

Réseaux de références et appareil scientifique (ce que nous apprend l'examen d'une question de droit des biens)

Michel Boudot

Volume 51, numéro 2-3, 2022

Colloque *Les lieux du droit*

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1095738ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1095738ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Résumé de l'article

Les discours de sciences sociales se caractérisent par un lexique spécialisé et des usages conceptuels réservés, mais ce qui permet de les reconnaître et les identifier, parfois au premier coup d'oeil, ce sont leurs illustrations et leurs réseaux de références. C'est en tout cas très clair pour la doctrine juridique qui emploie à cette fin des suites de symboles, bien difficiles à décrypter pour les non-initiés. Ce texte propose à partir d'une question menue du droit des biens, une enquête sur les significations des appareils citationnels, références d'arrêts ou de doctrine, en notes de bas de page et toutes autres gloses para-textuelles.

Discours de vérification, justification, légitimation sont construits, appuyés sur des réseaux de références. L'enquête diachronique révèle leur dynamisme : les pages de doctrine juridique s'écrivent avec des références nouvelles. Mais cette littérature est redondante; les auteurs qui commentent ou expliquent n'innovent pas à chaque page : répétition d'idées et compilations de références surgissent d'une analyse systématique. Les références prouvent que l'auteur a bien travaillé, que le corpus des sources sur lesquelles il appuie sa réflexion obéit aux règles de rigueur et de sérieux qui font la démarche analytique, et concomitamment le font reconnaître comme légitime à exprimer un point de vue, fût-ce paradoxalement dans un discours visant ailleurs que l'analyse, un discours qui n'exprime que des affects ou des impressions subjectives.

Citer cet article

Boudot, M. (2022). Réseaux de références et appareil scientifique (ce que nous apprend l'examen d'une question de droit des biens). *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 51(2-3), 311–357. <https://doi.org/10.7202/1095738ar>

Réseaux de références et appareil scientifique (ce que nous apprend l'examen d'une question de droit des biens)

par Michel BOUDOT*

Les discours de sciences sociales se caractérisent par un lexique spécialisé et des usages conceptuels réservés, mais ce qui permet de les reconnaître et les identifier, parfois au premier coup d'œil, ce sont leurs illustrations et leurs réseaux de références. C'est en tout cas très clair pour la doctrine juridique qui emploie à cette fin des suites de symboles, bien difficiles à décrypter pour les non-initiés. Ce texte propose à partir d'une question menue du droit des biens, une enquête sur les significations des appareils citationnels, références d'arrêts ou de doctrine, en notes de bas de page et toutes autres gloses para-textuelles.

Discours de vérification, justification, légitimation sont construits, appuyés sur des réseaux de références. L'enquête diachronique révèle leur dynamisme : les pages de doctrine juridique s'écrivent avec des références nouvelles. Mais cette littérature est redondante; les auteurs qui commentent ou expliquent n'innovent pas à chaque page : répétition d'idées et compilations de références surgissent d'une analyse systématique. Les références prouvent que l'auteur a bien travaillé, que le corpus des sources sur lesquelles il appuie sa réflexion obéit aux règles de rigueur et de sérieux qui font la démarche analytique, et concomitamment le font reconnaître comme légitime à exprimer un point de vue, fût-ce paradoxalement dans un discours visant ailleurs que l'analyse, un discours qui n'exprime que des affects ou des impressions subjectives.

Amongst the features of social science discourse are a specialised lexicon and a specific conceptual uses, but what makes this discourse recognisable and identifiable (sometimes instantly), are the examples it uses as illustrations and its networks of references. This is, in any case, typical of legal doctrine, which uses a series of signs for this purpose, which are opaque to the non-specialist. This article draws on a case-study of a minor question of property law, to explain those reference mechanisms, references to the caselaw or doctrine found in footnotes and other para-textual glosses.

*

Professeur de droit privé et vice-doyen chargé des relations internationales à la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers.

Discourses of verification, rationale and legitimation are constructed and supported by networks of references. A diachronic investigation reveals their dynamism: new references are constantly appearing in legal doctrine. But this literature is redundant; authors who provide commentary or explanations are not constantly breaking new ground: repetitions of ideas and the recycling of references are a product of the system. References are used to prove that the author has applied himself, that the corpus of sources on which his thesis is based is consistent with the analytical norms of the genre, and at the same time to lend legitimacy to his views, even if paradoxically those viewed are expressed in a discourse that has something other than analysis as its finality, a subjective impressionistic discourse.

Los discursos de las ciencias sociales se caracterizan por un léxico especializado y prácticas conceptuales reservadas, pero lo que permite reconocerlos e identificarlos, a veces a primera vista, son sus ilustraciones y sus redes de referencias. En todo caso, es muy claro para la doctrina jurídica, que utiliza para ello una secuencia de símbolos muy difíciles de descifrar para los no iniciados. Este texto propone, partiendo de una cuestión menor de derecho de bienes, una indagación sobre los significados de los dispositivos de citación, las referencias a las sentencias o a la doctrina, en notas al pie y todas las demás glosas paratextuales.

Se construyen discursos de verificación, justificación y legitimación, apoyados en redes de referencias. La investigación diacrónica revela su dinamismo: las páginas de doctrina jurídica se escriben con nuevas referencias. Pero esta literatura es redundante; los autores que comentan o explican no innovan en cada página: la repetición de ideas y la recopilación de referencias surgen de un análisis sistemático. Las referencias prueban que el autor ha trabajado bien, que el corpus de fuentes en las que basa su reflexión obedece a las reglas de rigor y seriedad que configuran el proceso analítico, y al mismo tiempo hacen que se reconozca como legítimo el expresar un punto de vista, aunque solo sea paradójicamente en un discurso que apunta a algo distinto del análisis, un discurso que sólo expresa afectos o impresiones subjetivas.

SOMMAIRE

Introduction	315
I. Première partie : Construction d'un réseau de références	320
A) Contexte interne immédiat (origine du réseau)	321
B) Contexte externe (premier rang et suivants)	322
1. Auteurs de troisième rang (droit des obligations)	326
2. Auteurs de troisième rang (droit des biens)	327
3. Auteurs de quatrième et de cinquième rangs (droit des biens)	327
II. Deuxième partie : Fonction des références	334
A) Forme et localisation des références	335
B) Contenu des réseaux de références	339
C) Signification des références	342
1. Généralités	342
2. Vérification par la référence	343
a) Vérification d'un fait par la référence juridique	343
b) Vérification d'un fait statistique par la référence juridique	345
c) Vérification d'une proposition explicative	347
d) Légitimation par la référence	350
e) Lieu commun	350
f) Autorité du réseau de références	353
Conclusion	356

Introduction

La littérature juridique a ses lieux d'expression : traités, manuels, revues, ouvrages professionnels sur support papier ou électronique (en ligne); et ces pages de doctrine décrivent et récrivent le droit, citent entre guillemets ou réfèrent en bas de page. En parcourant ces divers lieux d'expression, on s'interroge toujours sur l'influence de la forme sur le fond. L'influence des typographes, des éditeurs, des webmestres et des financeurs.

La littérature doctrinale s'exprime aussi *par* des lieux : des lieux, des arguments, en premier lieu, en second lieu... L'argumentation doctrinale se tend avec l'objectif de convaincre son lecteur en utilisant des topiques. Mais la métalangue n'a pas la même portée que la langue. La littérature doctrinale disserte et décrit un phénomène linguistique (le droit), alors que le droit entend régir une réalité extralinguistique. Il n'y a pas lieu de douter que des stratégies rhétoriques différentes opèrent, et qu'elles expriment des rapports de force entre l'autorité jurisprudentielle qui pose le droit, et l'autorité scientifique qui commente, synthétise et divulgue.

Une réflexion sur la relation entre la topographie et les topiques doctrinales animera mon propos, mais je concentrerai mon attention sur les réseaux de références, où les trouve-t-on et comment opère leur autorité? Je dénomme ici « réseau de références » ce qui est appelé couramment « appareil scientifique » précisément pour éviter cette dénomination qui induit déjà en soi une rhétorique de légitimation. J'aurais pu également utiliser l'expression « appareil de citation » lue chez Véronique Champeil-Desplats¹ ou encore « entourage citationnel » lue chez Béatrice Milard; mais mon intention n'étant pas d'incarner les citations comme pourrait le faire une sociologue², j'utiliserai « réseau de références » dans un sens strictement cognitif afin de représenter non pas des réseaux sociaux, des relations d'allégeances personnelles ou des connexions académiques, mais des objets de transmission du savoir, des concepts ou des lieux communs, voire des *traditions* intellectuelles. Je reste conscient que les derniers ne

¹ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 2^e éd., coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2016, n° 309.

² Béatrice MILARD, « Réseaux et entours citationnels en chimie », *L'Année sociologique* 2014.64.1.15; Béatrice MILARD, « Dynamiques relationnelles d'un article scientifique : "Roger et al. (2004)" et ses réseaux », *Terrains & travaux* 2011.19.2.141.

vont pas sans les premiers, ce qui frappe ma recherche d'inachèvement; qui sait, un sociologue sera peut-être tenté par une étude critique et complémentaire consacrés aux habitus de référencement des auteurs de doctrine juridique en suivant les pistes tracées par Louis Pinto³.

Les sciences sociales se caractérisent chacune par un lexique spécialisé, des usages conceptuels réservés et des styles volontiers jargonners. Mais ce qui permet de les reconnaître, parfois au premier coup d'œil, ce sont leurs illustrations et leurs réseaux de références. Des graphes, des graphèmes, des cartes, des diagrammes, des « camemberts », toutes sortes de représentations graphiques qui spécifient les styles des discours de science y compris dans les sciences sociales⁴. La littérature juridique est pauvre en schémas, mais elle est très riche en graphèmes et en abréviations qui racontent des histoires autant qu'ils décrivent une compétence de leur auteur. Ces références sont bien difficiles à décrypter pour les non-initiés et j'en profite aussi pour souligner leur fort caractère nationaliste. Ci-dessous, deux notes réfèrent à un récit très connu que les professeurs de droit civil français racontent volontiers à leurs étudiants, un peu comme s'ils avaient sous les yeux la photographie du café Gondrée et celle de l'hôtel de Girancourt.

³ Louis PINTO, « Citations et références. Pour une sociologie des habitus académiques », *Savoir/Agir* 2020.54.4.119.

⁴ Gilles-Gaston GRANGER, *Essai d'une philosophie du style*, Paris, Odile Jacob, 1988, p. 217 et suiv.; ceci peut mener à une comparaison stylistique dans le discours juridique, Nicholas KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style?*, Montréal, Éditions Thémis, 2003.

(1) Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1999, n° 96-18.699; *Bull. civ.* I, n° 87, p. 58; RDI 1999, 187, obs. J.-L. Bergel; D.1999, 319, concl. J. Sainte-Rose, note E. Agostini; D. 1999, somm. 247, obs. Durrande; D. 2000, 19, note J. Ravanais; somm. 282, obs. O. Tournafond; JCP 1999, II, 10078, note P.-Y. Gautier; JCP 1999, I, 175, n°2 obs. H. Périnet-Marquet; RTD civ., 819, obs. F. Zenati-Castaing; CCE 1999/1, p.14 obs. Y. Gaubiac; C. Caron, Les virtualités dangereuses du droit de propriété, Defrénois 1999.897.

(2) Ass. Plén., 7 mai 2004, n°02-10.450, D. 2004, 1545, note J.-M. Bruguière; D.2004, 1547, note E. Dreyer; JCP 2004, II, 10085 note C. Caron; RTD civ. 2004.528 obs. T. Revet; JCP N 2005, 1159 obs. H. Périnet-Marquet.

Des histoires pleines de surprises et de rebondissements⁵.

⁵ Voici ce que racontent ces références : le café Gondrée est encore aujourd'hui célèbre pour avoir été la première maison libérée lors du débarquement allié sur les plages normandes. Situé à Bénouville dans le Calvados, il fut pris par la 6^e division aéroportée britannique après la tombée de la nuit du 5 juin 1944 et constitue depuis lors un lieu de pèlerinage et de commémoration de la victoire contre l'occupant nazi. Le café Gondrée est aussi célèbre parmi les juristes pour avoir été un lieu de controverse sur l'image des biens. M^{me} Pritchett, la propriétaire du café, exploitait sous forme de cartes postales l'image de son bien et poursuivait des éditeurs de photographies qui en faisaient de même sans son autorisation. En 1999, la Cour de cassation rendait une décision, étonnante et vite rangée parmi les grands arrêts, attachant à la propriété d'un immeuble le droit exclusif d'en exploiter l'image.

Non loin de là, l'hôtel de Girancourt est un hôtel particulier situé au centre de la ville de Rouen. Monument historique, il contribue à l'attractivité touristique de la capitale normande. Renforcé dans ses convictions par la décision *Café Gondrée*, le propriétaire de l'immeuble poursuivait un promoteur immobilier qui avait illustré les environs de son programme de ventes immobilières, au moyen de l'image de l'hôtel de Girancourt. Mais étonnamment, la Cour de cassation en 2004 revenait sur sa position antérieure en posant que « le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci, mais qu'il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal ». Une première décision étonnante, un revirement surprenant entrecoupés d'un rebondissement singulier : après cassation, l'affaire du *Café Gondrée* fut renvoyée devant la Cour d'appel de Rouen, pour qu'il soit statué sur les indemnités dues à la propriétaire. Quelle surprise! Le café Gondrée ayant été construit sur le domaine public, on se rendit compte qu'il n'appartenait pas à M^{me} Pritchett mais à l'État : elle ne pouvait en aucune façon agir pour la défense d'un droit qu'elle n'avait pas (Rouen, 13 mars 2001, *JurisData* n° 139739). Et qui

Les réseaux de références n'ont pas toujours existé⁶, n'existent pas toujours, et surtout ils n'adviennent pas par hasard⁷. Ces pratiques naissent des contraintes technologiques, des schémas éditoriaux, ou encore de la censure politique subie par les auteurs : impossible de retracer ici l'histoire des réseaux de références depuis le Moyen-Âge où gloses et post gloses ceinturaient les paragraphes du *corpus iuris*, je me contenterai de remonter le temps jusqu'au Code civil⁸. Et pour les besoins de ce travail, j'ai mené une enquête dont je livrerai rapidement le déroulement et les conclusions.

Ultime précaution, dans la littérature doctrinale, les références assument diverses fonctions qu'il s'agira d'éclairer, mais cette enquête ne retracera pas la manière dont les auteurs d'ouvrages de méthodologie juridique prescrivent l'utilisation des notes de bas de page ou des références en général; il s'agit là d'une littérature qui a connu ses genres et qui pourrait à son tour être utilisée pour mettre en abyme la déontologie et les pratiques discursives de référencement. À ce propos, il serait intéressant de se pencher avec David Lodge sur une polémique récente qui a secoué le *tout petit monde* des juristes français, et qui illustre fort bien la manière dont se construit aussi la jurisprudence en tant que source de droit, par des

plus est, la plaignante ayant omis de renouveler la convention lui permettant d'exploiter le domaine public maritime, ce furent même les services de l'État qui lui réclamèrent des arriérés de redevance impayés (C. adm. Nantes, 18 déc. 2001, *Rec. Cons. d'Ét.*, n° 99NT02646 [inédit]). Nul doute que de telles histoires se racontent ailleurs qu'en Normandie : Élise CHARPENTIER, « Entre droits de la personnalité et propriété : un cadre juridique pour l'image des choses? », (2009) 43-3 *R.J.T.* 531.

⁶ Sur la manière dont les juristes romains composaient et tissaient leur rapport au passé et à leurs anciens, voir : Dario MANTOVANI, « Usages juridiques du passé, dans la pensée des juristes romains », dans *Les cours du Collège de France*, France Culture, 2020, en ligne : <<https://www.franceculture.fr/emissions/series/usages-juridiques-du-passe-dans-la-pensee-des-juristes-romains-0>>.

⁷ Des travaux en profondeur ont été menés par Anthony Grafton dans la littérature de science historique : Anthony GRAFTON, *The Footnote. A Curious History*, Londres, Faber & Faber, 2003.

⁸ Au Québec, voir : Sylvio NORMAND, « La périphérie du texte dans les ouvrages juridiques québécois », (1998) 39-1 *C. de D.* 75.

références fausses, des citations tronquées, des justifications hasardeuses, des enquêtes inabouties et même des gags de répétition (*running gags*⁹).

Le point de départ de la construction du réseau de références choisi pour mener cette enquête est arbitraire; il fait suite à des travaux en cours sur la notion de juste titre au sens de l'article 2272 du Code civil français et celle de titre translatif au sens de l'article 550 du même code, travaux qui croisent l'actualité des restitutions contractuelles : c'est donc un arrêt récent de la Cour de cassation du 1^{er} octobre 2020, qui servira de point d'ancrage, lequel fait lui-même référence à une décision plus ancienne du 27 novembre 2002¹⁰. Ce n'est pas la question juridique de la mauvaise foi du débiteur des restitutions contractuelles qui va nous occuper mais le fil que l'on va tirer pour faire le tour du contexte référentiel dans lequel se situe la décision la plus récente et ce en profitant de ce que la Cour de cassation elle-même indique désormais dans ses arrêts la direction rétrospective à suivre. Les banques de données mobilisent rapidement les liens hypertextes capables d'indiquer si la décision a fait l'objet d'un recensement; ceci pour dire que lorsqu'une question est identifiée, le point de départ de la recherche de références est relativement aisé à déterminer pour qui a été initié à la bibliographie juridique en général. Il faudra prendre soin néanmoins d'éviter certains biais liés à nos habitudes de travail.

Cette enquête embrasse un ensemble vaste de références mais il faut aussi admettre que c'est un ensemble fini dénombrable; d'un point de vue topographique, il n'y a pas une infinité de notes de jurisprudence, de commentaires ou de manuels et de traités s'intéressant à la question de l'interprétation des articles 549 et 550 du Code civil français, et il y en a encore moins qui analysent les récents articles 1352 et suivants issus de la

⁹ Lionel ANDREU, « Des précédents jurisprudentiels imaginaires », D.2021.581; suivi de Laurent AYNÈS et Pierre-Yves GAUTIER, « La leçon du professeur », D. 2021.716; suivi de Lionel ANDREU, « Réponse à messieurs Laurent Aynès et Pierre-Yves Gautier », D. 2021.817.

¹⁰ Civ. 3^e, 1^{er} oct. 2020, D.2020, n° 19-20.737; Civ. 3^e, 27 nov. 2002, D.2002, n° 01-12.444.

réforme du 10 février 2016¹¹. Ceci veut dire que l'exhaustivité du référencement appartient au domaine du possible; je souligne par là l'idée que l'absence d'exhaustivité constituera un choix ou une contrainte, et que ce choix ou cette contrainte ne seront jamais fortuits.

Le réseau de références et sa méthode de construction occuperont le premier temps topographique de cet exposé; en second lieu, j'en soulignerai quelques aspects topiques pour en discuter les fonctions et significations.

I. Première partie : Construction d'un réseau de références

Le réseau de références en construction sera un réseau que je propose de dénommer *ascendant* (qui cite), à savoir qu'il va remonter le temps à partir des références trouvées dans la littérature d'aujourd'hui; ce ne sera pas un réseau *descendant* (qui est cité) qui me ferait chercher où les premiers auteurs ont été reçus. L'utilisation de ces termes connote le type de recherche : la recherche *ascendante* remonte le temps et le fil des références trouvées aux emplacements indiqués; la recherche *descendante* ne peut évidemment suivre le fil des références futures sauf s'il y a matière à comparer les éditions successives d'un même ouvrage de façon à embrasser l'ensemble des références attachées aux paragraphes consacrés à la question de fond. La *descente référentielle* est donc entendue comme une recherche synchronique et tous azimuts pour répondre à la question de savoir quels sont les ouvrages qui possèdent à un instant donné, les mêmes références à celles présentes dans le réseau constitué en remontant le temps; tous azimuts parce que si l'on prétend à l'exhaustivité, il faut être capable de découvrir les références hors réseaux, à savoir des ouvrages ou articles qui ne sont cités nulle part, sans succès antérieur ou tout récemment advenus. La recherche descendante est également utile pour mettre en évidence la diachronie d'un réseau délimité : voir apparaître et disparaître des citations d'arrêt ou d'auteurs. Un tel travail bibliométrique exigerait le

¹¹

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 févr. 2016.

temps d'une thèse de doctorat¹², je me contenterai donc d'une ascension dont le point de départ sera un arrêt récent.

L'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} octobre 2020, n° 19-20737 possède une double référence interne : rendu sur pourvoi après cassation, est mentionnée la première cassation du 12 avril 2018, n° 17-11015; ensuite la réponse de la Cour cite une décision du 27 novembre 2002, n° 01-12444.

Autour de la décision récente, d'un point de vue externe, s'est manifesté rapidement un premier rang d'auteurs qui ont produit de courtes notes ou notices informatives témoignant de son *existence*. À partir de ces notices, il a été facile de remonter le fil des citations. Je précise en outre que le terme « rang » ne préjuge en rien de la qualité des auteurs ou de la jurisprudence cités, il désigne prosaïquement un moment de la recherche empirique. Les auteurs, la jurisprudence ou les références de second rang sont ceux qui sont cités par les auteurs de premier rang, ou si l'on préfère les auteurs ou la jurisprudence de second rang sont des auteurs ou de la jurisprudence de *référence* (au singulier) pour les auteurs de premier rang.

A) Contexte interne immédiat (origine du réseau)

Depuis peu, une nouvelle pratique de la Cour de cassation française consiste à indiquer dans le corps de ses arrêts des références à des décisions antécédentes; comparées aux jugements des cours anglo-américaines, ces références n'occupent ni la place, ni n'assument la fonction des précédents obligatoires; la pratique n'est encore qu'embryonnaire mais elle dessine *a minima* un profil diachronique dynamique qui jusqu'à présent était demeuré invisible; elle constitue au demeurant la promesse de changements à venir. Nous ne nous y attarderons pas mais en ce qui la concerne, la décision du 1^{er} octobre 2020 possède une référence interne et une didascalie qui méritent que l'on s'arrête sur son paragraphe 9¹³.

¹² Pierre-Nicolas BARENOT, *Entre théorie et pratique : les recueils de jurisprudence, miroirs de la pensée juridique française (1789-1914)*, thèse de doctorat, Bordeaux, École doctorale de droit, Université de Bordeaux, 2014.

¹³ Civ. 3^e, 1^{er} oct. 2020, D.2020, n° 19-20.737.

9. Selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation (3^e civ., 27 novembre 2002, pourvoi n° 01-12.444, *Bull.* 2002, III, n° 244), à compter de la demande en justice tendant à la résolution ou à l'annulation de la vente, le possesseur ne peut invoquer la bonne foi.

L'énoncé par lequel l'autorité normative qualifie elle-même de *jurisprudence constante* sa décision tout en ne citant qu'une seule décision sans en exposer les preuves de constance constitue une proposition qui peut être paraphrasée en « jurisprudence qui doit être tenue pour constante ». C'est une proposition normative dans une décision qui est normative. Ce n'est pas une proposition scientifique. Une proposition linguistique de type assertorique, décrivant l'évolution de la jurisprudence en tant que succession d'énonciations, aurait établi le constat de la constance en précisant un corpus de décisions délimitant un segment temporel pour l'analyse des significations des arrêts, et partant un appareillage référentiel plus abondant. Le lecteur aurait pu vérifier ou falsifier la proposition ou évaluer le degré de constance de la solution ainsi qualifiée.

B) Contexte externe (premier rang et suivants)

Le contexte référentiel externe de la décision du 1^{er} octobre 2020 s'étend d'abord par des références circulaires renvoyant aux signalements informatifs et aux commentaires déjà publiés (*contexte d'actualité*); ensuite, par des références de jurisprudence antérieure (*contexte jurisprudentiel ascendant*), par des références doctrinales antérieures (*contexte doctrinal ascendant*), et au besoin, par des références législatives (*contexte législatif ascendant*). D'un point de vue pratique, les contextes référentiels ont été représentés à l'aide d'un logiciel de cartographie mentale (Freemind 1.0.1 à partir du site *framindmap.org*), chaque référence s'incarne dans un nœud duquel dérivent par ramification les références antérieures qui dessinent le contexte ascendant.

À la date du 31 mars 2021, la décision qui tient lieu de point de départ possédait un contexte référentiel d'actualité : la consultation des banques de données présentes sur le site de la bibliothèque numérique de

l'Université de Poitiers¹⁴ révèle que la décision a été recensée dans des revues sous forme de signalements ou de notices informatifs comportant peu ou pas de références externes.

R. BOFFA & M. MEKKI, *D.* 2021. Somm. Droit des contrats, 310; **B. VIAL-PEDROLETTI**, *Loyers et copropriété* 2020, comm. 121; **Y. STRICKLER**, *Dalloz actualité*, 22 oct. 2020; **S. LACROIX DE SOUSA**, *Lamy Droit civil* 2021, n° 189 du 1^{er} février 2021.

Les quatre références précitées appartiennent au genre des informations rapides qui témoignent de l'*existence* d'une décision : elles en paraphrasent, reformulent ou synthétisent le contenu. Leur fonction est signalétique; elles soulignent parfois l'intérêt de la décision : originalité, récurrence, perplexité à l'examen des faits, de la question ou de la solution. La présentation faite par Yves Strickler se démarque des autres par une référence finale au *Traité théologico-philosophique* de Spinoza. Est-ce une référence cosmétique ou un *habitus*? Une référence témoignant du trajet intellectuel de l'auteur ou de son humeur? Ce n'est en rien une référence inutile mais sa fonction est ici largement indéterminée, et pourrait-on dire anormale.

La décision du 1^{er} octobre 2020 a aussi été commentée dans des revues par trois auteurs qui ont situé leur propos dans un contexte citationnel élargi.

J. LAURENT à la *Gaz. Pal.* 24 nov. 2020, n° 390z8, p. 81; **J.-B. SEUBE** au *Defrénois* 25 févr. 2021, n° 169b7, p. 32; **F. DANOS** à la *RDC* 2021, p. 134

¹⁴

La liste des banques de données présentes sur la bibliothèque numérique de l'Université de Poitiers ne rassemble pas la totalité des banques existantes. Pour avoir une vue d'ensemble, il faudrait pouvoir élargir le champ de la recherche bibliographique à l'ensemble des serveurs des universités françaises et étrangères. J'imputerai cependant à la bibliothèque de l'Université de Poitiers la qualité d'être représentative de la littérature juridique numérique française (et non pas de langue française, car on n'y trouve pas ou peu de littérature suisse, belge, québécoise ou d'Afrique francophone). Cette imputation peut être débattue.

Ces trois références appartiennent au genre littéraire du court commentaire appelé aussi « observations ». C'est un genre hétérogène qui dépend fortement des contraintes éditoriales imposées à l'auteur : rapidité d'édition, concision du discours, citations préférentielles au sein d'un réseau de références hypertextuelles appartenant à l'éditeur, citation préférentielle de l'actualité jurisprudentielle, références spécifiques dédiées aux lecteurs praticiens. Ces contraintes ont pour effet de limiter en quantité et en profondeur les références doctrinales externes. Ceci oblige les auteurs à opérer des choix dogmatiques.

On situera arbitrairement le premier rang du réseau de références dans le discours de ces trois auteurs plutôt que chez les quatre premiers cités, lesquels utilisent un appareil en définitive circulaire. Ainsi, les auteurs et les décisions cités par les trois auteurs de premier rang seront qualifiés de références de deuxième rang; au troisième rang, on trouvera les références citées par les auteurs de deuxième rang, et ainsi de suite. La construction empirique de ce réseau laissera nécessairement sur le côté des auteurs ou des décisions qui seraient par ailleurs considérés comme d'importance majeure, mais qui ne sont pas des *auteurs de référence* pour la question précisément étudiée par les auteurs d'origine. Par exemple l'absence du Traité de Jean-Louis Bergel *et al.* aura de quoi surprendre les habitudes et les réflexes mentaux de qui, comme c'est mon cas, a fait ses études à Aix-en-Provence.

Au deuxième rang, les trois auteurs de premier rang citent des références qui parcourent les XIX^e, XX^e et XXI^e siècles; on dénombrera 15 décisions et 10 ouvrages ou articles offrant plusieurs paragraphes, voire plusieurs pages, au traitement de la question de l'attribution des fruits aux possesseurs de bonne ou mauvaise foi.

Décisions de deuxième rang

Cass. civ., 23 déc. 1840 : *S.* 1841, 1, 136; 12 janv. 1863 : *DP* 1863, 1, 163; 2 avr. 1878 : *S.* 1879, 1, 261; 21 déc. 1903 : *DP* 1908, 1, 377; *S.* 1909, 1, 324; 21 déc. 1926 : *S.* 1927, 1, 148; *DH* 1927, 84; **civ. 1^{re}**, 1^{er} févr. 1955 : *Bull. civ.* I, n°48; 19 avr. 1977, n°75-14966; **civ. 3^e**, 28 juin 1983, n°81-14889; 11 juin 1996, n°94-17212; 3 oct. 2001, n°99-19296; **civ. 1^{re}**, 27 nov. 2001, n° 99-18335; **civ. 3^e**, 27 nov. 2002, n°01-12444; **com.**, 28 avr. 2004, n° 02-21585; **civ. 3^e**, 22 janv. 2014, n° 12-28099; 30 mars 2017, n° 15-21790.

En italique, la décision de 2002 est une référence interne de la décision de 2020.

Auteurs de deuxième rang

P. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil, Les biens*, avec M. Julienne, LGDJ, 8^e éd., 2019, n°516; **F. TERRÉ, P. SIMLER et al.**, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n°1815; **O. DESHAYES, T. GÉNICON et Y.-M. LAITHIER**, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 917; **V. FORTI**, *La mauvaise foi survenue du débiteur des restitutions*, *RDC* 2018, n° 114y4, p. 118; **F. TERRÉ et P. SIMLER**, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 10^e éd., 2018, n° 192; **W. DROSS**, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, n° 313-2; **F. ZENATI-CASTAING et T. REVET**, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, n° 505 et sq.; **H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et J. MAZEAUD**, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 2, *Biens, droit de propriété et ses démembrements*, par F. CHABAS, 8^e éd., 1994, Montchrestien, n° 1500; **H. ROLAND et L. BOYER**, *Adages du droit français*, 4^e éd., 1999, Litec, n° 212; **M. PLANIOL et G. RIPERT**, *Traité pratique de droit civil français. Les biens*, t. 3, par M. PICARD, 2^e éd., 1952, LGDJ, n° 172; **R.-J. POTHIER**, *Traité de la prescription*, in M. Bugnet, *Oeuvres de Pothier*, t. 9, 1846, p. 329-330, n° 34-35; **R.-J. POTHIER**, *Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre*, t. 23, 1823, Bréard-Neuville (trad.), p. 44.

Le contexte référentiel de troisième rang se dédouble à raison de la teneur de la question juridique en examen. D'un côté, il faut suivre les références dans la doctrine de droit des obligations qui s'intéresse précisément et spécifiquement à la question des restitutions contractuelles depuis la réforme du Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016. D'un autre, on suivra celle dans la doctrine du droit des biens.

1. Auteurs de troisième rang (droit des obligations)

L. ANDREU L. et N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, 2017, Gualino, n° 1825; **S. TETARD**, Les restitutions dans le nouvel article 1352-4 du Code civil, D. 2017, p. 777; **S. PELLET**, Proposition de modifications des articles 1352 et s. du Code civil, *RDC* 2017, p. 211; **J. KLEIN**, Les restitutions, *Dr. et patr.* 2016, p. 90; **G. CHANTEPIE et M. LATINA**, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 1069; **F. TERRÉ**, *Pour une réforme du régime général des obligations*, Dalloz, 2013, p. 42; **P. GROSSER**, *Chronique JCP (G)* 2016, 1257, n° 9.

Les auteurs de ce sous-groupe de troisième rang exposent et commentent les dispositions nouvellement adoptées par l'ordonnance du 10 février 2016, relatives au droit des restitutions. Leurs explications et commentaires désignent les articles 1352-3 et 1352-7 du Code civil comme successeurs partiels des anciens articles 1378 à 1380 du Code Napoléon. Le réseau ascendant qui emprunte cette direction en droit des obligations enflé rapidement; il se nourrit de toute la littérature récente qui fait l'exégèse de la réforme de 2016, il avale la littérature proto-législative qui la précède et celle plus ancienne qui donnait au régime de la répétition de l'indu une fonction matricielle des restitutions contractuelles. Cette première perspective offre un horizon contemporain élargi, mais nous n'irons pas plus loin que le troisième rang dans cette direction. Il ne s'agit pas d'une impasse mais l'exercice supposerait de reformuler le questionnement pour le rendre achronique en mettant sur le même plan les références aux commentaires des nouveaux textes et les références aux articles nouvellement abrogés. Soit dit en passant, c'est en parcourant les citations de jurisprudence que pourrait être tiré ce fil de part et d'autre du droit des obligations et du droit des biens : il serait possible de mesurer leurs interconnexions grâce aux références de jurisprudence communes.

En direction du droit des biens, un troisième rang d'auteurs se déploie qui ajoute 17 nouveaux auteurs aux 10 premiers cités par les 3 d'origine.

2. Auteurs de troisième rang (droit des biens)

C. LARROUMET et B. MALLET-BRICOUT, *Droit civil : les biens*, 1985, Economica, 6^e éd. 2019; **G. CORNU**, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, 1980, LGDJ, 13^e éd. 2007, n°1173; **B. BALIVET**, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, Thèse 2004, n° 372; **G. MARTY**, **P. RAYNAUD**, *Droit civil, Les biens*, 1965, Sirey 3^e éd. par P. Jourdain, 1995, n°44; **T. REVET**, *La force de travail, Étude juridique*, Litec, 1992, 392; **M. MALAURIE**, *Les restitutions en droit civil*, Cujas, 1991; **G. GOUBEAUX**, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, 1969, n°246; (*) **FOURNIER**, *Le juste titre en droit français moderne*, Thèse Caen, 1942; **R. VOUIN**, *La bonne foi, notion et rôle en droit privé français*, Thèse 1939, n°177; **C. et R. BEUDANT**, **P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE** et **P. VOIRIN**, *Cours de droit civil français*, t. IV, 1938, n°292-331; **A. COLIN**, **H. CAPITANT & L. JULLIOT DE LA MORANDIERE**, *Cours élémentaire de droit civil français*, 1914, 8^e éd. 1934, n°904; (*) **CROIZAT**, *La notion de fruits*, Thèse Lyon, 1926; **G. BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUX**, *Les biens*, 1896, 3^e éd. 1908, n°294-310; **LABBÉ**, note sous Req. 14 mars 1877, S78,1,5; **C. AUBRY et C. RAU**, *Cours de droit civil français*, 4^e éd. 1870 – 6^e éd. 1935, §206; **C. DEMOLOMBE**, *Cours de Code Napoléon*, tome IX, 1866, n°586-639; **J.-B. PROUDHON**, *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation*, II, 1836, n°887-912.

En explorant les pages de doctrine auxquelles il est fait référence, on ajoute encore 30 auteurs cités par les précédents pour un total d'une cinquantaine comprenant les quatrième et cinquième rangs.

3. Auteurs de quatrième et de cinquième rangs (droit des biens)

B. MALLET-BRICOUT, *La bonne foi en droit des biens*, *Rev. dr. Assas*, févr. 2016.51; **B. MALLET-BRICOUT**, *Le juste titre*, *Mélanges Jacques Foyer*, 2008. 687; ***STEINMETZ**, *De la présomption de bonne foi*, Thèse. Strasbourg, 2002; **L. JOSSERAND**, *Cours de droit civil positif français*, I, 3^e éd., 1938, n° 1407-1409; ***GORPHE**, *Le principe de la bonne foi*, Paris, 1928, p. 165; **J. BONNECASE**, *Précis élémentaire de droit maritime*, II, 1932, n°354; **LACOUR et BOUTERON**, *Précis de droit commercial*, I, 2^e éd., 1921, n° 580; **DUBOIS**, 1896, *De la restitution des fruits et produits de la chose d'autrui possédée de bonne foi par un tiers*, *Rev. crit.* p. 402; **YSEUX**, *Droits du possesseur de bonne foi*, *Rev. Générale du Droit*, XVII, 1893, p. 515;

J. WERTHEIMER, *Des avantages attribués à la bonne foi relativement aux biens en droit civil*, Paris, 1891, n° 158; **F. LAURENT**, *Principes de droit civil français*, VI, 1871, n° 196-244; **DALLOZ**, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence*, t. 38, 1857, v° Propriété, n° 271-378; **RIVIERE**, à la *Revue de législation et de jurisprudence*, 1851, III, p. 316-322; **V. MARCADÉ** et **P. PONT**, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, II, 2^e éd., 1844 – 7^e éd. 1873, sur art. 550; **A.-M. DÉMANTE**, *Cours analytique de Code civil*, II, 1853, n° 384-385 bis; **A.M. DU CAURROY**, **E. BONNIER** et **J.B. ROUSTAIN**, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, II, 1851, n° 72-101; **F. TAULIER**, *Théorie raisonnée du Code civil*, II, 1841, p. 261-264; **TOULLIER**, **DUVERGIER**, *Droit civil français*, XVI, *De la vente* I, 1835, n° 452-455; **R.-T. TROPLONG**, *De la vente* II, 1834-1856 (5), n° 652; **R.-T. TROPLONG**, *De la prescription*, II, 1835- 2^e éd. 1838, n° 917-918 et n° 1032; **ZACHARIAE**, **AUBRY** et **RAU**, *Cours de droit civil français*, I, 1839, §201; **T. CHAVOT**, *De la propriété mobilière suivant le Code civil*, II, 1839, n° 479; **M. DE FRÉMINVILLE**, *De la minorité et de la tutelle*, II, 1845, n° 658-678; **HENNEQUIN**, *Traité de législation et de jurisprudence*, I, 1841, p. 219; **ZACHARIAE**, **VERGÉ**, **MASSÉ**, *Le droit civil français*, II, 1855, §295; **J.-B. PROUDHON**, *Traité du domaine de propriété*, II, 1839 (Dijon); 1841 (Bruxelles), n° 547-554; **J. L. COULON**, *Dialogues ou Questions de droit* III, 1839, p. 399, n° 124; **V.H. SOLON**, *Traité des nullités des convention et des actes*, 1836, n° 69 s; **J. BENTHAM**, *Traité de législation civile et pénale*, I, 1830, p. 196; **MERLIN**, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, VII, 1827 (5), v° Fruits, sect. IV, p. 118; **A. DURANTON**, *Cours de droit français*, IV, 1826 – 1844 (4), 350; X, 287; **VAZEILLE**, *Traité des prescriptions*, 1824, n° 371; **C. TOULLIER**, *Droit civil français*, III, 2^e éd. 1819, n° 106; VII, n° 573; **C. DELVINCOURT**, *Institutes de droit civil (Cours de Code Napoléon)*, II, 1808 - 3^e éd. 1813, p. 10.

Avec et au-delà des quatrième et cinquième rangs, les références à la doctrine postérieure au Code civil deviennent circulaires, digressent ou gagnent en généralité en visant des ouvrages qui ne traitent pas de la

question de fond, ce qui permet de clore la plus grande partie des pistes. Je ferais cependant plusieurs remarques :

- *Primo*, je n'ai pas eu accès aux références notées d'un astérisque (*), cette recherche doit donc être poursuivie;
- *Secundo*, certaines digressions abandonnées doivent pouvoir être réintégrées : l'examen de la littérature relative aux régimes matrimoniaux et aux successions n'apparaît pas dans les premiers rangs, ce qui témoigne d'un certain cloisonnement, y compris au sein de la dogmatique civiliste. Mais en effectuant une recherche descendante rapide, on découvre vite qu'une aile du réseau se déploie autour de la notion de « revenus » en particulier dans des études doctorales¹⁵;
- *Tertio*, les réseaux de références qui entourent la littérature juridique du XIX^e siècle s'organisent aussi dans une direction historique où sont citées des références à ce qui est appelé « ancienne jurisprudence », à savoir Digeste et Institutions de Justinien, l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 et les coutumes (Nivernais, Paris, Orléans, Normandie, Blois, Toulouse, Picardie); et la littérature doctrinale d'Ancien Régime (Argou, Beaumanoir, Bourjon, Bouteiller, Brillon, Brunemann, Domat, Dumoulin, Guenoist, Imbert, Lebrun, Loisel, Mallebay De La Mothe, Merlin, Pasquier, Pothier, Renusson, Rousseau De La Combe, Serres, Tiraqueau, Voet). Ces références ne doivent pas être confondues avec la littérature romaniste de la même époque qui elle-aussi commente le Code civil en relation avec le droit romain (Ortolan, Savigny *et al.*); les civilistes du XIX^e siècle citent communément les sources romaines et les auteurs qui les enseignent. L'influence de la méthode historique se fait sentir à partir du milieu du XIX^e siècle;
- *Quarto*, des références à la littérature proto-législative sont présentes (Locré, Fenet) mais contrairement à d'autres sujets, elles

¹⁵

Par exemple, voir : Sébastien ROBINNE, *Contribution à l'étude de la notion de revenus en droit privé*, Perpignan, Presses universitaires de Perpignan, 2003; Annie CHAMOULAUD-TRAPIERS, *Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 1999.

sont assez rares; Domat et Pothier occupent comme souvent la position antécédente du Code civil.

Une dernière observation : hormis au cinquième rang chez Yseux et au deuxième rang, très brièvement, chez Forti, il ne figure aucune référence à la littérature juridique étrangère. Cela ne signifie pas que les auteurs présents dans ce réseau ne s'y intéressent pas, cela signifie néanmoins que la littérature juridique étrangère n'est pas *de référence* pour la question qui occupe les auteurs.

Une fois cartographié ce réseau doctrinal de références, il faut dénombrer à leur tour les différentes références de jurisprudence présentes dans les pages de doctrine : la difficulté est ici de circonscrire un corpus. Celui-ci a été établi à partir des différents rangs d'auteurs pour élire la « doctrine de référence », à savoir les auteurs qui sont le plus souvent cités par d'autres auteurs. Sans surprise on retrouvera les principaux auteurs de manuels et de traités du XIX^e au XXI^e siècle; l'absence de certains auteurs connus est due soit au fait qu'ils ne sont pas cités et donc n'appartiennent pas au réseau doctrinal, soit qu'étant eux-mêmes cités ils ne proposent aucune référence en rapport avec le sujet.

L'examen des pages de doctrine permet de dénombrer un peu moins de 200 références à la juridiction de la Cour de cassation ou à des cours françaises ou belges. Le nombre est approximatif en raison des variations de dates et de référencement qui peuvent frapper de mêmes décisions; les erreurs de copie restent tout de même rares. Le total des références jurisprudentielles représente à la fois beaucoup et peu. Beaucoup parce que c'est tout de même une chaîne narrative qui ne tiendrait pas en un seul volume. Mais peu parce qu'elle s'étend sur 217 ans d'application des textes du Code civil; peu encore parce que, à côté des références récurrentes, il y en a un grand nombre qui ne survivent pas à leur époque, et à la génération d'auteurs suivante.

Abréviations de noms d'auteur

(AR) : Aubry et Rau; (Ba) Baudry-Lacantinerie; (Be) : Beudant; (CC) : Colin et Capitant; (Cor) : Cornu; (De) : Demolombe; (Dr) : Dross; (Du) :

Duranton; (Lar) : Larroumet; (Lau) : Laurent; (Mal) : Malaurie et Aynès; (Mar) Marty; (Maz) : Mazeauds; (PR) : Planiol et Ripert; (TS) : Terré *et alii*, *Droit des biens*; (TSL) : Terré *et al.*, *Droit des obligations*; (Vo) Vouin; (Ze) : Zenati-Castaing.

Bilan quantitatif :

Décisions apparues au moins une fois

Cass. 11 nov. 1806 (Lau); Turin, 4 août 1810 (Lau); Dijon, 7 janv. 1817 (AR); Toulouse, 6 juill. 1821 (Du); Bruxelles, 14 déc. 1821 (Lau); Cass. 22 mars 1823 (Ba); Caen, 10 nov. 1823 (De); Cass. 24 février 1824 (Lau); Bruxelles, 8 mai 1824 (Lau); Cass. 6 janv. 1825 (Lau); Cass. 1^{er} janv. 1826 (De); Caen, 2 juill. 1826 (De); Cass. 5 juill. 1826 (Lau); Cass. 2 juill. 1827 (Ba); Bruxelles, 20 juin 1828 (Lau); Bruxelles, 22 nov. 1828 (Lau); Cass. 11 nov. 1828 (De); Cass. 7 fév. 1830 (De); Paris, 10 juin 1830 (Lau); Montpellier, 25 mars 1831 (Lau); Cass., 17 août 1830 (Dr*) - Limoges, 27 déc. 1833 (Ba); Paris, 29 août 1834 (Lau); Liège, 22 janv. 1835 (Lau); Cass. 11 févr. 1835 (De); Civ. 25 mars 1835 (AR); Caen, 28 août 1835 (De); Cass. 28 déc. 1836 (Lau); Bruxelles, 25 janv. 1837 (Lau); Cass. 6 nov. 1838 (Lau); Orléans, 19 janv. 1839 (Lau); Cass. 24 janv. 1842 (Ba); Cass. 25 avril 1842 (Ba); Cass. 26 avr 1842 (Ba); Liège, 29 mars 1843 (Lau); Cass. 4 fév 1845 (De); Civ. 4 déc. 1845, D45.1.51 (PR); Riom, 4 juin 1847 (AR); Caen, 5 déc. 1849 (PR); Cass. 30 avril 1851 (Lau); Req. 4 avril 1851 (AR); Cass. 4 août 1851 (Lau); Rouen, 13 mars 1852 (De); Cass. 9 nov. 1853 (De); Rouen, 13 mars 1854, S55,2,261 (Ba); Req. 4 août 1851 (PR); Bordeaux, 21 mars 1856 (Ba); Bordeaux, 23 mars 1865 (Ba); Cass. 19 déc. 1865 (Ba); Civ. 11 juill. 1866 (PR); Bruxelles, 13 juill. 1866 (Lau); Civ. 24 mai 1868 (PR); Pau, 27 juin 1868 (Ba); Pau, 29 juill. 1868 (Ba); Paris, 8 déc. 1868 (Ba); Bruxelles, 12 juill. 1869 (Lau); Bruxelles 21 février 1870 (Lau); Cassation de Belgique, 11 mars 1870 (Lau); Bordeaux, 10 janv. 1871 (PR); Paris, 6 fév. 1875 (PR); Lyon, 12 juill. 1878 (PR); Cass. 5 mai 1879 (Ba); Besançon, 25 mars 1880 (PR); Req. 23 fév. 1881 (PR); Trib. Paix de Dalhem, 10 mai 1881 (Ba); Cass. 4 juill. 1882 (Ba); Civ. 30 avril 1890 (PR); Civ. 21 juin 1897 (AR); Nancy, 30 janv. 1897 (Be); Civ. 14 déc. 1898 (AR); CA Indochine, 14 avr. 1910 (AR); Civ., 21 déc. 1924 (TS*); Civ. 2 mars 1925 (AR); Civ. 19 juill. 1926 (AR); Cass. civ. 1^{re}, 2 juin 1967 (Dr); Civ. 3^e, 5 juillet 1978 (Lar); Civ. 3, 30 nov. 1988 (TS); CA Chambéry, 14 mars 1990 (Dr); Cass. civ. 3^e, 18 janv. 1995 (Dr); Civ. 3^e, 11 juin 1996 (Dr); Civ. 3^e, 3 oct. 2001 (Dr); Cass. com., 28 avr. 2004; Ch. mixte, 9 juill. 2004 (TSL); Civ. 1^{re},

29 juin 2005 (Dr); Civ. 3^e, 29 nov. 2006; Com., 30 oct. 2007 (TSL); Civ. 3^e, 21 janv. 2015 (TSL); Civ. 3^e, 13 juill. 2016 (TSL); Civ. 3^e, 6 juill. 2017 (TSL).

Décisions apparues au moins deux fois

Bordeaux, 14 août 1809, S11, 2, 85 (AR – De); Cass. 8 janv. 1816, S16, 1, 121 (AR – De); Toulouse, 6 juill. 1821, S22,2,207 (AR – De); Cass. 23 mars 1824, S25, 1, 79 (AR – De); Req. 2 avr. 1829, S29,1,133 (AR – PR); Civ. 8 févr. 1830, S30,1,94 (AR – De); Cass. 9 nov. 1831, S32,1,5 (De – Ba); Req. 3 juin 1839, S39,1,477 (AR – Ba); Paris 5 juill 1834, D34, 2,217 (AR – De); Riom, 26 juin 1839, S40,2,145 (AR – De); Req. 8 déc. 1836, S37,1,76, JP 1837, I, 126 (AR – De); Cass. 15 janv. 1839 (De / Lau); Orléans, 11 janv. 1840, D. Rép. v°Propriété, n°365-3°(Lau – Ba); Agen, 27 mars 1843, S43,2,511; D44,2,6 (De – Ba); Cass. 3 avr. 1845, S45.1.423 (De – Ba); Caen, 30 avr 1849, S52,2,177 (De – Ba); Cass. 10 juill 1849, S1849, 1, 547; D. 1849, 1, 253 (De – Lau); Cass. 22 mars 1852, S52,1,102; Dev. 1852, I, 689 Lazare (De* – Ba); Cass. 8 mars 1852, S52,1,497 (AR – De); Paris, 30 avril 1859, S60,2,655 (AR – De*); Civ. 3 mai 1869, D69,1,254 (Be – PR); Cass. 7 juillet 1868 (Lau – PR); Lyon, 7 juin 1882, D. 1884.2.22 (Maz – PR); Civ. 22 oct. 1894, DP 1896,1, 585 (PR – Ze); Nancy, 30 janv. 1897, DP 97, 2, 457 (CC – PR); Req. 6 mars 1905, DP 1910, 1, 362 (PR – Ze); Req 23 déc. 1936, GP 1937, 1, 378 (PR – Ze); Civ. 3^e, 23 mars 1968, III, n° 138 (Mar – Ze); CA Paris, 22 nov. 1972, D. 1974, II, 93, note Malaurie (Maz – Dr); Civ. 1^{re}, 19 janv. 1977, Gaz. Pal. 1977. 1, pan. 76; D. 77, IR, 212 (Mar – Ze); Cass. 1^{re} civ., 19 avr. 1977, I, n°176 (n° 75-14966) (PR – Ze); Cass. civ. 1^{re}, 25 mars 1980, JCP G. IV.225 (Ze – Dr); Civ. 3^e, 12 févr. 2003, n° 01-15051 (Lar – TS)

Décisions apparues au moins trois fois

Douai, 7 mai 1819, S20,2,127 (AR – De – PR); Angers, 9 mars 1825, S26,2,181 (AR – De – Lau); Cass. 24 fév. 1834 (AR – De – Lau); Cass. 20 janv. 1835, D35,1,49 (De – Lau – Ba); Paris 18 juill. 1835, S35, 2, 403 (AR – De – Ba); Civ. 24 juill. 1839, S39,1,653 (AR – De – Ba); Douai, 1^{er} juill. 1840, II, 488 (Du – AR – De); Cass. civ., 23 déc. 1840, S. 1841, 1, 136; JP 1841, 1, 430 (AR – Ba – Ze); Paris, 13 avril 1848, S48,2,213 (AR – De – Ba); Rouen, 28 déc. 1857, S. 58,2,76 (AR – De – Lau); Cass. 10 mai 1859, S. 1860, I, 996, D59,1, 422 (AR – De – PR); Paris, 10 janv. 1863, S63,2,17; D63,2,110 (De – Ba – Be); Dijon, 12 août 1874, D.76,2,92; S74,2,289 (Ba – PR – Be); Cass. civ., 3 févr. 1904, DP 1904, 1, 215 (Ba – CC – PR); Civ. 8 janv. 1936, S1936,1,106, DH 1936,97 (Be – Vo – Lar); Cass. civ. 1^{re}, 22 mars 1954, *Bull. civ. I*, n° 102

(Maz – Ze – Dr); Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 1955 : *Bull. civ. I*, n° 48
(Ma – Ze – TSL)

Décisions apparues au moins quatre fois

Amiens, 18 juin 1814 (**Du – AR – De – Lau**); Req. 4 déc. 1826, S27,1,310 (**AR – De – Ba – PR***); Caen, 25 juill. 1826, S28,2,131, D.1828,2,151 (**AR – De – Lau – Ba**); Lyon, 29 nov. 1828, D29, 2,35 (**AR – De – Lau – Ba**); Civ. 8^e août 1830, S. 1830, 1, 312, D30, 1, 334 (**AR – Ba* – PR* – Ze**); Bourges, 28 nov. 1832, S34,2,38, D34, II, 74 (**AR – De* – Lau – Ba***) *Baudry-Lacantinerie recopie-t-il l'erreur de Demolombe?*; Cass. 30 juin 1840, S40,1,884 (**AR – De – Lau – Ba**); Caen, 26 févr. 1847, S48,2,213, D47,2,136 (**AR – De – Lau – Ba**); Douai, 15 mai 1847, S. 1847, 2, 564 (**AR – PR – Mar – Dr**); Cass. 24 mai 1848, S49,1,125, D48,1,200 (**AR – Lau – Ba – PR**); Rennes, 19 mai 1849, D.1852, 5, 296; S49,2,609 (**AR – De – Lau – Ba**); Colmar, 18 janv. 1850, S51,2,533 (**AR – De – Lau – Ba**); Cass. civ. 21 janv. 1852, DP 1852, 1, 56 (**PR – Maz – Mar – Dr**); Civ.* 19^e mai 1857*, S58*,1,59 (**AR* – De* – PR* – Ba***); Cass. civ., 12 janv. 1863, D63, 1, 119 (**PR – Mar – Ze – TS**); Civ. 8 juin 1864, S64,1,388 (**AR – Ba – CC – PR**); Cass. 20 janv. 1864, S64, 1, 137; D64, 1, 72 (**De – Lau – Ba – PR**); Angers, 21 janv. 1875, D75, 2, 715 (**PR – Mar – Ze – Dr**); Cass. 2 avr. 1878, S79,1, 261, DP 82,1, 353 (**Ba – PR – Mar – Ze***); Civ. 3^e, 27 nov. 2002, *Bull. civ. III*, n° 244 (**TS – TSL – Lar – Dr**)

Décisions apparues au moins cinq fois

Bourges 11 mars 1837 (**Du – AR – De – Lau – Ba**); Civ. 7 juin 1837, D. 1837, 1, 363; S37,1,581 (**AR – De – Ba – Ze – Dr**); Cass. 12 mai 1840, S40,1,668 (**AR – De – Lau – Ba – CC**); Cass. 30 nov. 1853, S. 1854, 1, 27 (**AR – Lau – PR – Mar – Ze**); Civ. 7 janv. 1861, D61, 1, 384; S61,1,432 (**AR – De – Lau – Ba – PR**); Cass. civ., 21 déc. 1926, S. 1927, 1, 148; DH 1927, p. 84 (**Be – Vo – Mar – TS – Ze**); Cass. civ. 1^{re}, 5 déc. 1960, *Bull. civ. I*, n° 527 (**Mar* – TS – Mal – Ze* – Dr**); Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 1967, *Bull. civ. I*, n° 227; D. 68, 32; JCP 67.II.15262; RTD civ. 1968,397 obs. Bredin (**Mar – Maz – Lar – Ze – Dr**)

Décisions apparues au moins six fois

Civ. 10* janv. 1843, S. 1843.1.149 (AR – De – Lau* – PR – Be* – Ze); Orléans, 11 janvier 1849, D49, 2, 172, S49, 2,139 (AR – De – Lau – Ba – PR – Mar); Cass. Req., 2 août 1849, DP 1851, 5, 287 (Lau – PR – Be – Mar – TS – Dr); Civ. 17 mai 1865, DP 1865, 1, 273; S65,1,250 (AR – Ba – CC – PR – Mar – Ze); Civ. 8 janv. 1872, D73,1,57 (CC – PR – Maz – Mar – Ze – Dr); Toulouse, 27 mai 1878, D79,2,141; S80,2,5 (AR – Ba – CC – PR – Be – Ze); Rouen, 24 mai 1865, D65,2, 146; S65.2.268 (AR – De – Lau – Ba – CC – PR); Cass. civ., 21 déc. 1903 : DP 1908, 1, p. 377; S. 1909, 1, p. 324 (CC – PR – Be – Mar – Ze – Dr)

Décisions apparues au moins sept ou huit fois

Cass. Req., 8 février 1837, S. 1837, 1, 729 (AR – De – Ba – PR – Mar – Ze – Dr); Civ., 11 janv. 1887, D.88,5,268; S. 1887, 1, 225 (AR – Ba – CC – PR – Be – Vo – Mar – Ze); Cass. civ. 3^e, 28 juin 1983, n°81-15889, *Bull. civ.* III, n°148, Defrénois 1984, 351, note Souleau (Mar – Lar – Co – Mal – TSL – Ze – DR)

Décision la plus souvent citée

Cass. 19 déc. 1864, S65,1,18; DP 65,1,116 (AR – De – Lau – Ba – CC – PR – Mar – Maz* – TS – Ze*)

Ce bilan statistique comporte sans doute des erreurs de transcription et de comptage malgré le soin que j'ai pu y apporter; il fournit néanmoins une représentation approximative de ce que l'on peut appeler la « jurisprudence de référence » (au singulier) relative aux questions posées par l'attribution des fruits au possesseur de bonne ou de mauvaise foi. Il permet aussi de constater que les *auteurs de référence* (au singulier) ne sont pas tous des citateurs d'arrêts compulsifs; la propension à citer la jurisprudence est un symptôme de genre et de style qu'il est nécessaire de resituer dans son époque. C'est donc à partir de ce réseau de références qui n'a rien d'une construction hasardeuse que je vais à présent puiser pour illustrer ma réflexion sur la fonction de ces références.

II. Deuxième partie : Fonction des références

Symbolisée par des graphèmes et abréviations plus ou moins normalisés, la référence réfère non pas à un contenu (comme le ferait une

citation) mais à un lieu d'édition, dans le sens d'une localisation bibliographique. Elle formalise un lien avec un contenu extérieur au discours tenu. Avant d'aborder la question de la signification des références, il faut donc dire quelques mots sur leur forme et leur localisation.

A) Forme et localisation des références

La forme des références dépend largement du contexte éditorial et des contraintes de mise en page et d'éditions successives qui peuvent échapper à la maîtrise de l'auteur. L'appareil scientifique ne se trouve pas toujours en bas de page, même si les notes infrapaginales ont pris le pas sur les gloses ceinturant le texte principal; les références apparaissent aussi au cœur du texte, en fin d'article, en fin de chapitre voire en fin d'ouvrage, plus rarement en marge. Les dispositifs d'édition électronique y ajoutent les liens hypertextes qui élargissent les cercles de références. Dans la littérature juridique, ce sont principalement les notes de bas de page qui sont utilisées dans les éditions papier, quel que soit le genre littéraire ou le support encore que l'on trouve une quantité importante de références au sein même du texte notamment dans les ouvrages encyclopédiques.

La *note infrapaginale* est un lieu de référencement dont le contenu est hétérogène et la longueur variable, elle peut offrir en outre des didascalies¹⁶, des *obiter dicta*, des citations entre guillemets ou des compléments et la continuation du texte supérieur annoté. Chez Aubry et Rau, les notes infrapaginales ont la particularité d'être conçues originellement comme des notes des traducteurs de l'œuvre de Zachariae, comportant des adaptations et des *aggiornamenti* jurisprudentiels. Le même genre de dispositif apparaît dans la traduction de Vergé et Massé malgré la réorganisation de l'architecture de l'ouvrage¹⁷. C'est du reste ce qui justifie que les références soient placées sous le texte traduit, et non dans la continuité du texte même. Dans les éditions suivantes, les traducteurs devenus continuateurs, puis les continuateurs des continuateurs, Étienne Bartin et Paul Esmein, vont nourrir les notes infrapaginales de leurs propres

¹⁶ Parmi les plus courantes de ces didascalies : « Voyez en ce sens... »; « Voy. not. »; « Contra... »; « Comp. en sens divers... »; « Adde... ».

¹⁷ Karl-Salomo ZACHARIAE, *Le droit civil français*, t. II, Paris, Auguste Durand, 1855.

réflexions et développements, ce qui va augmenter très sensiblement le nombre de volumes du *Cours de droit civil français*.

Comme le *Cours* d'Aubry et Rau, les *Principes* de Laurent, le *Traité* de Baudry-Lacantinerie ou celui de Planiol et Ripert font un usage très abondant des références et d'annotations en note de bas de page, mais contrairement au premier cité, il y a peu voire presque pas de développements menés en parallèle : la note infrapaginale y respecte généralement une fonction secondaire de lieu de référencement sous le texte supérieur.

Chez les auteurs récents, on notera dans le *Cours* de Malaurie et Aynès que les notes infrapaginales remplissent plusieurs de ces fonctions associées à la référence jurisprudentielle. Les auteurs ne se contentent pas de références au sens strict, mais citent aussi souvent que possible le contenu du texte référencé, le résumant ou/et l'annotent.

MALAUURIE et AYNES, *Les biens*, 2003, n° 517 – (77) Cass. civ. 1^{re}, 5 déc. 1960, *Bull. civ.* I, n° 527 : « Le simple possesseur ne fait les fruits siens que s'il possède comme propriétaire, soit en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices, soit en vertu d'un titre putatif »; en l'espèce, la cour d'appel avait accordé les fruits aux occupants de bonne foi d'une terre, au motif qu'il est « d'usage tahitien (l'espèce se passe à Tahiti) que ceux qui ont établi des plantations ont droit aux récoltes de celles-ci »; cassation : les juges auraient dû rechercher « si, à défaut de titre de propriété, ses occupants ont planté avec la croyance qu'il en existait un en leur faveur ».

(78) Ex : Cass. civ. 3^e, 28 juin 1983, *Bull. civ.* III, n° 148 : en l'espèce, l'adjudicataire d'un terrain avait utilisé personnellement le hangar construit sur celui-ci; ultérieurement, le hangar a été revendiqué avec succès par une société de crédit-bail; la cour d'appel avait condamné le possesseur à payer une indemnité d'utilisation à compter de l'arrêt; cassation, pour violation de l'article 549; l'indemnité d'utilisation était due à compter du jour de la demande.

Ces auteurs adoptent et revendiquent résolument la position de citateurs fidèles : leur intention est autant pédagogique que mue par la

conviction que la jurisprudence est une « source importante du droit¹⁸ ». On pouvait voir une pratique équivalente chez Duranton, qui insérait des morceaux de décisions en addition de son cours¹⁹.

Les *notes intertextuelles* s'insèrent dans le texte au moyen de parenthèses qui cisaillent le *continuum* du discours quand elles ne sont pas en fin de paragraphe, comme dans le commentaire de Code Napoléon de Demolombe. Connu pour son style romantique, ses métaphores organiques et la longueur de ses développements, le prince caennais de l'exégèse est un adepte des références intertextuelles. Particularité, les références jurisprudentielles sont pourvues du nom d'une des parties pour se prémunir contre les erreurs de copie.

DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, IX, 3^e éd., 1866, n° 633, p. 550 – [...] Il s'agit d'ailleurs ici maintenant de l'effet des jugements et arrêts, dont le principe remonte au jour même de la demande (comp. en sens divers : Bordeaux, 14 août 1809, Lalo, Sirey 1811, II, 85; Caen, 2 juill. 1826, D28, II, 151 Laize; Cass. 11 nov. 1828, D28, I, 469 Delongchamp; Paris, 18 juill. 1835, Dev. 1835, II, 403 Le préfet de l'Aude).

Les notes intertextuelles sont aujourd'hui un genre privilégié dans les articles d'encyclopédie, mais demeurent courantes dans la littérature pédagogique et de manuels.

Les *notes de fin d'ouvrage* sont rarissimes dans la littérature juridique. On peut s'arrêter sur le système de références et d'annotations utilisé par Delvincourt. Les notes de bas de page dans la première édition de ses *Institutes de droit civil*, 1808, comportent de brefs morceaux de textes qui continuent et précisent le discours du haut de page. Dans une édition suivante intitulée *Cours de Code Napoléon*, 1813, les notes sont projetées en fin d'ouvrage pour y être développées et enrichies de références aux lois romaines et à la doctrine contemporaine émergente.

¹⁸ Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Cours de droit civil. Les obligations*, Paris, Éditions Cujas, 1985, p. 7 et 8 (préface).

¹⁹ Alexandre DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, 4^e éd., t. IV, Paris, Thorel, 1844, n° 353, p. 290, citant un extrait d'Amiens, 18 juin 1814, puis le commentant.

Les *grosses lettres* et les *petites lettres* constituent une forme de références originales : cette organisation se présente d'abord comme un avatar pédagogique de la référence intertextuelle (qui ne l'exclut pas) dans le précis de droit civil de Gabriel Baudry-Lacantinerie : les gros caractères d'imprimerie tracent les explications des principes, les petits guident le lecteur sur la voie de l'approfondissement. Le réseau de références apparaît majoritairement en petits caractères. Dans la même veine, mais tenant une posture rigoureuse, les références sont pensées comme lieu d'approfondissement de la connaissance juridique chez Carbonnier ou Zenati-Castaing. Elles ne sont pas des discours secondaires rejetées en queue de chapitre, mais elles font au contraire l'objet d'une attention soutenue dans des paragraphes qui leur sont entièrement dédiés : « État des questions » ou « Pour aller plus loin ».

F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, **Pour aller plus loin**

508 HISTOIRE – L'article 549 C. civ. trouve son origine dans la règle romaine attribuant les fruits au processeur de bonne foi (D. 41, 1, 48; v. Savigny, *Traité de la possession*).

[...]

509 THÉORIE JURIDIQUE - Le fondement de l'attribution des fruits au possesseur de bonne foi est recherché parfois dans *cultura et cura* (Demolombe, IX, n° 592; Beudant, IV, n° 29). Il est le plus souvent dans *Lautius vixit, non est locupletior* (Planiol et Ripert, n° 172; Marty, Raynaud et Jourdain, n° 44; Malaurie et Aynès, n° 516; Terré et Simler, n° 187); il est d'autant plus souhaitable d'éviter la ruine du possesseur que le propriétaire a été coupable de négligence en laissant un tiers posséder son bien (Marty, Raynaud et Jourdain, eod. loc.). Ce fondement d'équité accrédite que l'institution est sur le plan technique un mode original d'acquisition (Ortolan, Instituts de l'empereur Justinien, II, 6^e éd., p. 296; Mazeaud et Chabas, n° 1568). L'explication n'est pas acceptée par tous. Demolombe s'est efforcé de trouver la clé dans l'article 2279 (IX, n° 622) mais au mépris de l'origine de l'institution puisque le principe contenu dans ce texte n'existait pas en droit romain; [...].

510 JURISPRUDENCE - [...] La restitution porte sur tous les fruits postérieurs à l'introduction de la demande (Civ., 23 déc. 1840, S. 1841, 1, 136; 2 avr. 1818 (*), S. 1879. 1. 261; Civ., 21 déc. 1926, DH 1927, 84; Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 1955 : *Bull.* n° 48) sans qu'il y ait lieu de recherche et si le défendeur a été au cours du procès de bonne ou mauvaise foi (Cass. 3^e civ., 28 juin 1983, *Bull.* n° 148),

ce qui démontre bien que ce n'est pas la bonne foi qui est la cause de l'acquisition des fruits.

La formalisation d'un lien référentiel influe directement sur la réception du fond du discours car elle induit de la part du lecteur un certain nombre de réflexes mentaux, un peu comme si la référence devait avoir un effet perlocutoire. Il est probable que le lecteur n'ira pas nécessairement chercher plus loin que la référence offerte malgré l'invitation qui lui est faite, (et tant mieux si cet effet comportemental survient) – mais quoi qu'il en soit, elle situe sa lecture dans un cadre cognitif et le place dans un état de réceptivité (de confiance ou de défiance) à l'égard du texte principal ou supérieur.

B) Contenu des réseaux de références

Les réseaux de références contiennent des références. On peut essayer d'en apercevoir une évolution en commençant par s'intéresser aux références à l'*ancienne jurisprudence*, à la *jurisprudence des arrêts* puis à la doctrine contemporaine.

Les références à la législation romaine et à l'ancien droit sont assez vite concurrencées par des références à la jurisprudence des arrêts, dans les commentaires et les cours de droit civil (Delvincourt, Toullier, Duranton), dans les encyclopédies et les répertoires (Merlin, Dalloz), dans les revues (Sirey, Dalloz)²⁰. Mais ces références à la jurisprudence romaine maintiennent une position statistiquement forte jusque dans les années 1860 (J.-B. Proudhon, Troplong, Marcadé, Demolombe) : ce conservatisme dans les pratiques de référencement peut s'expliquer partiellement par l'idée que le renouvellement des études de droit romain par les disciples français de l'école historique et de Savigny, va nourrir la littérature civiliste en général, et en particulier les points qui n'ont pas fait l'objet d'une attention soutenue dans les travaux préparatoires du Code civil (Fenet, Locré). C'est le cas des articles 549 et 550 du Code civil. Mais cela s'explique surtout par une

²⁰

Un travail bibliométrique a été réalisé par Pierre-Nicolas BARENOT, « De quelle pensée juridique faisons-nous l'histoire? Réflexions autour de quelques données bibliométriques », (2018) 14 *Clio@Thémis*, en ligne : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01946760/file/10_Barenot.pdf>.

théorie des sources qui n'a pas encore fait des hautes juridictions des autorités concurrentes du pouvoir législatif, ou prosaïquement, par les convictions des auteurs qui ne regardent pas encore la Cour de cassation comme suffisamment mûre pour faire la *jurisprudence* :

Quant aux arrêts, je ne suis pas de l'avis de ceux qui pensent qu'il est inutile de s'en occuper, et qu'un arrêt n'est bon que [...] pour celui qui l'obtient [...] Mais je ne pense pas, non plus, qu'il suffise, comme cela a lieu dans quelques ouvrages, de donner la date d'un arrêt pour toute réponse à une question²¹.

[N]ous voyons souvent que la Cour de cassation, par de glorieux retours sur elle-même, adopte des principes contraires, et en vient à des décisions tout opposées aux arrêts multipliés qu'elle avait rendus [...] la tête la plus remplie des souvenirs d'arrêts divers doit être naturellement la plus vide d'idées sur les grands principes du droit, parce qu'elle appartient à l'homme, qui s'est fait une étude de ne penser que par les autres²².

À partir des années 1860, la jurisprudence des arrêts prend une importance quantitative considérable et repousse la jurisprudence romaine au rang d'*histoire antique*. Elle finit par submerger les références au Digeste dans Laurent, Huc, Baudry-Lacantinerie, plus tard Capitant et Colin, Planiol et Ripert, Beudant. Ceci coïncide aussi avec les études de la jurisprudence proposées par les revues pratiques du XIX^e siècle, et les programmes des revues savantes du tournant du siècle. Dans la période qui s'étend des années 1870 à 1950, la jurisprudence des arrêts devient donc dominante dans les références des commentaires et traités à tel point que désormais, « jurisprudence » fait l'objet d'un usage monopolistique ne désignant plus en français que les arrêts de cours.

À la même période se généralise un genre littéraire synthétique, qui remplacera le genre du commentaire de Code civil, où la contrainte synthétique produit un effet de diminution de la quantité des références

²¹ M. DELVINCOURT, *Cours de Code Napoléon*, 3^e éd., t. 1, Paris, Chez P. Gueffier, 1813, (dans ses avertissements).

²² M. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation*, 2^e éd., t. 1, Victor Lagier, Libraire-Éditeur, 1836, p. XVIII (préface).

(*Précis* de Baudry, *Traité élémentaire* de Planiol, *Cours* de Josserand). Plus réduits encore, les manuels et les précis de droit civil qui succèdent aux répétitions écrites du Code civil du XIX^e siècle, abrègent le nombre de références. D'une certaine manière, cela fait passer l'idée que, pour rendre compte de l'état de la jurisprudence, il n'est pas nécessaire de citer de manière exhaustive des séries d'arrêtés, il suffit de citer la dernière décision de la Cour de cassation laquelle par son autorité jurisprudentielle s'impose *de facto*.

Pour la période qui suit des années 1960 à nos jours, il est difficile de se faire une idée claire de l'évolution des réseaux de références : la période reste marquée par la domination quantitative de la jurisprudence, dont la pression s'accroît parfois d'édition en édition (Julliot de la Morandière, Weill, Terré, Simler), mais les genres d'exposition du droit civil se sont diversifiés, les éditeurs multiplient les collections et les dispositifs didactiques (Mazeauds, Atias, Zenati, Carbonnier, Malaurie et Aynès, Grimaldi, Mathieu, Strickler, Reboul-Maupin). En droit des biens, le réseau doctrinal ascendant n'a pas révélé des blogues ou des pages Web; la littérature de traité demeure un genre prisé (Marty et Raynaud, Dross, Bergel, Larroumet et Mallet-Bricout). En ce qui concerne précisément la question de l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi, on peut observer que la jurisprudence citée dans la littérature est récurrente : quelques décisions sont citées par la plupart des auteurs.

Les références à la doctrine des auteurs antérieurs à la Révolution s'estompent après les années 1850 hormis Pothier, *Traité du domaine de propriété* qui conserve sa position d'auteur de référence, et dans une moindre mesure pour le cas qui nous occupe Domat, et ses *Loix civiles*. Il est constant depuis deux siècles que les auteurs d'une période donnée réfèrent aux auteurs immédiatement antécédents ainsi qu'à leurs contemporains. Un effet de concentration se produit pour les auteurs les plus souvent cités mais, passées une voire deux générations après la dernière édition de leurs ouvrages de référence, les auteurs n'atteignent la postérité qu'en maintenant leur présence dans des ouvrages qui ont fait de la perspective historique un credo (Dross, Zenati-Castaing et Revet, Carbonnier). Par effet de vases communicants, les ouvrages qui destinent principalement leurs espaces référentiels à la jurisprudence, amenuisent les

possibilités de citer la doctrine antérieure, ce qui a pour conséquence immédiate de ne pas faire profiter le lecteur du réseau ascendant que ces références dessinent. Si cela n'est pas fortuit, de quelle idéologie cette lacune procède-t-elle?

C) Signification des références

1. Généralités

Aussi bien l'énoncé normatif a pour signification d'être une norme, aussi bien l'énoncé référentiel a pour signification d'être une référence. La question commune qui se pose est de savoir pourquoi et dans quel but il en est fait usage. La norme est énoncée pour prescrire, dans le but de changer le monde, si tant est qu'un réel extra-linguistique appelé « monde » existe. La référence est utilisée pour décrire un lien avec un fait ou un discours, dans le but de compléter les *énoncés produits par ailleurs*. Les références juridiques réfèrent quasi exclusivement à des discours, c'est-à-dire à des réalités linguistiques : références législatives, jurisprudentielles ou doctrinales. Toute la difficulté est de percevoir ce qu'elles recèlent comme stratégie discursive. Sans aucun doute, les réseaux de références, leur style et leur architecture autant que leur contenu, témoignent de leur fonction rhétorique à savoir convaincre de l'existence d'un fait et légitimer la prescription ou le jugement prononcés.

Évacuons d'emblée la fonction décorative ou esthétique de la référence, car la prétention d'un auteur à paraître aussi savant que beau n'est pas en soi lisible. De même les autoréférences ou les références népotiques ne sont pas disqualifiantes par elles-mêmes. Ceci étant précisé, en plagiant les mots de Paul Amselek, le réseau de références reconstitué peut s'avérer un miroir du *baratin* ou de l'*enfumage* offert au lecteur²³. De même que les citations molles qui *ne mangent pas de pain* évoquées par Louis Pinto²⁴, l'abondance de références d'actualité pour être apparaître *à jour*, les autoréférences promotionnelles font du bruit et parasitent le contenu du discours. Mais en toute hypothèse, c'est la vérification de la référence, de

²³ Paul AMSELEK, *De l'art de raconter n'importe quoi en philosophie*, Paris, Dalloz, 2019.

²⁴ L. PINTO, préc., note 4.

son ineptie ou de sa généralité, qui témoignera de la naïveté de l’auteur, de sa vanité ou de sa fatuité; en revanche, la gratuité de la référence comme l’éclectisme du réseau ne sont pas *per se* disqualifiants. Ils ne le sont que dans un cadre normé, soumis à des tabous ou des prohibitions.

2. Vérification par la référence

La référence vérifie-t-elle un dire de l’auteur? On remarquera de façon liminaire que la vérification de la référence est assurée si et seulement si la référence est vérifiable : il faut donc se poser la question de savoir qu’est-ce qui est vérifiable au moyen d’une référence. Par définition ne sont vérifiables que des énoncés qui peuvent être vrai ou faux. Les énoncés qui ne sont ni vrais, ni faux comme des prescriptions ou des normes ne sont pas vérifiables, mais se justifient par des références circulaires.

a) Vérification d’un fait par la référence juridique

La première preuve de vérité à laquelle on pense est d’ordre assertorique : la preuve d’un fait ou d’un dire (d’une énonciation), preuve de l’existence d’une décision ou preuve de l’exactitude d’une citation, de l’existence d’une controverse ou de la véracité d’une tradition. Dans ce cas, la référence indique un lieu du genre topographique qui permettra de vérifier l’exactitude des propos rapportés par l’auteur.

Avec Gilles Gaston Granger, vérifier un fait pour la science, c’est retrouver dans une intuition - en dernier ressort sensible - un *abstrait* exprimé dans un énoncé. [...] La pensée scientifique quel que soit le degré d’imperfection du langage dont elle dispose, vise à dégager [des] formes conceptuelles. Si elles sont pensées comme se rapportant directement à l’expérience, elles désignent ou décrivent des *faits*. La vérification au sens le plus large consiste alors pour la science en des démarches permettant de légitimer et de préciser ce rapport à l’expérience, pour tel énoncé particulier à travers la médiation de son symbolisme²⁵.

²⁵

Gilles-Gaston GRANGER, *La vérification*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1992, p. 179.

En extrapolant la pensée du philosophe, qui ne visait pas le discours des juristes quand il décrivait la vérification d'un fait dans les sciences sociales mais celui des économistes²⁶, on peut s'interroger sur l'opération intellectuelle que traduit la référence à un arrêt de la Cour de cassation ou du Conseil d'État.

DANOS, sous Cass. 3^e civ., 1^{er} oct. 2020, n° 19-20737

La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 19 avril 2019, condamna l'acquéreur à restituer les loyers perçus et jugea que la restitution des fruits perçus, que constituaient les loyers encaissés, était due à compter de l'assignation en nullité de la vente délivrée par les locataires².

(2) L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 19 avril 2019 a été rendu sur renvoi après cassation, cette affaire ayant déjà donné lieu à un premier arrêt de la Cour de cassation (Cass. 3^e civ., 28 avr. 2018, n° 17-11015).

Cette première référence opère un lien avec un fait historique (le fait de la condamnation) et se situe dans le récit factuel et chronologique du passé de la décision commentée. Mais la référence suivante obéit à une autre logique.

Le possesseur est de bonne foi lorsqu'il croit être propriétaire du bien d'où procèdent ces fruits [...] Tel est le cas lorsque l'acquéreur d'un bien ignore le défaut de droit de propriété de son auteur et que l'acquisition est *a non domino*. Mais tel est aussi le cas, par extension, lorsque le droit de propriété de l'acquéreur est rétroactivement anéanti, en raison de la nullité ou de la résolution du contrat par lequel ce droit lui avait été transféré, et que l'acquéreur ignore les vices du contrat à l'origine de son annulation ou de sa résolution³.

(3) Les articles 549 et 550 visent le possesseur de bonne foi qui fait face à une action en revendication de la part du véritable propriétaire, mais **on admet** qu'ils s'appliquent aussi au possesseur qui a rétroactivement perdu son droit de propriété à la suite d'une action en nullité (Cass. civ., 21 déc. 1903, DP 1908, 1, p. 377), d'une action en rescision (Cass. civ., 12 janv. 1863, DP 1863, 1, p. 163) ou en résolution.

La locution « on admet » présente dans la note 3 rend ostensible un trajet intellectuel qui en général est absent des références de jurisprudence.

La référence vérifie ici que la Cour de cassation s'est prononcée dans les cas évoqués par l'auteur (annulation, rescision); cela vérifie à la fois un fait historique (la Cour a produit l'énonciation d'un discours), mais également un fait de concrétisation ou d'application d'une règle à une espèce, à une date indiquée, ce qui peut être vérifié au lieu indiqué. En revanche, ce que la référence unique ne permet pas de vérifier, c'est la constance de l'application à des espèces successives, ce qui fait que la locution « on admet » la colore d'une propriété induite : la reproductibilité. Or, c'est de cette propriété induite que la Cour de cassation en tant que source jurisprudentielle tire son autorité à poser des règles générales que l'on qualifie usuellement d'« arrêts de principe », et que l'on pourrait tout aussi bien qualifier d'« arrêts de référence ». Le réseau de références dans son entier donne alors du sens à la locution « on admet » que l'on peut paraphraser par « la tradition admet » ou « l'opinion commune admettant que la Cour de cassation a un pouvoir jurisprudentiel concurrent du pouvoir législatif, elle admet par voie de conséquence que... ». Mais comment déterminer l'opinion commune et son degré de constance?

b) Vérification d'un fait statistique par la référence juridique

Avec le philosophe,

[n]ous appellerons énoncé « statistique », en un sens étroit, l'énoncé attribuant une probabilité à un fait [...] L'objectivité du fait statistique est ramenée ici à la stabilité d'une fréquence relative [...] Toute description et mesures effectives d'un fait répétable donne des résultats plus ou moins dispersés, dispersion en quelque sorte naturelle et caractéristique de notre rapport à l'empirie. L'assignation d'une probabilité à cet effet de dispersion signifie qu'on lui attribue une certaine stabilité, qui apparaît en fin de compte comme une condition de possibilité de l'expérience. Cette clause de stabilité par exemple pour les mesures répétées d'une variable physique est sous sa forme intuitive originaire bien vague. Mais c'est justement la théorie mathématique du calcul des probabilités qui lui donne un sens précis en définissant un concept de valeur centrale *l'espérance mathématique* et des schémas *a priori* de dispersion relative autour de cette valeur. Toutefois, de

telles notions ne s'appliquent pas directement à des faits actuels; elles concernent, par excellence, des faits virtuels²⁷.

Il est donc intéressant d'observer que, de ce point de vue statistique, la référence jurisprudentielle ne vérifie pas l'existence du fait d'obéir à une règle selon laquelle, ici, l'acquisition des fruits cesse au moment de l'introduction de l'action, mais elle représente une occurrence de contestation judiciaire de cette règle, dans une série d'occurrences observées ou présumées, que l'auteur rassemble pour désigner un fait virtuel, en éliminant les effets de dispersion qui résulteraient du type de prétention : demandes en annulation, rescision ou résolution.

J.-B. SEUBE au *Defrénois* 25 févr. 2021, n° 169b7, p. 32

Retenue de longue date par la jurisprudence (4), cette solution est parfaitement fondée [...]

(4) Cass. 1^{re} civ., 19 avr. 1977, n° 75-14966, *Bull. civ. I*, n° 176; Cass. 3^e civ., 28 juin 1983, n° 81-14889 : *Bull. civ. III*, n° 148; *Defrénois* 1984, n° 33251-15, p. 351, note H. Souleau; Cass. 3^e civ., 11 juin 1996, n° 94-17212; Cass. 3^e civ., 27 nov. 2002, n° 01-12444 : *Bull. civ. III*, n° 244.

Les études juridiques statistiques, quand elles existent, concernent les contentieux de masse. La constance de la jurisprudence, ou l'existence d'une répétition dénommée tradition, est vérifiée au moyen d'un fait virtuel (statistique) qui est lui-même soumis à une clause de stabilité. Mais quand le nombre d'occurrences présentées est si faible qu'aucune probabilité significative ne puisse en être déduite, que représente la référence? Est-ce encore une preuve, et de quoi? Dans le discours juridique doctrinal, la présentation d'une succession réduite d'occurrences en note de bas de page ne participe pas de programmes méthodologiques de récolte de décisions mais résulte des intuitions ou des habits des auteurs de commentaires ou de traités. Sur un point donné, les références que l'on y trouve, ne vérifient pas un fait statistique, elles vérifient au mieux l'existence d'une tradition : non pas une tradition jurisprudentielle, mais une tradition doctrinale, au sens où la référence est transmise d'édition en édition, d'auteur à lecteur, devenu à son tour auteur, tradition qui consiste à réitérer les références trouvées dans la littérature passée pour justifier la proposition synthétique dénommée

²⁷

Id., p. 199 et 200.

« solution parfaitement fondée ». La référence juridique à un fait virtuel n'assure aucune fonction probatoire mais une fonction rhétorique illustrant un lieu commun.

c) Vérification d'une proposition explicative

Expliquer signifie *représenter* dans un système symbolique des faits actuels du domaine considéré, et déduire alors leurs images virtuelles à partir d'un sous-ensemble de faits virtuels et d'hypothèses conformément aux règles de la théorie. L'explication intègre donc des représentations de fait dans un tissu d'énoncés et de règles qui constituent précisément une théorie. Par où l'on voit que la vérification de celle-ci doit comporter deux registres l'un concernant son aspect descriptif, l'autre son aspect explicatif²⁸.

Décrire et expliquer, synthétiser aussi, c'est le registre du discours des commentateurs et des docteurs qui professent des propositions de type cognitif.

FORTI, La mauvaise foi survenue...

« Du point de vue technique, il est sans doute plus exact de dire que le restituant est de mauvaise foi dès qu'il est à l'origine de l'anéantissement du contrat, que de dire qu'il est de mauvaise foi car il est à l'origine du contrat. En d'autres termes, ce qui le rend de mauvaise foi est le fait de ne pas pouvoir ignorer que son titre est précaire et non le fait que cette précarité lui est imputable. Pour preuve : la victime de l'inexécution du contrat ne peut plus se prévaloir de sa bonne foi à compter du moment où la résolution du contrat a été demandée en justice, ce qui résulte explicitement de la jurisprudence élaborée sous l'empire des textes antérieurs⁽²⁰⁾ et implicitement de l'article 1352-7 du Code civil »

(20) Cass. 3^e civ., 27 novembre 2002, n° 01-12.444 (« à compter de la demande en justice tendant à la résolution de la vente, le possesseur ne peut invoquer la bonne foi »).

De manière on ne peut plus claire quant aux intentions de l'auteur ci-dessus encadré, la proposition explicative et la déduction qui *en résulte*,

sont ici prouvées par la référence fournie et par la brève citation qui la suit. Cette proposition explicative relative à la situation du débiteur d'une obligation de restitution, s'inscrit dans une théorie générale, de *technique juridique*, ayant pour objet la mauvaise foi, à savoir un ensemble d'énoncés qui représentent des faits actuels (la connaissance ou l'ignorance des parties quant à l'efficacité juridique de leur titre dans l'arrêt du 27 novembre 2002), dont sont déduites des images virtuelles (la mauvaise foi de celui qui est informé par la demande en résolution) à partir d'un sous-ensemble de faits virtuels (la citation en justice informe les parties de la précarité de leur titre).

Mais pour le philosophe « une théorie est un ensemble d'énoncés, actuels ou potentiels, clos pour certaines procédures de déduction²⁹ ». L'extrapolation avec le domaine du droit devient délicate : depuis le XIX^e siècle, les juristes emploient « théorie » non seulement pour signifier des systèmes d'énoncés descriptifs et explicatifs, mais également des propositions normatives. La théorie des nullités, la théorie de l'apparence, la théorie de la possession désignent plus que des propositions explicatives de la nullité, de l'apparence ou de la possession; elles désignent une sorte de double normatif où expliquer ce qui est, revient à prescrire ce qui doit être : les conditions de succès d'une action en annulation d'un acte vicié selon la théorie des nullités, les règles fixant les conditions de validation d'un acte apparent selon la théorie de l'apparence, les règles de non-restitution des fruits selon la théorie de la possession. Toutes ces propositions normatives ne sont en soi ni vraies ni fausses, et n'expliquent rien dans le registre des faits.

La vérification de la proposition normative quitte le registre assertorique, pour celui du jugement apodictique : par exemple pour répondre à la question, est-il vrai ou logique d'affirmer que cette application de la norme est exacte? Dans ce cas, la référence indique un lieu du genre topique, c'est-à-dire un raisonnement qui permettra de vérifier l'exactitude des propos rapportés par l'auteur.

29*Id.*, p. 253.

PLANIOL et RIPERT, III, n° 180

L'obligation pour le possesseur de restituer les fruits à partir de la demande est une conséquence du caractère déclaratif du jugement, dont l'effet rétroagit à ce jour entre les parties (2).

(2) Aubry et Rau, II, § 206, note 24.

AUBRY et RAU, II, § 206

Du reste, le possesseur doit toujours être condamné à la restitution des fruits du jour de la demande. Il n'y a, sous ce rapport, aucune différence à faire entre le possesseur qui aurait acquis, par la demande dirigée contre lui, la connaissance des vices de son titre, et celui qui, malgré cette demande, serait resté de bonne foi (24).

(24) L'obligation, pour le possesseur de bonne ou de mauvaise foi, de restituer les fruits à partir de la demande, est une conséquence du caractère simplement déclaratif des jugements, et de leur effet rétroactif, entre les parties, au jour même de la demande. Le contrat judiciaire ne recevrait pas sa complète exécution si la chose devenue litigieuse n'était pas restituée avec tous les fruits perçus par le défendeur pendant l'instance. Cpr. Demolombe, IX, 632. On exprime ordinairement la proposition énoncée au texte, en disant que le possesseur doit nécessairement être réputé de mauvaise foi à partir de la demande. Cpr. Civ. Cass. 8 mars 1852, S. 52, 1, 497; Paris, 30 avril 1859, S. 60, 2, 655. Mais cette formule n'est pas exacte : d'une part, en effet, il n'existe aucune disposition qui attache une présomption légale de mauvaise foi à la demande formée contre le défendeur; et, d'autre part, il se peut que de fait il ait, malgré la demande, conservé l'entière conviction de la légitimité de sa possession.

La grande difficulté est évidemment que le discours doctrinal, qui est métajuridique, peut amalgamer les deux registres de discours pour en rendre l'expression plus synthétique ou plus pédagogique (prétendument). Les références sont alors là non seulement pour prouver l'existence des normes implicites, mais également pour justifier le profil synthétique du discours; lorsque le seul énoncé du graphème référentiel lui semble insuffisant, l'auteur y ajoute des didascalies pour sa compréhension. Ces didascalies peuvent être accompagnées de prescriptions d'ordre méthodologique ou dogmatique : « il faut déduire », « il faut admettre » ou « il faut tirer la conséquence », parfois drapée d'une grammaire descriptive : « la solution s'impose *de facto* ». Dans ces cas, la référence à la jurisprudence n'est plus capable de représenter un énoncé vérifiable, puisqu'il s'agit d'une prescription métajuridique. Les références deviennent

strictement doctrinales, et se justifient par leur circularité et leur répétition. La fonction légitimante se réalise par une sorte de glissement.

d) Légitimation par la référence

Disons avec Hania Kassoul que

la légitimation peut s'entendre du processus de justification intellectuelle et morale qui permet la mise en conformité d'une pratique à des exigences qui lui seraient prérequis. [Le] processus de légitimation peut utiliser différents leviers, usages et stratégies, d'ordre idéologique comme méthodologique. Les stratégies déployées ont pour objectif d'emporter une adhésion à la norme faisant l'objet d'une justification³⁰.

Lorsque la référence ne désigne aucun lieu bibliographique où l'on trouverait l'énoncé d'un fait vérifiable, elle accompagne, illustre voire constitue elle-même l'expression d'un lieu argumentatif : ce peut être un lieu commun, comme un argument d'autorité.

e) Lieu commun

Les lieux communs de la pensée juridique ne sont ni vrais ni faux; ce sont des véhicules discursifs, des mots-valises, des contenants rhétoriques que le discours doctrinal utilise pour faire passer un message d'arrière-plan : l'impératif de sécurité juridique, le respect de l'équité naturelle, l'accessibilité au droit ou encore comme ici les lenteurs de la justice. Ils sont traditionnels au sens où ils sont transmis de paragraphes en références, de références en paragraphes.

SEUBE, au *Defrénois* 25 févr. 2021, n° 169b7, p. 32

Comme le précise la Cour, « il importe peu que la demande en résolution ou en annulation émane d'un tiers au contrat de vente ». Cette précision est

³⁰

Hania KASSOUL, « La norme et l'épreuve de légitimité », *Droit & Philosophie* 2021, en ligne : <<http://droitphilosophie.com/>>. Cette référence au travail de la collègue mentionnée ne s'explique pas seulement par son caractère amical, voire népotique, elle est justifiée par l'originalité et la rigueur du travail effectué.

bienvenue, car l'identité du demandeur à l'annulation ou à la résolution est indifférente : de quelque personne qu'émane la demande, l'acquéreur, informé de la contestation, savait son titre fragile. La solution retenue est aussi renforcée par le principe de procédure en vertu duquel le juge doit se placer au moment de l'introduction du procès pour apprécier les droits des parties dès lors qu'il s'agit d'éviter **qu'elles pâtissent des lenteurs de la justice (5)**.

(5) – F. Terré et P. Simler, *Droit civil. Les biens*, 10^e éd., 2018, Dalloz, n° 192. **DROSS**, *Droit civil, Les choses*, 2012, n° 314-3

Elle ne résulte pas tant de la mauvaise foi du possesseur, lequel peut continuer à se croire titulaire d'un droit inattaquable (par ex., Aubry et Rau, II, § 206, note 24), qu'elle n'« est la conséquence d'un principe de procédure en vertu duquel le juge doit se placer au jour de l'introduction du procès pour apprécier les droits des parties dès lors qu'il s'agit d'éviter qu'elles **pâtissent des lenteurs de la justice** » (Terré & Simler, *Les biens*, Dalloz 2010, n° 191 – Planiol et Ripert, par Picard, T. III, n° 180 – Demolombe, t. IX, n° 632 – Beudant par Voirin, T. IV, n° 331).

TERRÉ & SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 10^e éd., 2018, n° 192

La restitution est due même si le possesseur a continué à être de bonne foi postérieurement à l'introduction de la demande, comme s'il n'avait eu que plus tard connaissance de l'action dirigée contre lui **(2)**. C'est la conséquence d'un principe de procédure en vertu duquel le juge doit se placer au jour de l'introduction du procès pour apprécier les droits des parties dès lors qu'il s'agit d'éviter qu'elles **pâtissent des lenteurs de la justice**.

(2) Civ., 21 déc. 1926, S. 1927,1, 148; Civ. 3^e, 30 nov. 1988, JCP 1989, IV,41 **PLANIOI, RIPERT, PICARD**, *Traité pratique de droit civil français*, III, *Les biens*, 1926 - 2^e éd. 1952, n° 180

Le droit du possesseur sur les fruits cesse malgré la perception dans les deux cas suivants :

[...] 2° - Le possesseur est actionné en revendication par le propriétaire. Le revendiquant a droit à la restitution des fruits, à compter du jour ou [de] l'instant [où] ça a été engagé; **les lenteurs de la procédure** ne doivent pas lui nuire; il doit obtenir tout ce qu'il aurait eu, si le litige avait été réglé le jour même (1).

(1) Voy. not. Civ., 3 mai 1869, D. 69, 1, 251; Civ. 11 janv. 1887, S. 87, 1, 225; Civ. 21 déc. 1903, D. 1908, 1, 377, S. 1909, 1, 324.

BAUDRY-LACANTINERIE & CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil*, VI, *Les biens*, 3^e éd. 1905, n° 322-324

Le véritable motif de la solution est dans ce principe que le juge doit, quand il rend sa sentence, se rapporter à l'état de choses existant au moment de la demande, et placer les parties dans la situation où elles se seraient trouvées

respectivement s'il avait pu statuer immédiatement, car les plaideurs ne doivent pas **souffrir des lenteurs de la justice** qui ne leur sont pas imputables (2).

(2) En sens Cass., 2 avril 1878, S., 79. 1. 261 et 4 juillet 1882, S., 83. 1. 105, D., 82. 1. 353. — Aubry et Rau, II, § 206, p. 275; Demolombe, IX, n. 632; Laurent, VI, n. 222.

LAURENT, *Principes de droit civil*, VI, 222, p. 296

Pourquoi donc le possesseur doit-il restituer les fruits qu'il a perçus après la demande? Ce n'est pas en qualité de possesseur, c'est comme défendeur qu'il les doit restituer, par application du principe que tout jugement rétroagit au jour de la demande; le demandeur doit obtenir dès ce jour tout ce qu'il aurait obtenu si le jugement avait été rendu immédiatement, **les lenteurs de la justice ne devront pas lui nuire (1)**.

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 273 et notes 23, 24, et les autorités qui y sont citées.

On trouve encore les lenteurs de la justice chez Josserand (I, n°1406) ou encore Malaurie et Aynès (n°517). Les références qui sont associées à ce lieu commun ne prétendent évidemment pas vérifier l'hypothèse que la justice est lente; mais les lenteurs de la justice constituent le motif légitimant de la position de la Cour de cassation. En accompagnement d'un lieu commun, les références aux arrêts cités ainsi qu'à la doctrine des auteurs témoignent de l'objectivisation de la règle et de la neutralisation du caractère politique de ses motifs; elles justifient aussi que par économie de moyens, le lecteur doive se contenter d'une sentence elliptique et d'explications symbolisées par des graphèmes et abréviations. Mais ce sont bien les références bibliographiques qui produisent l'effet de légitimation, non pas le lieu commun lui-même non vérifiable : étant donné que les lenteurs de la justice ne doivent pas nuire au propriétaire revendiquant, *il faut* regarder comme légitime la règle qui prescrit que le possesseur, même de bonne foi, doit restituer les fruits à compter de la demande (note et occurrences d'arrêts). En remontant les chaînes de références, la cartographie du réseau dans son entier permet de repérer les usages des différents concepts et arguments analysés, et d'en interpréter les évolutions. Cette reconstruction patiente des enchaînements doctrinaux conduit aussi à dévoiler des implicites et des interpolations, comme le ferait un herméneute anti-tribonien³¹.

31

François HOTMAN, *Antitribonian, ou, Discours d'un grand et renommé jurisconsulte de nostre temps sur l'estude des loix [1567]*, Paris, Jeremie Perier,

f) Autorité du réseau de références

Les auteurs attendus à savoir les *auteurs de référence* (au singulier), qui sont cités pour remplir la condition nécessaire à la reconnaissance de compétence, assurent la tradition des lieux du savoir commun; de même, les arrêts attendus à savoir la *jurisprudence de référence* (au singulier) sont ceux qui se distinguent de la masse bibliographique.

[L]es citations et [l]es dispositifs référentiels sont aujourd'hui un passage obligé des textes de la doctrine. Cette pratique actuelle de l'écriture scientifique en droit éclaire aussi les rapports que les membres de la doctrine entretiennent à l'autorité de leurs pairs, contribuant de ce fait à la constitution de la communauté qui nous occupe. Mais ces références explicites par lesquelles le juriste prend appui sur l'état de l'art existant relèvent surtout de pratiques historiquement situées. Les auteurs de la fin du XIX^e siècle raillaient le recours des exégètes aux références qu'ils accumulaient comme autant d'autorités pour venir appuyer leurs propres analyses; une comparaison des notes de bas de page de certains ouvrages classiques ou des contributions des revues juridiques du XIX^e siècle indique pourtant une autre réalité : le référencement des notes apparaît en effet bien inférieur pour un large premier XIX^e siècle [...] Ces variations dans l'auto-référencement doctrinal éclairent la connaissance qu'un groupe a de lui-même³².

1603; Jean CARBONNIER, « Le Code civil », dans Pierre NORA (dir.), *Les lieux de mémoire*, vol. II, La Nation, Paris, Gallimard, 1986, p. 293, à la p. 308; également Jean CARBONNIER, « La question du divorce (mémoire à consulter) », dans *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 121, où, en préambule de l'analyse de la loi sur le divorce dont il désavoue la paternité, et s'adressant aux juristes philologues, le doyen Carbonnier écrit : « Il faut, cependant, songer aux *Antitribonians* de l'avenir, aux juristes puristes qui, un jour, seront curieux de retrouver, sous les transformations et les déformations du *Digeste*, la doctrine originelle - curieux de la retrouver et qui sait? Peut-être soucieux de la restituer, par voie d'interprétation, au droit positif. »

32

Frédéric AUDREN, Anne-Sophie CHAMBOST et Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoires contemporaines du droit*, coll. « Méthode du droit », Paris, Dalloz, 2020, p. 262 et 263.

La présence d'un réseau de références, même copieux, conformément à une *doxa* académique ou éditoriale, n'est donc pas en soi une condition suffisante de la reconnaissance de compétence (à moins que le lecteur ne se contente de localiser des références d'un seul coup d'œil en guise de lecture rapide). Ce soutien attendu censé être fourni par la mention d'auteurs de référence (au singulier) ne survient pas toujours; l'académisme n'assure pas avec certitude la réalisation des espoirs des doctorants, pas plus qu'il ne convainc le lecteur non captif de ne pas passer à autre chose.

Dans la littérature juridique récente, ce n'est pas le volume des références qui fait l'autorité : c'est la répétition des occurrences associées à des propositions issues du savoir commun, des propositions qui du reste ne sont pas forcément univoques, elles sont parfois controversistes, remarquables notamment grâce aux didascalies *contra* ou *en sens divers*. Une fois reconstitué dans son ascendance, le réseau de références soutient le discours actuel, y compris quand celui-ci énonce des jugements de valeur morale ou des prescriptions politiques : pour Frédéric Danos, « [l]a solution donnée par la Cour de cassation doit être approuvée³³ », pour Julien Laurent, « cette affirmation doit être pleinement approuvée³⁴ »; « cette précision est parfaitement justifiée³⁵ », pour Béatrice Vial-Pédroletti, ou enfin, « cette solution est parfaitement fondée³⁶ » pour Jean-Baptiste Seube. Ce dernier émet toutefois une réserve sous forme de question qui montre qu'il serait intéressant de pousser plus avant la construction du réseau de références remontant le fil du droit des obligations et des quasi-contrats : « La doctrine interprète l'expression "au jour de la demande" comme étant synonyme de "au jour de la demande de restitution". Cette interprétation est

³³ Frédéric DANOS, « Possession de bonne foi et restitution des fruits », RDC 2021.1.136.

³⁴ Julien LAURENT, « La restitution des fruits par le possesseur à la suite de la demande en résolution de la vente émanant d'un tiers non revendeur », *Gaz. Pal.* 2020.41.82.

³⁵ Béatrice VIAL-PÉDROLETTI, « Quelle est l'incidence de l'annulation de la vente sur la restitution des loyers perçus par l'acquéreur? », *Loyers et copr.* 2020.12.comm.121.

³⁶ Jean-Baptiste Seube, « Annulation de la vente et sort des loyers », *Deffrénois* 2021.9.33.

incompatible avec la solution retenue par la Cour en l'espèce. Y aurait-il quelques raisons de distinguer³⁷? »

L'adhésion à un jugement de valeur est bien l'effet recherché par la mention d'auteurs de référence (au singulier). C'est un effet rhétorique de persuasion immédiate lorsque le commentateur-praticien approuve ou désapprouve la position politique adoptée par le législateur ou le juge, et cherche à faire adhérer son lecteur à ses idées personnelles; c'est une rhétorique de second ordre lorsque le professeur dogmaticien promeut une « théorie » censée expliquer le jugement de valeur soutenu en arrière-plan. En suivant sur ce point Riccardo Guastini, de telles propositions, d'un point de vue épistémologique, ne réclament pas du lecteur une réaction de type cognitif ou théorique (croire vraie ou fausse la proposition faite); elles réclament une réaction de type pratique³⁸ : non pas obéir à proprement parler, puisque le lecteur n'est pas le destinataire des normes et des solutions commentées, mais elle vise à perpétuer ou modifier les conditions de réceptivité des jugements de valeur en prescrivant une doxa réitérative, ou parfois une révolution controversiste.

Enfin, des auteurs connus ne sont pas apparus dans le réseau ascendant dans les cinq premiers rangs (Valette, Accolas, Huc, Vigie, Murlon, Bufnoir, Saleilles, Surville, R. Savatier, Bergel, C. Grimaldi, M.-L. Mathieu). Pour certains, il eut été probable de les y retrouver si la porte d'entrée via les auteurs d'origine avait été différente; pour d'autres, il est possible que sur la question de fond, ils ne soient tout simplement pas des auteurs de référence (au singulier) à quelque époque que ce soit. La construction d'un réseau descendant qui aurait l'ambition de l'exhaustivité, les y intégrerait; sans doute aussi pour l'intelligence de leurs positions méconnues ou négligées.

³⁷Civ. 3^e, 11 févr. 2021, *Bull. civ.*, n° 20-11.037.³⁸Riccardo GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 30; également, Riccardo GUASTINI, « Le fonti del diritto. Fondamenti teorici », dans Antonio CICU, Francesco MESSINEO et Luigi MENGONI (dir.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milan, Giuffrè, 2010, p. 8.

Conclusion

Ce travail de collecte empirique, sur un sujet étroit, ne permet pas de produire immédiatement un discours de généralités. Pour ce faire, il faudrait dégager une vue plus ample, un panorama disciplinaire élargi à l'ensemble des sujets et des pratiques discursives des auteurs français; comparer ensuite les réseaux, leurs modes et leurs méthodes de constitution avec ceux des juristes écrivant à partir de points de vue étrangers; passer enfin ces réseaux au détecteur sociologique des habitudes académiques et des biais citationnels. Avant de rêver à la réalisation d'un tel programme, il me semble possible de tirer de cette enquête trois séries d'enseignements modestes.

Sur un sujet juridique étroit, la littérature de référence n'est pas infinie et peut faire l'objet d'une quantification, même approximative. Cette quantification révèle des choix de citation effectués par les auteurs.

Les réseaux de références sont dynamiques; ils montrent que les pages de doctrine juridique s'écrivent avec des références nouvelles. Mais paradoxalement, cette littérature est redondante; les auteurs qui commentent ou expliquent n'innovent pas à chaque page : répétition d'idées et compilations de références peuvent être mises en lumière par une analyse systématique.

Les références présentes dans un *appareil scientifique* sont autant des éléments du savoir juridique que des arguments de légitimation du discours tenu. Elles viennent prouver que l'auteur a bien travaillé et que le corpus des sources sur lesquelles il appuie sa réflexion obéit aux règles de rigueur et de sérieux qui font la démarche analytique, et concomitamment le font reconnaître comme légitime à exprimer un point de vue, fût-ce dans un discours éloigné de l'analyse, n'exprimant que des affects ou des impressions subjectives.

Disons que pour aller plus loin et exprimer un jugement qualitatif sur la teneur d'un appareil scientifique, il faudrait pouvoir compter sur une théorie de la connaissance juridique, parce qu'il est sous-entendu et même entendu que le réseau de références est un véhicule de connaissance. Et

d'ajouter une (méta)question : *quelles théories de la connaissance juridique sont véhiculées par les réseaux de références?*

Cette exigence épistémologique est aussi claire pour celui-là même qui utilise des références, et qui soumet sa prose périphérique au jugement de son lecteur, que pour le lecteur lui-même se demandant : pourquoi ne m'a-t-il pas cité?