., LGDJ, 1997, p. 567 ; A. Wagner, La langue de la common law, préc., p. 326 ; M. Zander, The Law-Making Process, préc., p. 263 ; R. Ward, A. Wragg, English legal system, 9^e éd., Oxford University Press, 2005, p. 81. La distinction générique entre *ratio decidendi* et *obiter dictum* est parfois écartée au profit d'une autre distinction recouvrant une réalité similaire, notamment aux Etats-Unis d'Amérique, entre *holding* et *dictum*, V. A. Levasseur, Droit des Etats-Unis, Dalloz, 2^e éd., 1994, p. 21.

(86) En ce sens, V. P. Hébraud, Le juge et la jurisprudence, préc., p. 347. Le professeur Legeais estime cependant que l'on « pouvait naguère trouver une analogie en droit français

lorsqu'on devait déterminer ce qui dans une décision rendue au pénal avait autorité sur le civil (seuls s'imposaient au juge civil ceux des motifs considérés comme le soutien nécessaire du dispositif : ils étaient l'équivalent de la *ratio decidendi*) », V. R. Legeais, *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative, préc.*, p. 76.

(87) Sur cette question, V. F. Zenati, *La nature de la Cour de cassation*, BICC 14 avr. 2003.

(88) M.-A. Frison-Roche, W. Baranès, *Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi*, D. 2000. 361. Les propos de ces auteurs doivent cependant être replacés dans leur contexte puisqu'ils procèdent de l'analyse d'un *obiter dictum* du Conseil constitutionnel. Il ne peut dès lors être regretté que le caractère général de la formule qui, appropriée pour une décision constitutionnelle, mérite d'être nuancée appliquée aux *obiter dicta* de la Cour de cassation.

(89) A. Tunc, *La Cour suprême idéale, préc.*, spéc. p. 467.

(90) V. not. *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le premier président Guy Canivet, préc.*, p. 46 ; Ch. Mouly, *Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ?*, préc., spéc. n° 17 ; H. Muir Watt, *La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme*, in N. Molfessis (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, 2004, p. 53 ; I. Rovire, *Le revirement de jurisprudence, Etude de droit anglais et de droit belge*, Bruylant, 2003.

(91) H. Muir Watt, *La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme, préc.*, spéc. p. 64.

(92) V. en ce sens le mystérieux Félix Rome qui estime que « *l'obiter dictum* fut précisément inventé pour réaliser cette modulation, en préparant les esprits à un changement », V. F. Rome, *Autres Présidents, autre lettre...*, D. 2007. 1713.

(93) H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, préc.*, spéc. p. 248.

(94) *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le premier président Guy Canivet, préc.* ; J.-L. Aubert, *Faut-il « moduler » dans le temps les revirements de jurisprudence ?... J'en doute*, RTD. civ. 2005. 300 ; Ch. Mouly, *Le revirement pour l'avenir, préc...*

(95) Civ. 1^{re}, 29 nov. 1994, n° 91-21.009, D. 1995. 122, note L. Aynès ; RTD civ. 1995. 358, obs. J. Mestre ; RTD com. 1995. 464, obs. B. Bouloc, Bull. civ. I, n° 348 ; JCP G 1995. II. 22371, note J. Ghestin ; CCC 1995/02, n° 24, note L. Leveneur.

(96) Cass., ass. plén., 1^{er} déc. 1995, et les réf. préc. Les faits ayant donné lieu à cette décision étant bien antérieurs aux arrêts du 29 novembre 1994, les *obiter dicta* avaient également vocation à informer les avocats aux Conseils pour les pourvois à venir.

(97) V. Civ. 2^e, 20 déc. 2007, n° 07-13.403, D. 2008. 1248, note J. Mouly ; *ibid.* 648, chron. J.-M. Sommer et C. Nicoletis ; RTD civ. 2008. 315, obs. P. Jourdain, Bull. civ. II n° 274 ; RCA 2008. comm. 50, obs. H. Groutel.

(98) Arrêt *Cousin*, Cass., ass. plén., 14 déc. 2001, n° 00-82.066, D. 2002. 1230, et les obs. ; note J. Julien ; *ibid.* 1317, obs. D. Mazeaud ; *ibid.* 2117, obs. B. Thullier ; GAJC, 12^e éd. 2008. n° 225-226 ; RDSS 2002. 526, obs. G. Mémeteau ; RTD civ. 2002. 109, obs. P. Jourdain, Bull. ass. plén., n° 17 ; RCA 2002. chron. 4, H. Groutel ; JCP G 2002. II. 10026, note M. Billiau ; JCP G 2002. I. 124, n° 7, obs. G. Viney.

(99) Civ. 2^e, 21 févr. 2008, n° 06-21.182, D. 2008. 2125, note J.-B. Laydu.

(100) Cf. *supra*, note 59.

(101) C'est là notamment l'argument invoqué par l'avocat général Lindon préalable à l'affaire déjà évoquée de la première chambre civile en 1969. V. Civ. 1^{re}, 20 mai 1969, préc., D. 1969. 429, concl. Lindon.

(102) Cf. *supra*, note 22 et spéc. concl. av. gén. Lindon.

(103) Civ. 1^{re}, 29 févr. 2000, n° 97-11.811, D. 2000. 79 ; RDI 2000. 363, obs. G. Durry ; Bull. civ. I, n° 64, p. 44 ; RCA 2000. chron. 12, par H. Groutel.

(104) G. Durry, préc.

(105) Civ. 1^{re}, 10 févr. 1993, n° 91-14.544, D. 1993. 490, note J. Hauser et P. Nicoleau ; *ibid.* 325, obs. F. Granet-Lambrechts ; RTD civ. 1993. 337, obs. J. Hauser.

(106) La dernière étape de cette disparition progressive des distinctions entre les différentes filiations est marquée par la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation. V. F. Granet-Lambrechts, Ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation : les modifications apportées par le Parlement, AJ fam. 2009. 76 ; Th. Garé, Réforme de la filiation - A propos de la loi du 16 janvier 2009, JCP G 2009. act. 59.

(107) Cette précision revêtait une importance capitale compte tenu des débats tenus sur cette question afin de déterminer s'il fallait retenir la simple prescription trentenaire ou si, au contraire, l'action devait être considérée comme imprescriptible. Sur cette controverse, V. not. R. Savatier, Parenté et prescription civile, RTD. civ. 1975. 1 ; J. Massip, Defrénois, 1982, art. 32935, p. 1265.

(108) Le professeur Hauser remarquait d'ailleurs que quelques mois plus tôt, la Cour se contentait encore de simplement exclure le délai préfix de l'article 340-4 sans nullement faire référence à la prescription trentenaire. V. J. Hauser, préc. V. également Civ. 1^{re}, 27 oct. 1992, n° 91-11.751, RTD civ. 1993. 627, obs. J. Patarin ; Bull. civ. I, n° 273 p. 177.

(109) Disposition issue de l'ord. n° 2005-759 du 4 juill. 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation.

(110) Civ. 1^{re}, 15 mai 2002, 3 arrêts, spéc. *BNP c/ Abihssira*, n° 00-15.298, D. 2002. 1780, note C. Barberot ; *ibid.* 3337, obs. L. Aynès ; AJ famille 2002. 264, obs. S. D.-B ; RTD civ. 2002. 546, obs. P. Crocq ; *ibid.* 2003. 338, obs. B. Vareille ; Bull. civ. I, n° 127, p. 98 ; JCP G 2002. II. 10109, concl. av. gén. C. Petit et note S. Piedelièvre et I. 162, n° 3, obs. Ph. Simler ; Defrénois, 2002, art. 37604, p. 1208, obs. J. François, et Defrénois, 2003, art. 37691, obs. Ph. Théry.

(111) Cass., ch. mixte, 2 déc. 2005, n° 03-18.210, D. 2006. 729, concl. J. Sainte-Rose ; *ibid.* 61, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.* 733, note L. Aynès ; *ibid.* 1414, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *ibid.* 2855, obs. P. Crocq ; GAJC, 12^e éd. 2008. n° 299 ; AJ famille 2006. 113, obs. P. Hilt ; RTD civ. 2006. 357, obs. B. Vareille ; *ibid.* 594, obs. P. Crocq ; RTD com. 2006. 465, obs. D. Legeais ; Bull. ch. mixte, n° 7, p. 17 ; JCP G 2005. II. 10183, note Ph. Simler ; Dr. fam. 2006. étude 13, p. 10 s., note B. Beignier. V. également Civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, n° 06-10.217, D. 2007. 937, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.* 2126, obs. V. Brémond, M. Nicod et J. Revel ; AJ famille 2007. 229, obs. P. Hilt ; Bull. civ. I, n° 65, p. 58 ; JCP G 2007. I. 142, obs. Ph. Simler ; Dr. fam. 2007. comm. 89, note B. Beignier ; RJPF 2007-5/28, obs. F. Vauvillé ; LPA 31 mai 2007, note P. Berlioz.

(112) V. ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, V. le dossier consacré à cette réforme, D. 2006. 1289 s. ; *Adde* La reconnaissance par l'ordonnance du 23 mars

2006 de deux types de garanties issues de la pratique : la garantie autonome et la lettre d'intention, par Jean Stoufflet, Rev. sociétés 2006. 473  ; La réforme du droit des sûretés : une avancée sur la voie de la modernisation, par Stéphane Prigent, AJDI 2006. 346  ; D. Houtcieff, Les sûretés personnelles, JCP 2006. I. 3 ; Ph. Simler, Eppur, si muove ! (Galilée). Et pourtant, une sûreté réelle constituée en garantie de la dette d'un tiers est un cautionnement... réel, JCP 2006. I. 172.

(113) Cf. *supra*, note 22.

(114) Soc., 27 oct. 1998, n° 95-44.146, D. 2001. 114 , obs. F. Derrida , Bull. civ. V, n° 454, p. 340 ; JCP E 1999. 774, note J.-J. Serret.

(115) V. par ex. l'hypothèse dans laquelle est étendue par *obiter dictum* à l'engagement unilatéral la règle selon laquelle l'usage ne peut avoir pour objet d'augmenter le nombre de délégués syndicaux dans l'entreprise. V. Soc. 24 sept. 2008, n° 08-60.010, inédit.

(116) V. par ex. la décision qui étend aux usages d'entreprise la règle selon laquelle les engagements unilatéraux de l'employeur ne sont transmis au nouvel employeur, en cas de transfert d'entreprise, qu'à l'égard des salariés embauchés avant la cession. V. Soc., 7 déc. 2005, n° 04-44.594, D. 2006. 1867 , note G. Loiseau  ; *ibid.* 410, obs. G. Borenfreund, F. Guiomard, O. Leclerc, P. Lokiec et E. Peskine  ; RTD civ. 2006. 765, obs. J. Mestre et B. Fages , Bull. civ. V, n° 356, p. 317 ; JCP S 2006. 1141, note E. Cornut ; Lexbase Hebdo, éd. soc., n° 194 du 14 déc. 2005, note Ch. Radé.

(117) Comme toujours lorsque le raisonnement *a pari* est employé, cela dénote une forte proximité notionnelle entre les concepts comparés. Sur le raisonnement par analogie, V. G. Cornu, Le règne discret de l'analogie, *in* Mél. offerts à A. Colomer, Litec, 1993, p. 129 s. ; B. Frydman, Les formes de l'analogie, RRJ 1995. 1053.

(118) S'agissant du courant qui considère que l'*obiter dictum* manifeste une fonction doctrinale du juge, V. M.-A. Frison-Roche, Introduction générale au droit, préc. ; J.-Y. Frouin, La construction formelle et intellectuelle d'un arrêt, LPA 25 janv. 2007 ; A. Oraison, Réflexions générales sur la nature des *obiter dicta* enchâssés dans les décisions de justice rendues par la Cour internationale de justice, préc., spéc. p. 1925 ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, préc., p. 349. S'agissant du courant qui considère plutôt l'*obiter dictum* comme l'émanation d'un pouvoir créateur du juge, V. M.-A. Frison-Roche, W. Baranès, Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi, préc. ; A. Sériaux, Le juge au miroir. L'article 5 du code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain, préc., spéc. p. 178 ; F. Zenati, La nature de la Cour de cassation, préc...

(119) J. Carbonnier, Droit civil - Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple, préc., p. 280. V. également A. Sériaux, Le juge au miroir. L'article 5 du code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain, préc., p. 178. Sur les arrêts de règlement de manière générale, V. A. Audinet, Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ?, *in* Mél. J. Brèthe de La Gressaye, Bordeaux, Bière, 1967, p. 99 ; B. Beigner, Les arrêts de règlement, Droits 1989, n° 9, p. 45 ; H. Sinay, La résurgence des arrêts de règlement, D. 1958. Chron. 85 ; O. Tournafond, Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement, *in* Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz, Dalloz, 2006, p. 547.

(120) Le professeur Tournafond rappelle qu'il existait deux types d'arrêts de règlement sous l'Ancien régime : l'arrêt de règlement *inter partes*, disposition générale et réglementaire édictée à l'occasion d'un litige, et l'arrêt de règlement *proprio motu*, disposition générale et réglementaire édictée à l'occasion d'une auto-saisine du juge. O. Tournafond, Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement, préc., p. 549.

(121) V. parmi de nombreuses illustrations Civ. 2^e, 6 mars 2008, n° 06-21.310, D. 2008. 2458, obs. B. Mallet-Bricout et N. Reboul-Maupin , inédit - Civ. 3^e, 11 févr. 1998, n° 96-10.257, D. 1999. 529  ; AJDI 1998. 632 , obs. H. Fabre-Luce  ;

RDI 1998. 608, obs. J.-L. Bergel , Bull. civ. III, n° 34, p. 24 - Civ. 2^e, 19 nov. 1986, Bull. civ. II, n° 172, p. 116.

(122) Par ex. Soc., 12 févr. 1997, n° 96-40.972, D. 1997. 62 , Bull. civ. V, n° 62, p. 42 - Soc. 2 juill. 1997, n° 96-40.975, inédit - Soc. 1^{er} juill. 1998, n° 96-40.971, inédit.

(123) Cette affirmation mérite cependant d'être nuancée. En effet, du fait de sa généralité, le principe général de droit énoncé par la Cour de cassation a également vocation à s'appliquer au-delà de l'espèce en cause. Il n'en demeure pas moins qu'il conserve un point d'ancrage dans le litige bien plus tangible que celui qui lie le litige à l'*obiter dictum*.

(124) O. Tournafond, Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement, préc., p. 551.

(125) Sur ce point, V. H. Sinay, La résurgence des arrêts de règlement, préc., p. 86.

(126) Cf. *supra* n° 5.

(127) L.-X. Simonel, Le juge et son précédent, préc., n° 26 s.

(128) Très classiquement en effet, il est reconnu à la Cour de cassation un pouvoir d'unification de l'interprétation de la règle de droit. Comment pourrait-elle jouer ce rôle si les décisions qu'elle rend n'avaient aucune autorité au-delà de la cause jugée ? Sur cette question, V. G. Canivet, La Cour de cassation et l'interprétation uniforme du droit. Conférence donnée le 21 décembre 2001 à la Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université Saint-Joseph de Beyrouth, consultable à l'adresse suivante : <http://www.cedroma.usj.edu.lb/pdf/conf1/Pdf/Canivet.pdf> ; J.-Y. Frouin, La construction formelle et intellectuelle d'un arrêt, préc., p. 15 ; G. Marty, Etude de droit comparé sur l'unification de la jurisprudence par le Tribunal Suprême, *in* Mél. Lambert, 1937, p. 728.

(129) Il est de plus en plus souvent fait référence à des précédents judiciaires devant les juridictions du fond. Cette pratique est formellement condamnée par la Cour de cassation (par ex. Soc. 27 févr. 1991, Bull. civ. V, n° 102, p. 64 - Soc. 16 déc. 1997, n° 95-44.374, inédit) même si la prohibition a été sensiblement assouplie, puisque la Cour s'oppose seulement désormais à ce que les juges du fond se bornent « à se référer à une décision rendue par une autre juridiction dans un litige différent » (par ex. Soc. 20 janv. 1999, n° 97-40.358, inédit - Soc. 5 mars 2008, n° 06-44.829, inédit). Sur la question de l'autorité des règles prétorienne posées par la Cour de cassation sur les juges du fond, V. P. Hébraud, Le juge et la jurisprudence, préc., spéc. p. 337 ; J. Boré, L. Boré, La cassation en matière civile, préc., n° 2128.

(130) H. Roland, L. Boyer, Adages en droit français, 4^e éd., Litec, 1999, v° *Nul n'est censé ignorer la loi*.

(131) Soc. 9 juill. 1996, Bull. civ. V, n° 276 p. 194 ; Dr. soc. 1996. 906, note J. Déprez ; JCP E 1997. II. 938, note G. Lachaise.

(132) V. Soc., 28 janv. 1998, n° 95-45.220, D. 1998. 75 , Bull. civ. V, n° 50, p. 37 ; Dr. soc. 1998. 528, obs. G. Couturier.

(133) V. par ex. Soc. 4 nov. 2009, FS-P+B, n° 09-60.066.

(134) Crim. 4 nov. 2008, n° 08-81.618, inédit, Dr. pén. n° 2, févr. 2009. comm. 24, note J.-H. Robert.

(135) Crim., 20 févr. 1986, Bull. crim. 1986, n° 70 ; D. 1986. IR. 398, obs. G. Roujou de Boubée - Crim., 22 mai 2002, n° 01-85.763, Rev. science crim. 2003. 108, obs. J.-F. Renucci et C. Ambroise-Castérot .

(136) Soc., 4 déc. 1996, n° 94-40.693, RTD civ. 1998. 221, obs. N. Molfessis , Bull. civ. V,

n° 421, p. 304 ; JCP G 1997. I. 4064, n° 11, obs. L. Cadiet.

(137) Ch. Albiges, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, Bibl. dr. privé, 2000, p. 66 s. et p. 85 s. ; H. Roland, L. Boyer, *Adages en droit français*, préc., n° 93.

(138) Le juge judiciaire ne peut statuer *extra petita*, ce qui découle notamment des articles 4 et 5 du code procédure civile. A cela s'ajoute que l'article 464 du même code ouvre aux parties un recours en rectification du jugement dans cette hypothèse. V. J. Boré, L. Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz, 2009, p. 359 s.

(139) Cf. *supra* n° 3.

(140) F. Géa, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, préc., p. 1051 s.

(141) Se pose certainement d'ailleurs la question, dans ces circonstances, d'une éventuelle atteinte au secret du délibéré.

(142) Cf. *supra* note 131.