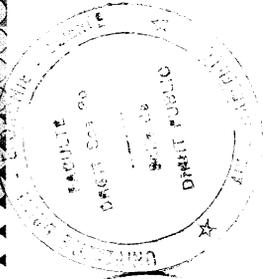
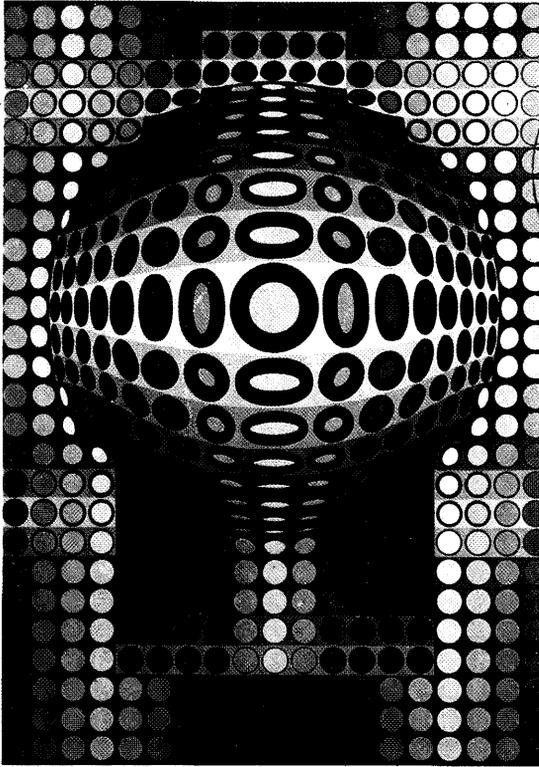


# DROIT PROSPECTIF



*" La seule découverte digne de notre effort est de construire l'Avenir "*

(Pierre TEILHARD DE CHARDIN)

A voir notamment :

**M. le Professeur Jérôme LEJEUNE :**

BIOLOGIE ET PERSONNE HUMAINE

**M. le Professeur Jean-Louis LE MOIGNE :**

LES SYSTÈMES JURIDIQUES

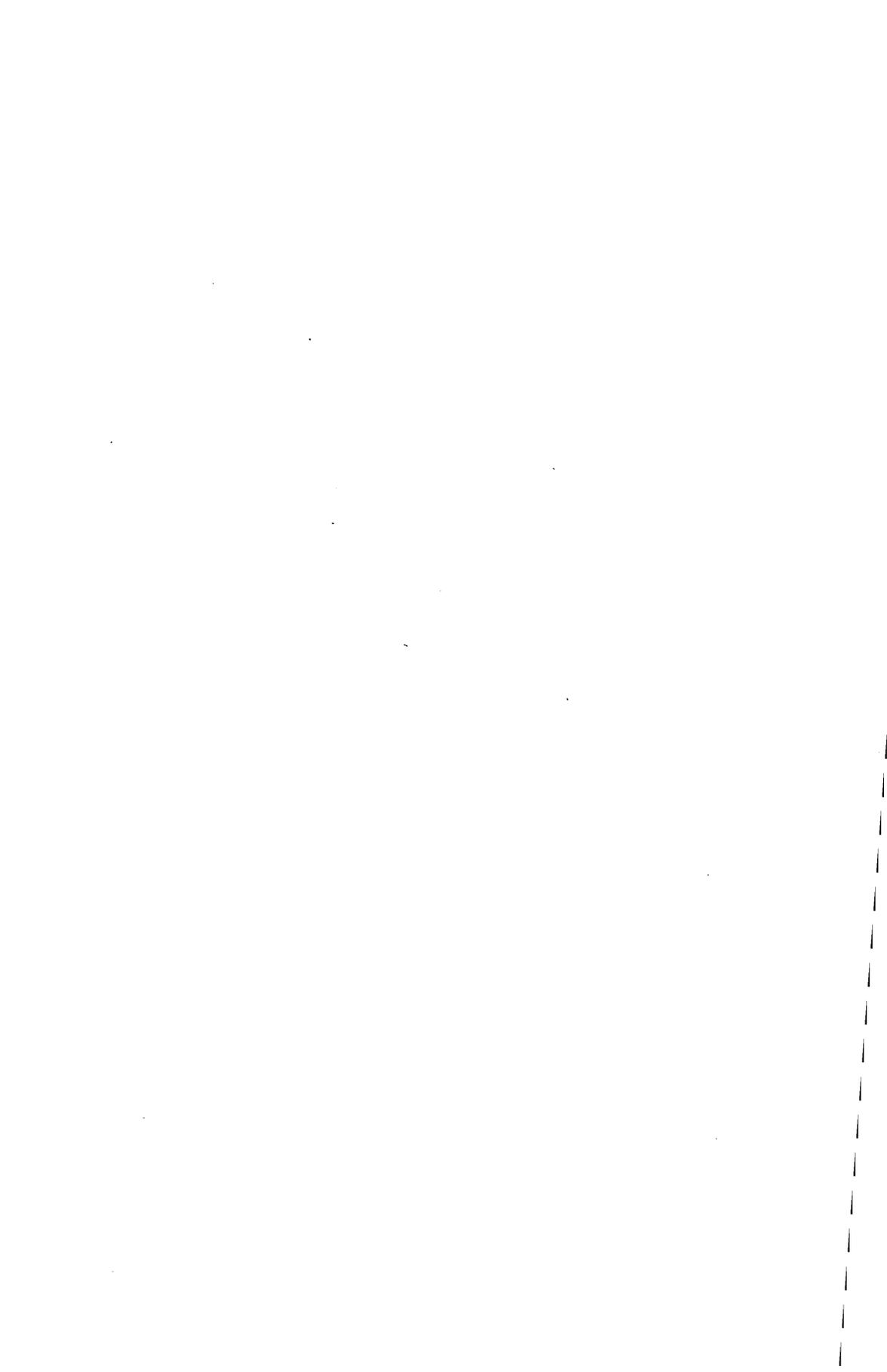
SONT-ILS PASSIBLES D'UNE REPRÉSENTATION SYSTÉMIQUE ?

**M. le Professeur Jacques H. HERBOTS :**

LE "DUTY OF CARE" ET LE DOMMAGE PUREMENT FINANCIER  
EN DROIT COMPARÉ

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE





La Direction de la Revue de la Recherche et la Faculté de Droit déclinent toutes responsabilités à la fois quant aux opinions émises par les auteurs et quant aux informations les concernant (grade - titre - affectation) ; ces dernières sont toujours, sauf erreur matérielle, celles fournies par les auteurs eux-mêmes.

La loi du 11 mars 1957 n'autorisant, aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article 41, d'une part, que les «copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective» et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, «toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite» (alinéa premier de l'article 40).

Cette représentation ou reproduction par quelque procédé que ce soit constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

**REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE  
DROIT PROSPECTIF**

**1985 - 1**

Publiée par la FACULTÉ DE DROIT et de  
SCIENCE POLITIQUE d'Aix-Marseille

**Abréviation de référence : R. R. J.**

Presses Universitaires d'Aix-Marseille  
V. VASARELY : «HOOR» p. 1049 - 1976

N. X - 21 (10ème année - 21e numéro)  
(3 numéros par an)

## COMITÉ DE PATRONAGE

M. Paul AMSELEK	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Jean-Marie AUBY	Professeur à l'Université de Bordeaux I Président honoraire à l'Université de Bordeaux I Correspondant de l'Institut
M. le Doyen Henri BATIFFOL	Membre de l'Institut
M. Xavier BLANC-JOUVAN	Professeur à l'Université de Paris I
M. le Doyen Fernand BOULAN	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Doyen de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
M. Pierre CATALA	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Charles DEBBASCH	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. Roland DRAGO	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Louis FAVOREU	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président honoraire de l'Université
M. Maurice FLORY	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. André de LAUBADERE (†)	
M. Michel LESAGE	Professeur à l'Université de Paris I Directeur du Service de Recherches Juridiques Comparatives (C. N. R. S.)
M. Edmond LISLE	
M. le Doyen Guillaume MATRINGE	Professeur à l'Université de Paris II
M. Bruno OPPETIT	Professeur à l'Université de Paris II
M. François TERRÉ	Professeur à l'Université de Paris II
M. André TUNC	Professeur à l'Université de Paris I
M. Marcel WALINE (†)	

⊗ - ⊗ - ⊗

*Rédacteur en Chef* : C. ATIAS

*Secrétaire de Rédaction* : M. GARCIN

Directeur honoraire de la rédaction et de la publication : M. J.-M. ZAORSKI

Fondateurs : MM. G. WOLKOWITSCH et J.-M. ZAORSKI

## COMITE SCIENTIFIQUE

M. le Professeur	D. BERRA	M. le Professeur	M. FLORY
M. le Doyen	F. BOULAN	M. le Professeur	D. LINOTTE
M. le Professeur	Y. DAUDET	M. le Professeur	J. MESTRE
M. le Doyen	Ch. DEBBASCH	M. le Professeur	J.-L. MESTRE
M. le Président	L. FAVOREU	M. le Professeur	C. MOULY

Service Commercial : Presses Universitaires d'Aix-Marseille  
3, Avenue Robert Schuman  
13628 Aix-en-Provence Cedex

**ABONNEMENT** : 3 numéros par an - Tarif 1985

Abonnement de Soutien : 350 F

Abonnement étranger : 300 F

Abonnement (France) : 200 F

Numéro (France) : 80 F

Frais d'expédition : 30 F

Chèques à l'ordre de M. le Régisseur des Presses Universitaires d'Aix-Marseille  
C. C. P. 9404 15 E - Marseille

**LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITÉ**  
12, RUE NAZARETH - AIX-EN-PROVENCE

**Sciences Juridiques, Économiques et Sociales**

Correspondant de  
**LA DOCUMENTATION FRANÇAISE**  
OCDE - INSEE - ONU - UNESCO

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

## TABLE DES MATIERES

<i>EDITORIAL</i> par D. LINOTTE .....	7
<i>METHODES DE RECHERCHE ET D'ENSEIGNEMENT</i>	
- M. le Professeur M'HAMED EL HATIMI, <b>Méthodes d'assimilation et de recherche en droit</b> (suite et fin) .....	11
<i>CONFERENCES, LECONS ET DISCOURS</i>	
- M. le Professeur Jérôme LEJEUNE, <b>Biologie et personne humaine</b> .....	103
<i>EPISTEMOLOGIE</i>	
- M. le Professeur Jean-Louis LE MOIGNE, <b>Les systèmes juridiques sont-ils passibles d'une représentation systémique ?</b> .....	155
<i>CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT</i>	
- M. le Professeur Dr. Olsen A. GHIRARDI, <b>L'origine du concept pratique (Théorie du concept inachevé)</b> .....	175
- M. Pierre DAUCHY, <b>L'évolutionnisme darwinien est-il applicable au droit ?</b> .....	187
<i>ETUDES</i>	
- M. le Professeur Jacques H. HERBOTS, <b>Le "duty of care" et le dommage purement financier en droit comparé</b> .....	267
- Melle Geneviève KOUBY, <b>L'acte administratif unilatéral conjoint</b> .....	297
<i>INFORMATIONS UNIVERSITAIRES</i> .....	343

## EDITORIAL

La Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif, paraît, sous sa forme actuelle, depuis bientôt déjà cinq années. Elle s'est toujours efforcée de mériter son Titre, c'est-à-dire, de ne pas se contenter d'être un véhicule supplémentaire d'articles de droit mais bien plutôt d'offrir un support à la réflexion **sur** le droit et **sur** la Recherche en Droit.

On serait tenté de dire que le présent numéro illustre à merveille l'effort et la tentative que signifie la Revue de la Recherche Juridique.

\* \* \*

Le lecteur retrouvera dans les pages qui suivent la dernière partie de l'étude du Professeur M'Hamed EL HATIMI consacrée à la **méthodologie de la recherche** et de l'enseignement du droit. L'étude de Melle KOUBY qui porte sur "*l'acte administratif unilatéral conjoint*" permettra d'enrichir la **connaissance positive du droit public interne**.

C'est au Professeur J.H. HERBOTS que reviendra le mérite d'apporter à ce numéro la contribution du **droit comparé** avec son article consacré au "*duty of care*" et au "*dommage purement financier*".

\* \* \*

Mais c'est probablement par son souci constant de lien avec les autres débats et les autres concepts scientifiques que la Revue réalise sa vocation originale et spécifique.

Les apports en cette direction sont particulièrement riches aujourd'hui, qu'il s'agisse :

- de "*Biologie et personne humaine*" (Professeur J. Lejeune),
- de "*systèmes juridiques et représentation systémique*" (Professeur J.L. Le Moigne),
- de "*l'origine du concept pratique (Théorie du concept inachevé)*" (Professeur Olsen A. Ghirardi),
- ou encore de "*l'applicabilité de l'évolutionnisme darwinien au droit*" (Pierre Dauchy).

\* \* \*

Lorsqu'on n'a rien fait soi-même pour contribuer à la réalisation d'un tel ensemble on en est que plus tranquille pour dire le sentiment de fierté légitime que peuvent ressentir tous ceux qui animent, alimentent et lisent la Revue de la Recherche Juridique.

Didier LINOTTE

R. R. J. 1985  
Pages 9 à 100

M E T H O D E S D E R E C H E R C H E  
E T D ' E N S E I G N E M E N T



**GUIDE à l'usage  
des étudiants de licence et de doctorat,  
des universitaires et des praticiens**

**M E T H O D E S  
D'ASSIMILATION ET DE RECHERCHE EN DROIT**

par M'Hamed EL HATIMI

*Professeur à la Faculté des Sciences Juridiques  
Economiques et Sociales de FES*

(Suite et fin du n° 1984-3)

**TROISIEME PARTIE  
LES ELEMENTS FONDAMENTAUX STRUCTURANT  
TOUTE PENSEE JURIDIQUE**

254 Il peut sembler que dans les deux premières parties, en analysant les méthodes d'assimilation et de recherche en droit, nous ne nous sommes intéressés qu'à l'aspect formel du droit. Nous ne le pensons pas car, en droit, **fond et forme sont toujours intimement liés** et, de ce fait, s'interpénètrent et se complètent mutuellement.

Pour rester fidèle à cette idée d'unité de l'objet étudié et, dans le cas d'espèce, de l'unité de toute pensée juridique et par simple souci pédagogique, **on peut ramener les éléments fondamentaux structurant toute pensée juridique aux éléments structurant la forme (Titre I) et aux éléments structurant le fond (Titre II).**

TITRE PREMIER

-----

LES ELEMENTS STRUCTURANT LA FORME

255 Parmi les éléments structurant la forme ne doit-on retenir que le **paragraphe** ou d'autres **éléments d'expression et de conception** ? Avant d'aborder ces autres éléments (Chapitre II), essayons d'analyser aussi profondément que possible ce qu'est le **paragraphe en droit** (Chapitre I).

## CHAPITRE PREMIER

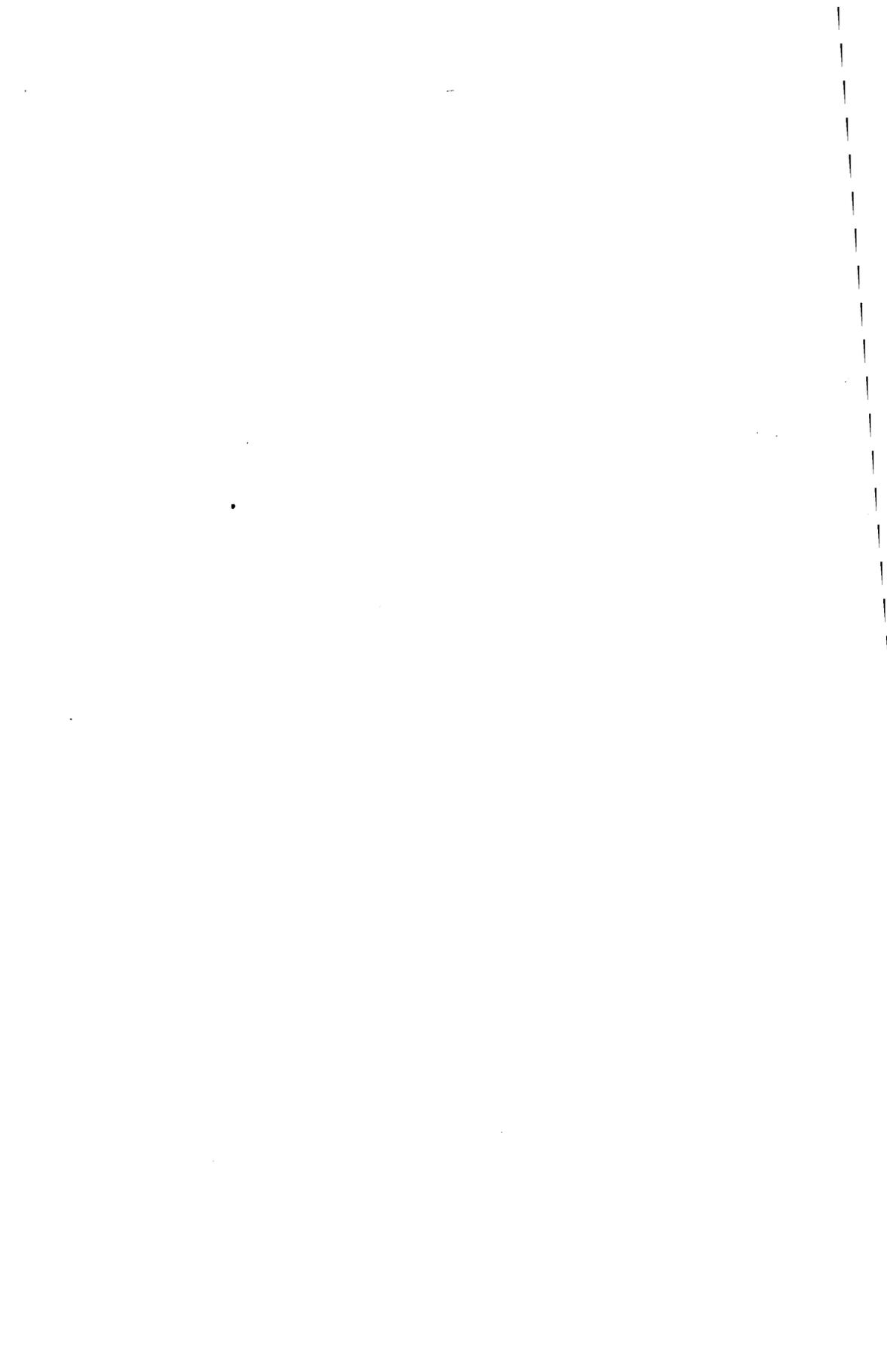
---

### 256 QU'EST-CE QU'UN PARAGRAPHE EN DROIT ?

Le **paragraphe est-il un lieu privilégié d'assimilation et de recherche uniquement en droit** ? Je pense qu'il l'est aussi en ce qui concerne les **autres sciences humaines** où existe aussi la subdivision des textes correspondant au paragraphe.

Dans le langage courant, le **paragraphe est une partie d'un tout**, une subdivision d'un texte, que l'on veut étudier, c'est-à-dire un texte qu'on veut soit **apprendre** soit **écrire**. A titre d'exemple, le pêcheur utilise un **filet adapté** pour attraper telle ou telle variété de poisson. Le juriste lui utilise le **paragraphe comme cannevas pour "attraper"** ou plus exactement pour saisir l'essentiel en droit.

Cette **subdivision** de texte est constituée de **plusieurs phrases**. Le paragraphe, au sens général et littéraire du terme, peut parfois correspondre à **une phrase**, d'autres fois, à un **ensemble de phrases exprimant une ou plusieurs pensées (idées) complètes et cohérentes** qui se suffisent à elles-mêmes. Le paragraphe correspond, dans ce cas, à un morceau de texte. Essayons de faire une **analyse du contenu externe** (Section I) et **interne du paragraphe juridique** (Section II).



SOMMAIRE DE LA

SECTION I

-\*-\*-\*-\*-

LE CONTENU EXTERNE DU PARAGRAPHE JURIDIQUE

§ 1 : LE PARAGRAPHE, SUBDIVISION MOLECULAIRE

A - QUELQUES VARIETES DE SUBDIVISIONS

B - LE PARAGRAPHE, SUBDIVISION IRREDUCTIBLE

§ 2 : LE PARAGRAPHE, NOYAU CENTRAL DE TOUTE  
ETUDE EN DROIT



## SECTION I

---

### 257 LE CONTENU EXTERNE DU PARAGRAPHE JURIDIQUE

En principe, **des mots, des notions ou des concepts constituent le contenu externe du paragraphe**. Ce contenu se présente sous forme de phrases plus ou moins longues ; ce contenu apparaît comme une subdivision moléculaire (§ 1) qui constitue le noyau central de l'étude du droit (§ 2).

### 258 § 1 : Le paragraphe, subdivision moléculaire

Le paragraphe, en droit, est une **subdivision élémentaire** par rapport aux subdivisions habituelles classiques **d'une thèse, d'un mémoire de doctorat ou même d'une dissertation juridique**.

Ces subdivisions n'obéissent pas à des **cas-types de subdivisions**. Il n'y a pas de subdivisions fixes. Il y a **plusieurs variétés de subdivisions**. On traitera de quelques unes d'entre elles (A) mais, on retiendra qu'elles se ramènent toutes à la subdivision irréductible qui est le paragraphe (B).

### 259 A - Quelques variétés de subdivisions

- Première partie (Deuxième, Troisième partie, etc...)
- Titre Premier (Titre II, III, IV, etc...)
  - Chapitre Premier (Chapitre II, III, IV, etc...)
  - Section I (Section II, III, IV, etc...)
    - § 1 (§ 2, 3, 4, etc...) ou **§ technique**
    - A - (B, C, D, etc...)
    - 1 - (2, 3, 4, etc...)
    - a) (b, c, d, etc...)
    - 1) (2, 3, 4, etc...)

Le professeur Jean CARBONNIER utilise d'autres subdivisions. Pour lui, **le titre tient lieu de partie**. Dans d'autres langues, on utilise d'autres variétés de subdivisions.

## 260 B - Le paragraphe, subdivision irréductible

La **subdivision moléculaire**, ou l'**expression la plus irréductible** correspond aux mots, au sens courant ou technique du terme. L'**adjonction des mots techniques juridiques constitue une notion ou un concept** (1). Ces **notions juridiques** qui, avec leurs **enchaînements**, constituent un **assemblage élémentaire de connaissances et de raisonnements qui ont, pour cadre syntaxique, la phrase**. Donc, le **paragraphe**, en droit, **peut correspondre à cette phrase**. Il peut, des fois, correspondre à **deux ou à plusieurs phrases**. Et, c'est ainsi que **de phrase en phrase, de palier en palier jusqu'au paragraphe technique**. Celui-ci correspond aussi à la subdivision d'une **section**. Et c'est ainsi que deux ou plusieurs paragraphes techniques peuvent constituer une section ; deux ou plusieurs sections peuvent constituer un **chapitre** ; deux ou plusieurs chapitres peuvent constituer un **titre** ; et deux ou plus de deux titres peuvent constituer une **partie d'une dissertation**.

## 261 § 2 : Le paragraphe, noyau de toute étude en droit

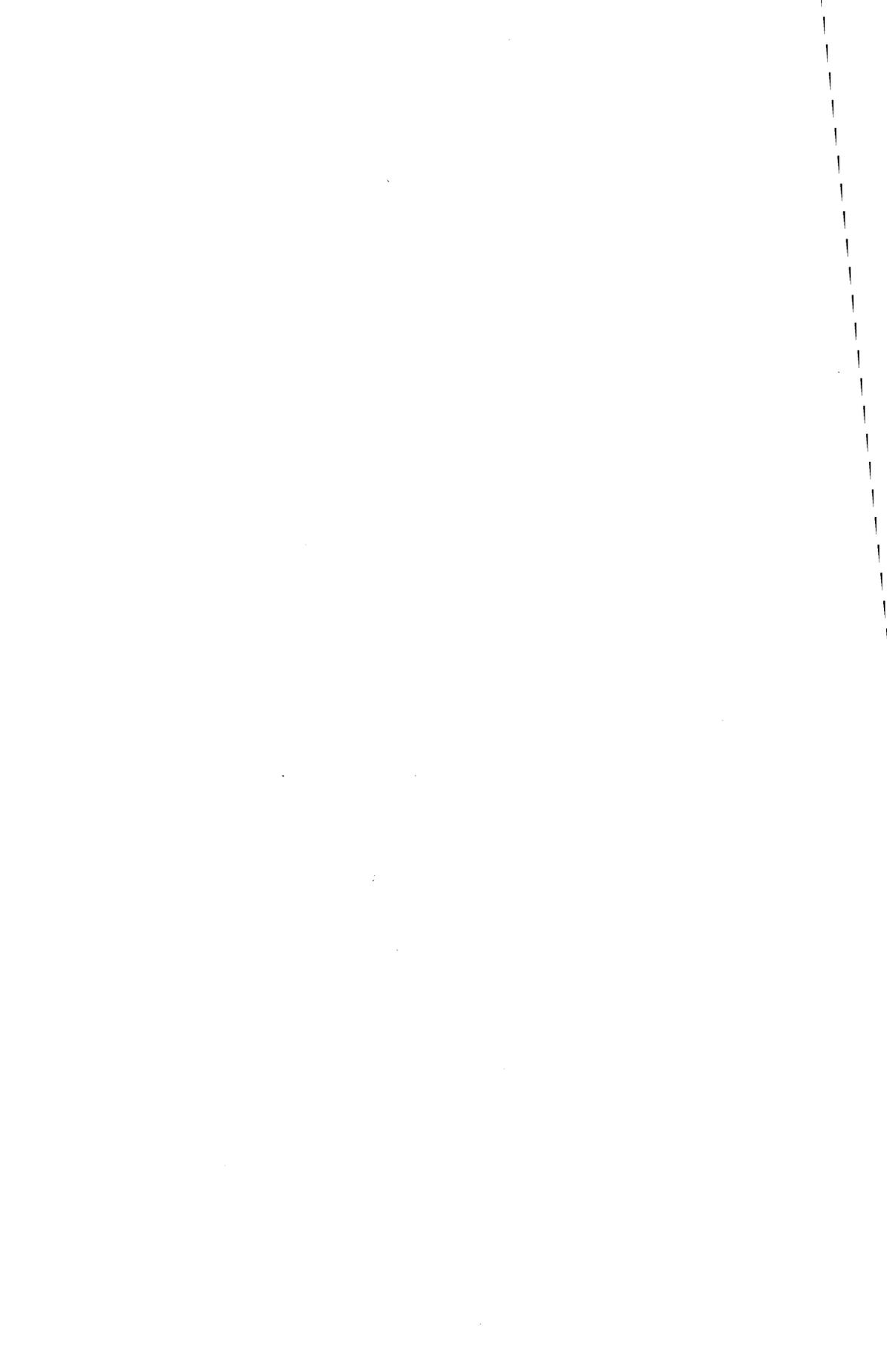
Le **rapport de licence**, le **mémoire du D.E.S.** ou la **thèse de doctorat du 3e cycle ou du doctorat d'Etat en droit** ne sont qu'une **série de dissertations dont le noyau central et le noyau de base demeure le paragraphe en droit** soit au sens large (ou technique) soit au sens restreint du terme notamment quand il correspond à une **simple lettre de l'alphabet** (2), à une ou deux phrases, etc...

(1) PASCON (P.), Conseils pratiques pour la préparation des mémoires et thèses à l'usage des étudiants, Recherches en Sciences humaines Rabat, 1981, p. 5.

(2) L'exemple nous est fourni par certaines lettres de l'alphabet du Coran telles les lettres : noun ( ن ), ya ( ي ), sin ( س ), etc... dont le sens reste insondable.

Donc, le contenu apparent du paragraphe en droit n'est autre que celui du paragraphe dans les autres sciences humaines mais qui a la particularité de porter spécialement sur des textes juridiques.

Si, apparemment, le **paragraphe est la subdivision moléculaire et le noyau central de toute étude juridique**, quel est donc **son contenu réel** c'est-à-dire **son contenu interne** ?



SOMMAIRE DE LA

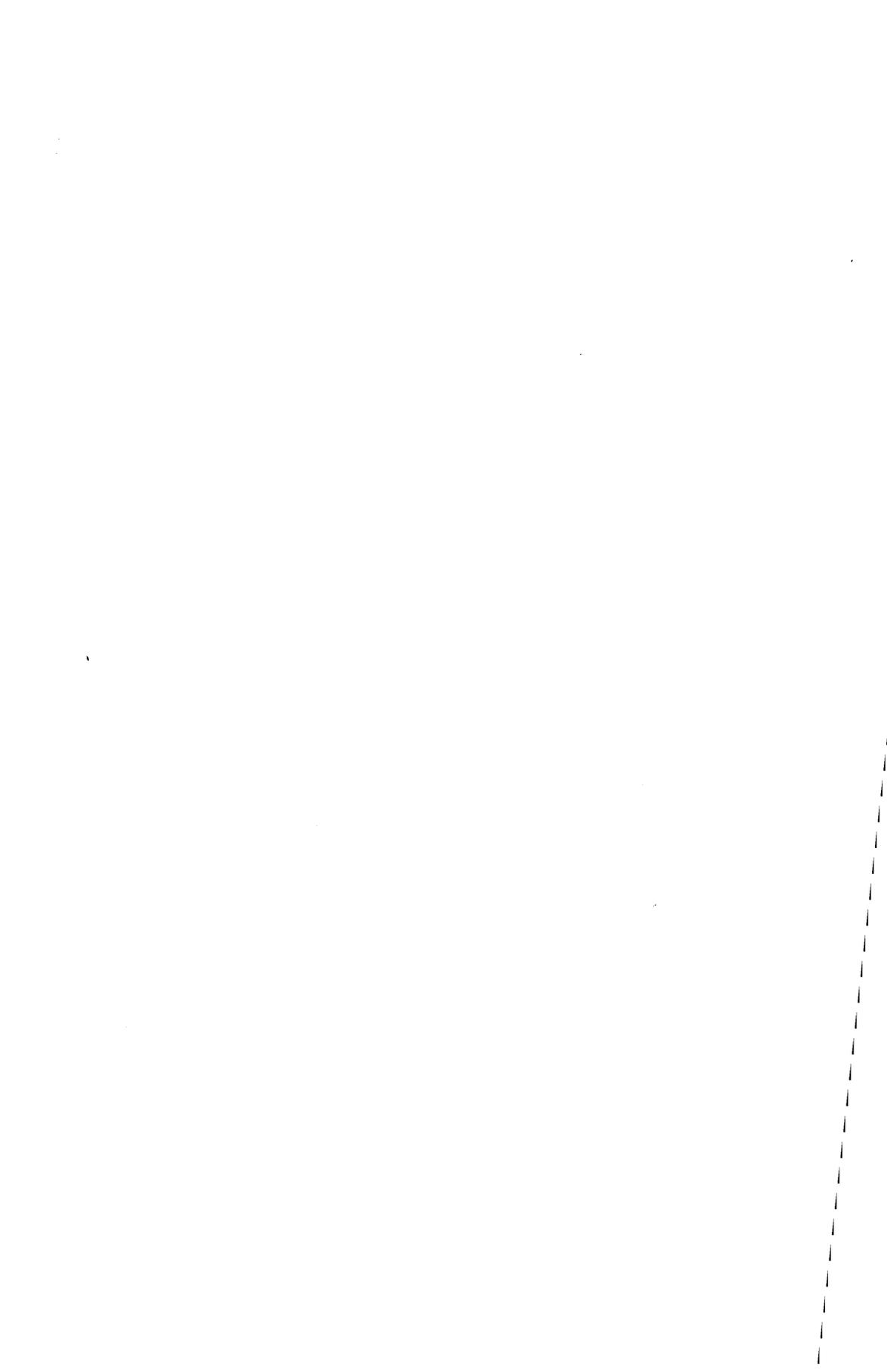
**SECTION II**

-\*-\*-\*-\*

LE CONTENU INTERNE DU PARAGRAPHE JURIDIQUE

§ 1 : LES ELEMENTS QUI COMPOSENT LE PARAGRAPHE  
JURIDIQUE

§ 2 : L'ORDONNANCEMENT DES MATERIAUX JURI-  
DIQUES



Maintenant, nous allons tenter d'analyser le paragraphe juridique, non de l'extérieur, mais de l'intérieur.

Il faut essayer de le pénétrer aussi profondément que possible. En effet, pénétrer le paragraphe juridique reviendrait à scruter, de très près, la structure de toute pensée juridique. Or, celle-ci prend les formes les plus diverses.

En faisant éclater le noyau central du paragraphe juridique, nous allons mieux approcher ses composantes et voir, de plus près, ses particules et ses cellules les plus irréductibles.

En fait, ce qui gouverne tous ces éléments apparemment hétéroclites et ce qui les canalise, c'est le paragraphe car il est le cadre où se réalise l'acte le plus important, de toute étude juridique à savoir le lieu où se réalise la conception et l'expression de toute solution juridique.

L'éclatement du magma qui est le noyau du paragraphe dégagerait les éléments qui composent le paragraphe (§ 1) et expliquerait leur ordonnancement (§ 2).

## 262 § 1 : Les éléments qui composent le paragraphe juridique

La phrase, ou les phrases formées à partir de mots (ou de termes) de notions et de concepts techniques constituent une idée juridique.

L'adjonction d'une, deux ou plusieurs idées constituent un morceau de texte intelligible et cohérent qui constitue le paragraphe juridique.

Tous ces éléments peuvent être ramenés, comme on le verra, à ce qu'on appelle les connaissances et les raisonnements juridiques. Ce sont les matériaux de base du paragraphe juridique et de toute pensée juridique. Mais comment ces matériaux sont-ils agencés et ordonnés ?

**263 § 2 : L'ordonnement des matériaux juridiques**

Comment ces matériaux sont-ils ordonnés ? Que sont ces matériaux ? Sont-ils, des **composantes inertes** ? Ces matériaux **sont-ils harmonieusement articulés** ? **Y'a-t-il une loi interne qui donne équilibre, vie et dynamisme à tous ces éléments composites ?**

La conception de toute solution juridique se fait à partir de l'assemblage d'un certain nombre de connaissances et de raisonnements juridiques.

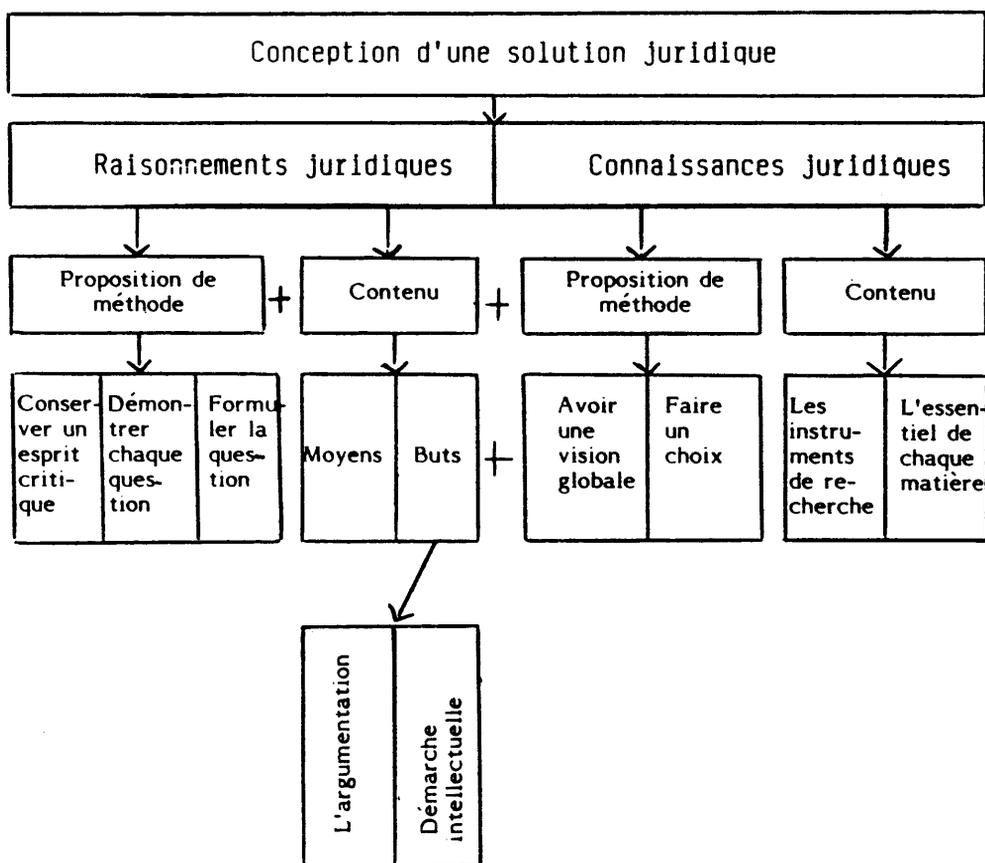
L'expression de toute solution juridique a pour but de convaincre aux moyens d'argument, de sécurité, d'opportunité, de justice, etc... Ces arguments ont d'autant plus de force qu'ils sont fondés et présentés avec clarté et logique.

Voici, schématisée, la place du paragraphe par rapport à la structure de toute pensée juridique.



## SCHEMA DE LA STRUCTURE

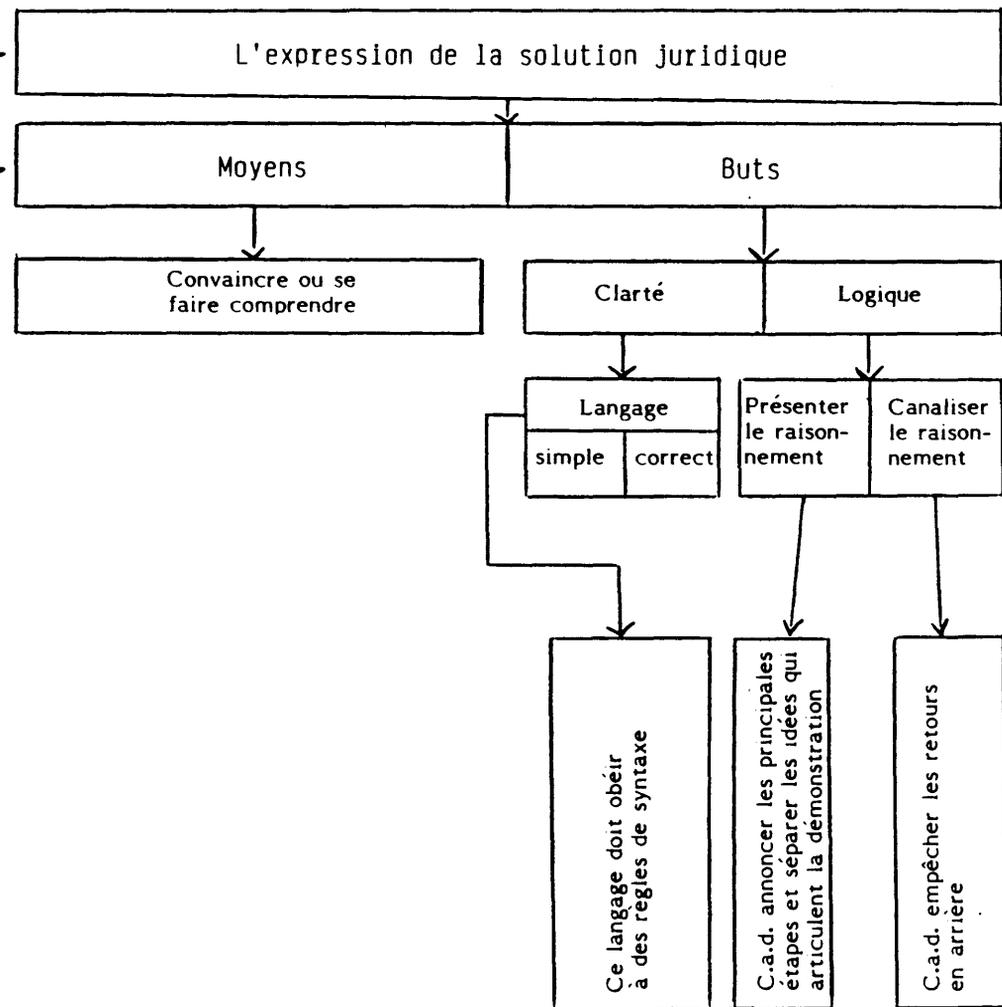
La (ou les) phrase(s) formée(s) à partir des mots, de notions ou plusieurs phrases ou idées constitue(nt) un morceau de texte graphe en droit et correspond en fait à la conception de toute  
 En d'autres termes, le paragraphe, en droit, est égal à la

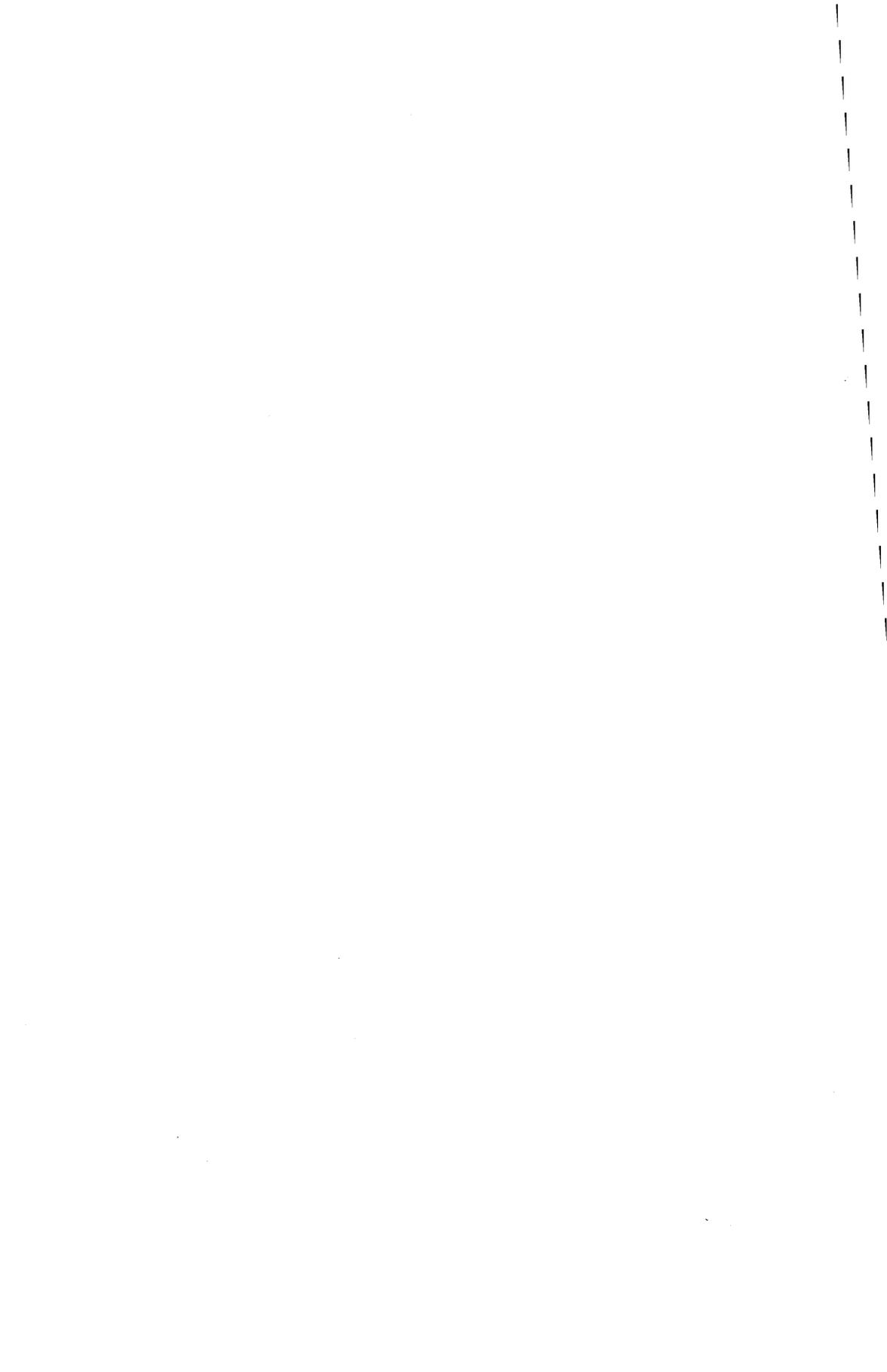


## DE LA PENSEE JURIDIQUE

ou de concepts constituent une idée. L'adjonction d'une, deux intelligible et cohérent. Celui-ci peut être qualifié de para-solution juridique et à son expression écrite ou orale.

conception et à l'expression de toute solution juridique.





## CHAPITRE II

---

### 265 LES AUTRES ELEMENTS DE LA STRUCTURE

Dans la pratique, quelle différence y-a-t'il entre l'unité de base qu'est le paragraphe d'une dissertation juridique, d'un commentaire d'arrêt, d'un commentaire de texte législatif ou jurisprudentiel et l'unité de base qui est aussi le paragraphe d'un mémoire ou d'une thèse de doctorat en droit ? Il me semble que le paragraphe est l'élément commun à tous ces exercices : seule, varie leur ampleur et varie aussi l'esprit de cohérence qu'il faut maintenir pour un simple exercice et celui qu'il faut maintenir pour un travail plus vaste pour lequel s'impose aussi un effort d'enchaînement entre les diverses parties du travail.

L'essentiel donc de toute recherche approfondie en droit est de savoir concevoir une solution juridique (Section I) et de savoir aussi l'exprimer avec clarté et logique (Section II).



SOMMAIRE DE LA

**SECTION I**

-\*-\*\*--

LES ELEMENTS DE LA CONCEPTION

§ 1 : CONCEVOIR : C'EST DEGAGER L'ESSENTIEL DU  
CONTENU ET DES METHODES

A - L'ESSENTIEL DU CONTENU

B - L'ESSENTIEL DES METHODES

§ 2 : CONCEVOIR : C'EST DEGAGER LA PROBLEMA-  
TIQUE DE LA QUESTION

A - LE QUESTIONNEMENT

B - LE CHOIX DES INDICATEURS



## SECTION I

-----

### 266 LES ELEMENTS DE CONCEPTION

L'art du droit réside dans la manière de trouver une solution juridique à une difficulté née d'un conflit d'intérêts, entre des personnes et de trouver une qualification à un statut, de partager un bien, etc...

Mais pour concevoir cette solution, il faut pouvoir en dégager la problématique.

Donc, bien concevoir une solution juridique c'est dégager l'essentiel de son contenu et de ses méthodes (§ 1), et par voie de conséquence, c'est aussi en dégager la problématique (§ 2).

#### 267 § 1 : Concevoir une solution juridique c'est en dégager l'essentiel

Concevoir une solution juridique c'est faire appel à sa raison ou à son raisonnement juridique pour démêler le principal des connaissances et des raisonnements de leur accessoire.

Déterminons quels sont les contenus respectifs des connaissances : comment et selon quelles méthodes s'articulent les connaissances et les raisonnements juridiques (A) ? Avant de répondre à cette question, déterminons d'abord quel est l'essentiel du contenu respectif de ces connaissances et de ces raisonnements juridiques (B) ?

## 268 A - L'essentiel du contenu

269 a) **Le contenu des connaissances juridiques se limite à l'essentiel de chaque matière de droit que l'on peut puiser, grâce à des instruments de recherche, dans des ouvrages de droit de toutes sortes.**

270 b) **Le contenu des raisonnements juridiques**

Quant à **l'essentiel du contenu des raisonnements juridiques**, il a pour but **d'étayer une proposition** c'est-à-dire une solution possible grâce à des moyens constitués par plusieurs **modèles préconstitués de raisonnement**. Ces modèles de raisonnement juridique se traduisent, le plus souvent, par **une démarche intellectuelle** appuyée par une **argumentation** très solide.

Maintenant qu'on a déterminé le contenu des connaissances et des raisonnements juridiques, leur **mode d'articulation** consiste dans des propositions de méthodes.

## 271 B - L'essentiel des méthodes

272 a) **La méthode adoptée pour les raisonnements.**

Pour les raisonnements, la proposition de méthode consiste :

- 1 - à **correctement formuler la question (1) ;**
- 2 - **démontrer chaque solution, c'est-à-dire expliquer le pourquoi de la chose** en la démontrant car la **démonstration emporte la conviction ;**
- 3 - **Conserver un esprit critique, c'est-à-dire ne jamais oublier qu'en droit tout se discute.**

273 b) **La méthode adoptée pour les connaissances**

Pour les connaissances, la proposition de méthode consiste à **faire un choix**, qui, parce qu'il n'obéit à aucun critère, demeure la principale difficulté que doit affronter l'étudiant quand il veut apprendre, expliquer ou démontrer.

---

(1) Poser la question, c'est dégager le problème à résoudre, écarter les problèmes qui seront traités séparément et orienter, dans une certaine voie, la recherche de la solution.

L'autre méthode consiste à **avoir une vision complète**, c'est-à-dire qu'il faut **être capable de connaître et de reconnaître l'essentiel d'une solution juridique**. Cet essentiel c'est de **n'oublier aucune phase du chemin menant à la solution d'une situation juridique**. Il faut toujours avoir présent à l'esprit que la chaîne des connaissances va du principe à la règle générale, au droit individuel, à l'action, à l'exécution, etc...

Si l'essentiel pour le juriste est de concevoir la bonne solution juridique, pour y parvenir et mettre cet essentiel en relief, il faut **dégager la problématique de la question traitée**.

#### 274 § 2 : Concevoir une solution juridique, c'est en dégager la problématique

La problématique d'une question revêt une importance capitale. Elle doit nécessairement passer par deux phases successives : le questionnement (A) et le choix des indicateurs(B).

#### 275 A - Le questionnement

Ce qu'il y a de plus difficile, dans la recherche, ce n'est pas de trouver une solution, mais c'est de savoir poser une question.

Questionner c'est transformer le problème qui nous est soumis en une série de questions de plus en plus fines. Sur le plan pratique, au lieu d'écrire les idées sous la forme du style de l'indicatif, on les transforme et on les pose sous forme d'interrogations. En effet, "on commence au niveau de la question du thème dans son entier, puis on raffine, on descend dans un questionnement de plus en plus précis sous forme de sous-questions" (1). Quand on a posé toutes les questions nécessaires, on "examinera ensuite si les moyens dont on dispose permettent d'espérer pouvoir répondre à toutes interrogations" (1).

(1) Pascon (P.), "Conseils pratiques pour la préparation des mémoires et des thèses à l'usage des étudiants", in Recherches en Sciences Humaines, Editions Marocaines et Internationales, Tanger, 1981, p. 14.

276 B - Le choix des indicateurs

**Ce choix consiste à repérer, parmi toutes les questions posées, celles qui présentent le plus d'intérêt pour qu'on puisse en dresser les éléments les plus déterminants. Ces éléments sont les indicateurs, les indices et les faits qui méritent le plus d'attention et, de ce fait, doivent être cernés de plus près pour être mieux analysés et qualifiés.**

Si concevoir c'est dégager le contenu et les méthodes ainsi que la problématique de la question juridique, savoir exprimer celle-ci clairement et avec conviction, c'est aussi l'essentiel de la recherche.

## SOMMAIRE DE LA

### SECTION II

-\*-\*-\*-\*

#### LES ELEMENTS D'EXPRESSION

##### § 1 : BUT ET MOYENS DE TOUTE EXPRESSION JURIDIQUE

A - LE BUT DE TOUTE EXPRESSION JURIDIQUE EST DE CONVAINCRE

B - LES MOYENS DE CONVAINCRE SONT LA CLARTE ET LA LOGIQUE

##### § 2 : TECHNIQUES PARTICULIERES DE L'EXPRESSION ORALE

A - LES EXPOSES ORAUX D'INITIATION

B - LA SOUTENANCE D'UN MEMOIRE OU D'UNE THESE



## SECTION II

-----

### 277 LES ELEMENTS D'EXPRESSION

Toute expression d'une solution juridique, formulée par écrit, vise principalement un **but** et utilise pour cela des **moyens appropriés** (§ 1) mais on ne peut manquer de signaler que **l'expression orale**, pour atteindre le même but, **recourt à des techniques particulières** différentes de l'expression écrite (§ 2).

#### 278 § 1 : But et moyens de toute expression juridique

Exprimer une solution juridique consiste à **se faire comprendre et à convaincre**, par des **procédés de logique et de clarté**, les personnes qui vous lisent ou vous écoutent.

Quels sont donc le but (A) et les moyens de toute expression juridique (B) ?

#### 279 A - Le but de toute expression juridique est de convaincre

Que l'on écrive ou que l'on parle, on le fait toujours pour convaincre un interlocuteur. Celui-ci, destinataire de votre copie d'examen ou de votre exposé oral, juge ce que vous écrivez ou ce que vous dites. D'où, **tout l'intérêt qu'il y a à exprimer clairement les solutions déjà conçues**. Ce n'est qu'à ce prix que votre auditeur ou votre correcteur sera convaincu et vous suivra, avec aisance, aussi bien par **la clarté explicative** de vos connaissances que par **la force démonstrative de vos raisonnements**.

Quels sont, en matière d'expression, les moyens de convaincre ? **Clarté et logique** sont les deux moyens les plus importants.

## 280 B - Les deux moyens de convaincre sont la clarté et la logique

Les deux moyens essentiels de conviction sont la clarté (a) et la logique (b).

### 281 a) La clarté

**La clarté est un instrument efficace pour convaincre.** En effet, la clarté doit être le souci majeur de celui qui écrit ou parle : c'est le seul moyen de se faire comprendre. **La clarté c'est donc l'expression correcte** qui tient compte de la grammaire de la langue utilisée à l'écrit ou à l'oral. **La clarté, c'est aussi l'expression simple** qui essaie de ne pas se perdre dans des tournures et des expressions trop confuses.

La clarté c'est aussi également **soigner la présentation** du travail écrit ou oral autant du point de vue fond que du point de vue forme. Quant à l'autre arme de conviction, c'est la logique.

### 282 b) La logique

Utiliser des moyens logiques pour convaincre, **c'est amener le lecteur ou l'auditeur à la conclusion de ce que vous avez voulu proposer et faire admettre.** En effet, convaincre le correcteur ou l'auditeur de votre exposé écrit ou oral, c'est l'amener à accepter, logiquement, une conclusion et, non pas, la lui imposer.

Cette acceptation ne sera possible que si, dans vos raisonnements, **vous n'avez oublié aucune étape décisive** et que **tous vos enchaînements forment, eux-mêmes, un raisonnement solide.**

Le **plan**, instrument par excellence, **aide à présenter et à canaliser le raisonnement.** En effet, **présenter le raisonnement, c'est annoncer, à l'avance, les principales étapes** de ce que l'on exprime, c'est aussi **séparer les idées et les arguments qui articulent la démonstration.**

De même, **canaliser le raisonnement**, c'est **empêcher les retours en arrière, éviter les digressions** afin de centrer le développement sur le sujet traité.

Si les moyens de convaincre sont nécessaires pour l'expression écrite ou orale, l'expression orale utilise des techniques particulières.

### 283 § 2 : Techniques particulières de l'expression orale

L'expression orale utilise, avec nuance, des techniques particulières.

En effet, les mêmes genres d'exercices (commentaires de texte de loi, de jurisprudence, de doctrine, etc...) peuvent être présentés sous forme d'exposé écrit ou sous forme d'exposé oral.

L'**exposé oral** diffère selon qu'il s'agit d'une **épreuve orale**, d'un **exposé-discussion** de licence, d'une **soutenance d'un mémoire** de D.E.S. ou d'une **soutenance d'une thèse** de doctorat d'Etat en droit.

Les formes d'exposé oral consistent à prendre la parole devant un public plus ou moins restreint et plus ou moins spécialisé. Il s'agit souvent d'exposés oraux d'initiation (A) ou de l'exposé oral d'un haut niveau scientifique qu'on appelle soutenance (B).

#### 284 A - Les exposés oraux d'initiation

Cette variété d'exposés peut prendre la forme d'un **exposé de travaux dirigés** (a) **d'interrogation orale** (b) ou **d'exposé-discussion** (c).

#### 285 a) L'exposé des travaux dirigés

Les matières fondamentales en licence et en doctorat, sont des **matières à travaux pratiques** ou à **travaux dirigés**.

Ce genre d'exercice permet à l'étudiant de préparer les travaux pratiques ou les travaux dirigés comme il permet de le préparer à la vie juridique active. C'est l'occasion où il met en valeur ce qu'il a appris.

L'exposé est souvent fait dans un temps limité, ce qui oblige l'étudiant à se plier à une certaine méthode de présentation.

Dans l'exposé-oral, l'introduction doit être relativement développée. Elle doit contenir, en plus de la précision et de la situation du sujet et de son intérêt pratique, les indications historiques et l'annonce du plan.

La première partie doit contenir des développements plus importants que la seconde car ce sont les premiers développements que l'on écoute avec une plus grande attention.

La **conclusion doit être ramassée** : en effet, elle doit résumer rapidement les idées essentielles de l'exposé.

#### 286 b) L'interrogation orale

Le jour de l'examen oral, un temps vous est accordé pour préparer votre question. **Ce temps de réflexion est nécessaire** même si vous devez répondre sans préparation préalable. Ce temps de réflexion vous est utile pour **délimiter la question**. Vous devez *"chercher dans votre mémoire les passages du cours ou du manuel où cette question a été traitée et rassembler ainsi les éléments de votre réponse, enfin fixer le plan sommaire de vos explications"* (1).

L'oral permet de **vérifier et vos connaissances et votre formation générale en droit**. Donc, vous devez exposer clairement la question qui vous est posée avec **plan succinct mais bien charpenté**. Vos réponses doivent être logiques et argumentées. Pour y parvenir, **faites preuve de précision** en n'utilisant que les mots et expressions techniques du langage juridique.

#### 287 c) L'exposé-discussion

C'est aussi un exposé oral. En droit, l'étude d'un texte consiste à porter la réflexion sur deux choses : le commentaire ou l'analyse. En effet, le commentaire

---

(1) Mazeaud (H.), Méthodes générales de travail, Editions Montchrestien, 1977, p. 49.

**"consiste à adopter une démarche à la fois thématique et synthétique s'accompagnant d'une interprétation plus ou moins libre et plus ou moins personnelle alors qu'une analyse, au sens étymologique, est toujours la décomposition d'une chose en ses éléments, il est clair qu'un commentaire n'est digne de foi que dans la mesure où il repose sur une analyse préalable" (1).**

Le texte peut être un **dahir** régissant tout un **secteur de la vie sociale** par exemple le dahir régissant la propriété immatriculée ou le dahir régissant le statut personnel (2) ; ce texte peut être une **simple loi** ou un **simple article**, etc...

**L'analyse des textes juridiques n'accorde pas suffisamment d'importance à l'analyse stylistique et à l'analyse du discours** alors qu'elles peuvent énormément aider à la compréhension de **l'analyse du contenu**, genre qui a la part du lion en droit.

L'analyse ne s'acquiert qu'au prix d'un effort soutenu à accomplir les exercices où l'étudiant s'initie à une technique rigoureuse, à une démarche et à une approche personnelle.

L'analyse de texte, qu'on retrouve dans toutes les disciplines des sciences humaines est un genre qui marque de son cachet particulier la spécificité de la matière juridique.

**L'exposé-discussion** auquel est astreint l'étudiant marocain, en cours et en fin d'année de licence doit passer par quelques étapes essentielles : **la mise en situation, la recherche des mots à souligner, la recherche de la construction du texte, la recherche des intérêts du texte et la recherche du plan de l'analyse.**

---

(1) Sourieux (J.L.) et Lerat (P.), L'analyse de texte, méthodes générales et application au droit in Méthodes du Droit, Dalloz, 1980, p. 1.

(2) La Moudawwana.

lère étape : La mise en situation.

A ce premier stade, il faut **indiquer l'origine et la nature du texte juridique** (dahir, loi, règlement, etc...).

La deuxième étape consiste à **élucider les mots (1)** et les **concepts-clefs du texte juridique**.

La troisième étape reviendrait à **s'occuper de la construction du texte du point de vue typographique** (l'article est-il découpé en deux ou trois alinéas ?), **grammaticale** (mettre l'accent sur les marques normatives et les mots de liaison) et **logique** (quel genre de raisonnement utilise-t-on ?).

La quatrième étape correspond à la **recherche des intérêts du texte**. On peut, par exemple, se poser les questions sur l'intérêt de **l'origine** du texte, de sa **justification** et de son **domaine d'application**, etc...

La cinquième et dernière étape consiste à s'occuper de la **recherche du plan de l'analyse** c'est-à-dire savoir quelles sont les questions à poser (quand et qui ? où ? pourquoi et pour qui ? quoi et comment ?) et à **justifier le plan**.

## 288 B - La soutenance d'un mémoire ou d'une thèse d'un doctorat en droit

Il peut s'agir de la **soutenance d'un rapport de fin licence (2)**, d'un **mémoire de D.E.S.** ou de la **thèse de doctorat de 3e cycle** ou de la **thèse de doctorat d'Etat en droit**.

Le jour de la soutenance, soutenir une thèse c'est **défendre oralement**, devant un **jury** ce que vous avez déjà mis au point par écrit.

L'étudiant, sur le point de devenir docteur en droit, doit accomplir quelques **démarches préalables (a)**, **mettre**

(1) Sourieux (J.L.) et Lerat (P.) , p. 35.

(2) Prévu par les textes en vigueur actuellement.

en relief l'enjeu de la soutenance (b) et suivre quelques formalités pendant le déroulement de la soutenance (c).

### 289 a) Les démarches préalables

Parmi les opérations préalables, il faut présenter votre ouvrage achevé à votre directeur de thèse pour **obtenir l'approbation** de celui-ci et mettre au point avec lui, la **composition de votre jury**.

La soutenance est un moment important pour l'étudiant, il doit la préparer avec minutie. La soutenance n'est pas un examen avec des questions et réponses. **C'est un dialogue et une discussion**. Donc, vous devez avoir confiance en vous-même parce que vous êtes sur votre propre terrain.

Dans la soutenance, **on ne juge pas tellement le contenu du travail mais la manière dont vous vous comportez**.

### 290 b) L'enjeu de la thèse

**Le véritable enjeu de la soutenance c'est la manière dont vous obtiendrez votre diplôme**. Cela peut être l'occasion pour le jury de vous accorder la plus haute distinction ou l'occasion de vous accorder une mention quelconque.

Il s'agit donc de faire preuve que vous dominez vraiment votre sujet.

Evidemment, pour briller cela dépend largement du climat général dans lequel se déroule la soutenance.

### 291 c) Le déroulement de la soutenance de thèse

Le candidat a une vingtaine (1) de minutes pour faire son exposé. Ensuite est ouverte une longue discussion entre le candidat et les membres du jury.

---

(1) C'est le temps prévu dans la plupart des universités françaises, au Maroc, ce temps alloué peut aller jusqu'à une heure.

L'exposé doit faire apparaître, mais cela dépend de la nature et du genre du sujet, au moins les points suivants :

- "- pourquoi et comment vous avez choisi votre sujet, ce que vous en attendiez et ce que vous y avez trouvé ;**
- était-ce un bon sujet ? présentait-il des inconvénients imprévus ?**
- l'explication de l'orientation que vous avez prise et sa justification ;**
- l'indication (le cas échéant) d'autres manières de concevoir le sujet et les raisons qui expliquent le choix que vous avez fait ;**
- les difficultés particulières qui ont marqué vos recherches et l'enseignement que vous en avez tiré ;**
- les lacunes ou les insuffisances dont vous êtes, vous-même, conscient (pour en expliquer la raison et vous efforcer de prévenir d'avance les objections)" (1).**

Vous n'avez pas à résumer votre thèse mais vous pouvez en rappeler les grandes lignes. Vous rappelez également la démarche que vous avez suivie ; essayez d'en justifier à l'avance les défauts et mettre en valeur l'intérêt du sujet.

Vous devez également signaler, s'il y en a, les documents que vous avez découverts après achèvement de votre thèse. Comme il vous est recommandé de tenir compte de l'actualité et du lien qu'elle peut avoir avec votre sujet.

(1) Dreyfus (Simone), La thèse et le mémoire de doctorat en droit, 1ère édition : Armand Colin, Collection U, 1971, p. 336-337 ; 2ème édition, Cujas, 1984.

Ces travaux de thèse peuvent constituer le couronnement de votre vie d'étudiant ou ils peuvent être, si vous choisissez la carrière de chercheur ou d'enseignant-chercheur, le **point de départ d'une intense vie de recherche.**

**Les formes d'expression orale** peuvent vous aider, plus tard, à prendre la **parole en public**, soit en tant que **conférencier dans une faculté**, soit en tant qu'**orateur dans la vie politique.**



T I T R E I I

- - - - -

LES ELEMENTS STRUCTURANT LE FOND

## INTRODUCTION

---

### 292 LE DROIT EST LA SCIENCE OU L'ART DU DIALOGUE

La réflexion approfondie sur le phénomène juridique et sur ses méthodes nous amène à penser que **le droit est, fondamentalement, un état d'esprit** c'est-à-dire que le droit est **"conditionné par l'adoption d'une méthode de discussion ou de controverse adaptée"** (1).

L'important est de saisir que **le droit, dans sa substance, est la science ou l'art du dialogue** et que ce dialogue a ses propres techniques de raisonnement et sa propre logique juridique. Les juristes musulmans n'ont pas consacré d'ouvrages particuliers à la logique juridique comme c'est le cas en droit romain **des Topiques** de Cicéron, et plus tard vers le 16<sup>e</sup> siècle, de **la Dialectica legalis** de Hegenderphinus, du **De Logica Jurisconsulterum** de Freigius ou de **La Logica Juridica** de Schickhardus. La logique fait partie, chez eux, de **"la science des sources ou des principes du droit"** (Ilm Usul al-fiqh). Celle-ci comprend, outre la **logique juridique** et la **philosophie du droit**, **l'élaboration, l'abrogation, l'interprétation et l'application du droit** (2).

---

(1) Atias (Ch.) Progrès du droit et progrès de la science du droit, in Revue trimestrielle de Droit Civil, Décembre 1983, p. 699.

(2) Parmi les ouvrages des anciens Usulistes, on peut citer : Shafi'i (204h) al-Basri (436h) ; kitab al-Mu'tamad fi Usul al-fiqh ; édité par Hamidullah ; Damas, 1965 ; Ibn Hazm (456h) ; al-Ihkam fi Usul al-Ahkam, al-Djwaini (478h), al-Burhan fi Usul al-fiqh ; (manuscrit), al-Gasali (728h) ; al-kiyas fi al-Sar' al-Islami, en français par H. Laoust.

Les travaux modernes sont très rares en matière de logique juridique musulmane (1). La connaissance de la logique arabe ainsi que son histoire, en langues européennes, nous est devenue possible grâce aux travaux de Nicholas Rescher en anglais et A.-M. Goichon en français (2).

---

(1) A.S. El-Nashar : les méthodes chez les penseurs musulmans et leur critique de la logique aristotélicienne (en arabe), Le Caire, 1947 ; I, Madkour : L'Organon d'Aristote dans le monde arabe, thèse ès Lettres, Paris, 1934 ; notamment Ch. VII sur "La méthodologie aristotélicienne et les sciences théologiques et juridiques de l'Islam" ; R. Arnaldez : Grammaire et théologie chez Ibn Hazm, Paris, 1956, pp. 217-248 sur "La logique et les problèmes du droit musulman" ; Ch. Chehata : "Logique juridique et droit musulman", *Studia Islamica*, 1965, 23, pp. 5-25 ; H. Hanafi : Les méthodes d'exégèse, thèse ès Lettres, Paris, 1965 ; R. Brunschvig : "Logic and law in Classical Islam", in *Logic in Classical Islamic Culture*, pp. 9-20, éd. Otto Harrassowitz, Wiesbaden, 1970.

(2) Ces travaux sont cités dans l'étude de GI Deledalle : "La logique arabe et ses sources non-aristotéliennes", *les études philosophiques*, III, 1969, pp. 299-318. On peut ajouter à ces travaux celui de Madkour déjà mentionné et celui de F. Jadaane : L'influence du stoïcisme sur la pensée musulmane, thèse ès Lettres, Paris, 1968, dont le Ch. III traite de la logique aristotélicienne et stoïcienne chez les philosophes arabes.

Qu'il s'agisse, pour le juriste, d'**élaborer** une règle juridique ou qu'il s'agisse pour lui de l'**interpréter** (1) à partir de la **norme supra-juridique**, de la **norme juridique** ou de la **norme infra-juridique** (2), son **passage obligé** est le **dialogue** ou la **dialectique juridique** (3).

Qu'est-ce que la **dialectique juridique** (Chapitre I) ? Quel est son **objet** et quelles sont les **règles** qui la **régissent** (Chapitre II) ?

---

(1) Cf. notre article sur "L'adaptation entre l'interprétation et la qualification en droit marocain" in Revue Juridique et Politique, indépendance et coopération, I.D.E.F. n° 2, Avril - Juin 1984, E. Diena, pp. 233-244.

(2) Pour ce qui est de cette classification des normes en normes supra-juridiques (c'est-à-dire normes tirées du Coran), normes juridiques (c'est-à-dire ce qui correspond à la loi positive moderne actuelle) et normes infra-juridiques (c'est-à-dire l'ensemble des coutume et des normes extra-légales) cf. notre article, en préparation, sur "Nature et hiérarchie des normes en droit marocain".

(3) Berque (J.) dans son article "Une théorie musulmane de la normativité" in Revue juridique et politique, indépendance et coopération, I.D.E.F., n° 2, Avril - Juin 1984, pp. 674-679.

## CHAPITRE PREMIER

---

### 293 LA DIALECTIQUE JURIDIQUE

On commencera par une **définition** de ce qu'on entend par dialectique (Section I) ensuite on illustrera cette définition par les **oeuvres des grands maîtres** qui ont traité de la matière (Section II).



SOMMAIRE DE LA

SECTION I

-\*-\*-\*-\*

DEFINITION DE LA DIALECTIQUE JURIDIQUE

§ 1 : LE DROIT N'EST PAS LA LOI

A - QU'EST-CE QUE LE JUSTE ?

B - QUEL LANGAGE UTILISE-T-ON POUR DEFINIR  
LE DROIT ?

§ 2 : LA LOI N'EST PAS LA SEULE ORIGINE DU DROIT  
MUSULMAN

A - LA LOI DIVINE

B - LA LOI HUMAINE



## SECTION I

---

### 294 DEFINITION DE LA DIALECTIQUE JURIDIQUE

Pour qu'une dialectique juridique existe, pour qu'un dialogue s'établisse entre les juristes sur la solution à donner à un problème juridique, il faudrait au préalable faire une distinction capitale : la première, c'est que le droit n'est pas la loi (§ 1) et que la loi n'est pas la seule origine du droit (§ 2).

#### 295 § 1 : Le droit n'est pas la loi

Le droit, en Islam, se définit par rapport à la notion de justice ou de juste. A cet effet, les jurisconsultes musulmans utilisaient un langage spécifique. Qu'est-ce que le juste (A) ? Quel langage utilise-t-on pour définir le droit (B) ?

#### 296 A - Qu'est-ce que le juste ?

Le juste ne peut pas être confondu avec la règle juridique. **Le juste est un "être de pensée" c'est un statut, une condition à découvrir par le dialogue.** Il n'est pas donné à l'avance comme valeur objet mais c'est l'objet d'une controverse.

#### 297 B - Quel langage utilise-t-on pour définir le droit ?

Le langage musulman distingue la **lex** et le **jus**. La loi c'est **al kawaîd achchari'ya** ou **achchariâ** et le droit c'est **al'adl** ou **al haqq**, c'est-à-dire le **juste**. A ce propos, l'Islam connaît les **lois**, connaît les **normes** et il en fait usage. Mais le droit est à la fois le **fondement des normes juridiques et leur finalité**. Le **droit musulman** est, sur le plan juridique, plus important que la **loi** et il a un **domaine plus précis que celui de la loi**.

Le **droit musulman** était considéré comme l'objet d'un art, l'art de chercher par les juristes de l'Islam les rapports socialement justes en se laissant guider par les textes religieux et doctrinaux et surtout par l'observation des données réelles de l'ordre social extérieur. Les juristes se laissaient guider par les textes religieux et doctrinaux mais ces textes étaient multiples. Ils étaient plusieurs et ils ne constituaient pas la seule origine du droit.

## 298 § 2 : La loi n'est pas la seule origine du droit musulman

Pour expliquer le sens de cette observation je dirai que la pensée juridique islamique connaît deux espèces de lois : lois divines et lois humaines ou doctrinales.

### 299 A - La loi divine

Elle est contenue dans le Coran et dans la Sunna ou les traditions du prophète, qui est, en principe, la même valeur légale que le Coran. Cette loi divine est considérée, par certains, comme le fond à partir duquel on doit tirer toutes les solutions du droit. Mais ceci n'est pas vrai pour deux raisons principales : la première c'est que le Livre Saint est absolument insuffisant à cet égard. Les versets dont se sont servis les docteurs de l'Islam dans leur élaboration du droit sont au nombre de 500 dont il faut déduire toutes les prescriptions rituelles ; les versets qui intéressent le droit dans un sens général ne dépassent pas 200. Il y a donc, de ce point de vue, d'énormes lacunes. Certaines institutions fondamentales de l'Islam telles que celles du Cafifat, du bien foncier et du Wakf ou des habous n'y sont même pas mentionnées. Seule la matière du statut personnel contient des précisions un peu détaillées.

La loi divine n'est pas un code aussi parce que, même en ce qui concerne les matières réglementées, on ne peut y trouver, à leur propos aucune organisation complète, aucune théorie juridique plus ou moins élaborée. Les normes d'organisation sociale que contient la loi divine de l'Islam sont d'origine casuistique. Les textes sont révélés pour régler des cas particuliers, pour régler des problèmes précis qui étaient posés au prophète. Soulignons à ce propos que la loi divine dans la matière de l'organisation sociale donne parfois des solutions différentes dans des circonstances différentes.

Les versets de la loi divine concernant le droit avaient ainsi besoin d'être interprétés et essentiellement complétés. Les juristes les confrontaient l'une à l'autre, étudiaient les conditions de chaque cas, cherchaient la raison d'être de la révélation (Al'illa) pour trouver la solution la plus adaptée aux conditions du moment. Les auteurs parlent de ces versets comme étant la source du droit. Le concept même de source implique l'usage d'une méthode déductive. Mais dans la pensée classique, cette expression de sources n'est jamais mentionnée. Il s'agit, plutôt, de chercher les indications (Adillat Al Kokm), les indices des jugements. Ces indications (dont la recherche implique déjà une controverse sur leurs existences et leurs valeurs) se trouvent dans le domaine limité qui nous concerne à la fois dans les textes (qui sont souvent plusieurs) et dans les conditions concomitantes à la cause, c'est-à-dire au cas. Les règles divines concernant le droit devaient être interprétées par des autorités et cette interprétation dialectique ne comportait aucune observance nécessaire, n'avait aucune valeur absolue. Mais interpréter n'est-ce pas déjà parler de la doctrine, c'est-à-dire de la loi humaine.

### 300 B - La loi humaine

La loi humaine de l'Islam ou le Fikh avait donc pour but à l'origine l'intelligence, l'explication et l'interprétation de la Sharia, c'est-à-dire de la loi divine. Mais, heureusement, le rapport entre loi divine et loi humaine n'est pas toujours resté limité à un texte et à son interprétation dialectique. Ce rapport s'est beaucoup élargi dans l'histoire de l'Islam. C'est que l'Islam n'est pas toujours resté une simple religion cantonnée sur sa terre de révélation. L'Islam politique s'est étendu. Les foukahas ou juristes musulmans faisaient des recherches nouvelles pour trouver des solutions de droit non prévues par la loi divine mais qui restent néanmoins conformes à l'esprit de la religion musulmane. Ces solutions, on les cherchait dans les rapports sociaux de ce temps et surtout dans les coutumes qui étaient très souvent romaines, étant donné que l'Islam a repris plus ou moins les terres qui étaient jadis sous la domination de Rome. La méthode qui était utilisée pour découvrir l'immense partie du corpus juris de l'Islam la partie doctrinale, était également une méthode dialectique qui partait de l'observation

et des conditions du fait de chaque cas, qui cherchait la règle ou les règles applicables en faisant un choix entre plusieurs possibilités par l'établissement d'un dialogue entre les juristes spécialistes de la science du droit.

La loi positive autoritaire, qu'elle soit divine ou humaine, n'est pas la seule origine du droit musulman. Celui-ci a essentiellement pour source une recherche dans le réel ayant pour but de découvrir la solution la plus adaptée à une condition économique et sociale du moment c'est-à-dire la solution la plus juste.

Le droit musulman est autre chose que la loi de l'Islam et la loi positive n'est pas la seule origine du droit islamique. Voilà les deux thèses qui avaient permis le développement de la méthode de la controverse dialectique dans l'histoire juridique de l'Islam au Moyen Age.

SOMMAIRE DE LA

SECTION II

-\*-\*-\*-\*

LES OEUVRES DES GRANDS MAITRES

§ 1 : LA DIALECTIQUE OU LE "Jadal" CHEZ QUELQUES  
AUTEURS ANCIENS

A - LA DIALECTIQUE OU LE "Jadal" CHEZ ABOU ZEID  
ADDABOUSSI

B - LA DIALECTIQUE OU LE "Jadal" CHEZ IBN AQUIL

§ 2 : LA DIALECTIQUE OU LE "Jadal" CHEZ D'AUTRES  
AUTEURS

A - IBN KHALDOUN

B - GEORGE MAKDISI



## SECTION II

---

### 301 LES OEUVRES DES GRANDS MAITRES

Ceci dit, ce qu'il faudrait maintenant chercher ce sont les règles selon lesquelles les spécialistes de la science du droit pratiquaient cette méthode dialectique ; ce qu'il faudrait chercher c'est la structure même de l'art du dialogue tel qu'il est vu par les juristes de l'Islam. Deux grands auteurs de l'Islam médiéval du 11e siècle avaient écrit effectivement sur l'art du dialogue. A ce propos, parmi les auteurs qui ont pratiqué le dialogue ou la controverse ou le "jadal", on peut distinguer des auteurs anciens (§ 1) et des auteurs modernes et contemporains (§ 2).

#### 302 § 1 : La dialectique ou le "jadal" chez quelques auteurs anciens

Il s'agit d'Abou Zeid Addaboussi (A) et d'Ibn Aquil (B).

##### A - La dialectique ou le "jadal" chez Abou Zeid Addaboussi

Abou Zeid Addaboussi (1038 ou 1039 de l'ère chrétienne) fut le premier qui donna à la controverse une forme structurée. Il composa plusieurs ouvrages sur le droit et la théologie, son livre le plus important porte le titre de *usul al fikh* c'est-à-dire les bases de jurisprudence ou la principauté du droit.

##### 303 B - La dialectique ou le "jadal" chez Ibn Aquil

Le second auteur, dont l'oeuvre est parfois comparée avec celle de Saint Thomas d'Aquin est Ibn Aquil. Il a vécu de 1040 à 1119 de l'ère chrétienne. Ibn Aquil a touché à toutes les matières. Ses ouvrages les plus importants sont *Al jami'* c'est-à-dire "La Somme" et *Kitab Al Founoun* c'est-à-dire le "*Livre des arts*" qui montre comment on doit chercher la vérité par la méthode de la controverse dialectique.

304 § 2 : La dialectique ou le "jadal" chez d'autres auteurs

D'autres grands maîtres ont pratiqué le dialogue ou la controverse. Il s'agit d'Ibn Khaldoun (A) et de George Makdisi (B).

305 A - Ibn Khaldoun (1332 - 1406)

Le grand historien musulman Ibn Khaldoun traite de la controverse ou de la dialectique juridique dans un chapitre des Prolegomènes. Ce chapitre est intitulé : *"Des bases de la jurisprudence et de ce qui s'y rattache c'est-à-dire la science des matières controversées et de la dialectique"*.

306 B - George Makdisi

Cet éminent professeur traite de la dialectique juridique chez les auteurs musulmans au Moyen Age et démontre que **ceux-ci ont pratiqué l'art du dialogue**. Certes, cet art a pris naissance en Grèce, mais il a été développé chez les auteurs musulmans avant qu'il ne soit transmis à des auteurs tels : St Thomas d'Aquin, Abelard, Descartes et plus tard Marx, Henri Lefebvre, etc... L'article dans lequel George Makdisi traite de cet art est intitulé : *"The Scholastic method in medieval education : An inquiry into its origins in law and theology"* (1).

---

(1) Makdisi (George), "The scholastic method in medieval education : An inquiry into its origins in law and theology", in *Speculum*, a journal of medieval studies, vol. XLIX, octobre 1974, n° 4 ; The medieval Academy of America, Cambridge, Massachusetts.

## CHAPITRE II

---

### 307 OBJET ET REGLES DE LA DIALECTIQUE JURIDIQUE

Quel est l'objet de la dialectique juridique ? Quelles sont les règles fondamentales qui la régissent ? On va tenter de voir comment des auteurs comme Ibn Khaldoun (section I) et George Makdisi (section II) ont essayé de répondre à ces deux questions.



## SOMMAIRE DE LA

### SECTION I

-\*-\*-\*-

#### OBJET ET REGLES DE LA DIALECTIQUE JURIDIQUE CHEZ IBN KHALDOUN

##### § 1 : L'OBJET DE LA DIALECTIQUE JURIDIQUE

- A - LA DIALECTIQUE EST L'ART DE LA DISCUSSION
- B - LA DIALECTIQUE SERT A DECOUVRIR LE DROIT

##### § 2 : REGLES DE LA DIALECTIQUE JURIDIQUE

- A - LA PREMIERE REGLE
- B - LA DEUXIEME REGLE



## SECTION I

---

### 308 OBJET ET REGLES DE LA DIALECTIQUE JURIDIQUE CHEZ IBN KHALDOUN

Comment cet éminent auteur a-t-il traité de l'objet (§ 1) et des règles (§ 2) de la dialectique juridique ?

#### 309 § 1 : L'objet de la dialectique juridique

La dialectique est, pour notre auteur, un art bien établi chez les Arabes. C'est la connaissance des principes qui déterminent les limites et les règles à observer dans la présentation d'arguments destinés à défendre une thèse ou à la combattre. La dialectique c'est l'art du dialogue en vue de découvrir essentiellement des solutions du droit.

#### 310 A - La dialectique est l'art de la discussion

L'objet de la dialectique est, selon Ibn Khaldoun, dans *la controverse ou les matières controversées*", dit-il : *"Faisons observer que la jurisprudence, science fondée sur des indications tirées des textes de la loi, offre de nombreuses questions sur la solution desquelles les docteurs ne sont pas d'accord. Ce défaut d'accord prit avec le progrès de l'Islamisme, une extension énorme. Toutes les questions de droit donnèrent lieu à des controverses et chaque partie de la jurisprudence amena des discussions..."* (1).

---

(1) Ibn Khaldoun, *Prélogomènes*, traduction de Slane, p. 36.

311 B - La dialectique sert à découvrir le droit

Ibn Khaldoun pense que la **connaissance des controverses** qui avaient opposé les grandes écoles à trouver l'histoire est une chose utile pour le développement même de la science juridique c'est à son avis ***"une science extrêmement utile parce qu'elle nous fait connaître les sources où les Imams (les docteurs) ont puisé et les preuves qu'ils ont employées, et parce que les personnes qui l'ont étudiée se trouvent en mesure de produire de bons arguments pour la défense des doctrines qu'ils veulent faire prévaloir"***.

Ainsi, la controverse dialectique est un art utile aussi bien quand il s'agit de découvrir le droit que quand il s'agit de développer sa connaissance. C'est un art utile mais ce n'est pas un art libre. Ces contours doivent être, au préalable, bien précisés.

312 § 2 : Les règles de la dialectique juridique

Les développements d'Ibn Khaldoun ne sont pas très riches sur ce point. Il ne cite dans son ouvrage que deux règles, sans doute à titre d'exemple, et y passe même rapidement pour s'occuper d'autres matières dans son immense encyclopédie historique.

313 A - La première règle

La première règle citée porte sur le **choix du texte ou de l'autorité qui sera à la base de l'établissement de la solution de justice**. Ibn Khaldoun demande ici à ceux qui pratiquent la méthode dialectique d'accorder une attention particulière au choix de la règle qui sera considérée comme le fondement du droit... Il parle des **normes coraniques, des règles de la tradition du prophète, de celles proposées par les autorités scientifiques, par le consensus général et même de celles posées par la déduction analogique**.

Le texte choisi doit avoir une valeur juridique. Il doit être **relevant, c'est-à-dire pertinent, en rapport avec le problème posé, il doit être proposé par une autorité reconnue par la science juridique de l'Islam**.

La dialectique musulmane est plutôt **élitiste qu'égalitaire**. Il n'est pas donné à tout le monde de pratiquer cet art.

#### 314 B - La deuxième règle

La deuxième règle citée par Ibn Khaldoun est également exigeante. Le dialectique doit être également un très bon linguiste : *"Il y a ensuite, l'obligation d'examiner la signification des mots..."* (1).

L'auteur qui s'est intéressé plus qu'Ibn Khaldoun à dégager les règles de la dialectique c'est George Makdisi dans son article cité plus haut.

---

(1) Ibn Khaldoun, *Préligomènes*, traduction de Slane, p. 28.



SOMMAIRE DE LA

SECTION II

-\*-\*-\*-\*

OBJET ET REGLES DE LA DIALECTIQUE JURIDIQUE  
CHEZ GEORGE MAKDISI

§ 1 : L'ORIGINE DE LA METHODE SCOLASTIQUE

- a) LA METHODE "DU POUR ET DU CONTRE"
- b) LE DIALOGUE ENTRE DIFFERENTES AUTORITES

§ 2 : LA DIALECTIQUE COMME METHODE DE LA DECOU-  
VERTE DU DROIT OU DE LA JUSTICE

- a) POSITION DE LA CAUSE
- b) RASSEMBLEMENT DES AUTORITES
- c) ANALYSE ET CRITIQUE DU LANGAGE
- d) CONCLUSION



## SECTION II

---

### 315 OBJET ET REGLES DE LA DIALECTIQUE JURIDIQUE CHEZ GEORGE MAKDISI

Quelle est pour cet auteur, l'origine de la méthode scolastique et quel est l'objet principal de la méthode qui permet de découvrir le bon droit ou la justice ?

L'article du professeur Makdisi est très intéressant et mérite d'être lu par ceux qui s'intéressent à la méthode dialectique que M. Makdisi appelle *the scholastic method*. L'auteur résume lui-même d'ailleurs ces propos dans l'introduction de son article *"Je désire montrer dans les pages qui suivent que la méthode scolastique fut déjà un produit bien développé de l'expérience de l'enseignement islamique bien avant qu'elle commence à se développer en Europe et que ce n'était ni la philosophie ni la théologie mais le droit qui avait fourni les éléments de base constitutifs de cette méthode dans l'est et l'ouest sur les deux rives de la méditerranée"* (1).

Deux thèses ressortent de la présentation de l'auteur.

La première concerne l'origine de la méthode scolastique (§ 1). La seconde, son objet principal qui est la découverte du droit ou de la justice (§ 2).

#### 316 § 1 : L'origine de la méthode scolastique

La méthode scolastique est à la fois pour notre auteur une méthode de présentation et une façon de penser le monde. Elle se trouve dans ses formes les plus achevées dans la Somme théologique de St Thomas d'Aquin.

---

(1) Makdisi (G.), *Speculum*, a journal of medieval studies, vol. XLIX, octobre 1974, n° 4, p. 640.

Celui-ci divise son ouvrage en **parties**, les parties en **questions** et les questions en **articles**. Chaque article commence, à son tour, par la formulation d'une question suivie par des arguments négatifs puis des arguments positifs et enfin une conclusion qui tient compte de tous les arguments déjà soulevés.

Mais avant d'arriver à Saint Thomas, cette méthode peut être trouvée dans une forme moins complète dans "**le pour et le contre**" d'Abélard, ouvrage écrit au 12e siècle (Abélard est mort en 1142) et même dans l'oeuvre de Ivan de Chartres, mort en 1116 c'est-à-dire avant Abélard.

Mais bien avant Abélard et Ivan de Chartres, le juriste musulman **Ibn Aquil** (1040 - 1119) **aurait trouvé**, aux dires de M. Makdisi avant même que les traductions d'Aristote arrivent au monde occidental, c'est-à-dire avant le 12e siècle **tous les éléments constitutifs de la méthode dialectique** que l'on fait remonter souvent à Saint Thomas et à Abélard. Les éléments constitutifs sont :

317 a) La méthode du "pour et du contre"

318 b) Le dialogue entre différentes autorités

Cette méthode scolastique n'est autre que la méthode de la controverse ou de la dialectique.

319 § 2 : La dialectique comme méthode de découverte du droit ou de la justice

La deuxième thèse de M. Makdisi concerne l'**application de cette méthode sur le droit**. Ibn Aquil était juriste et il était aussi comme Saint Thomas professeur c'est à propos de son enseignement du droit qu'il a construit sa méthode qui est très proche de celle de Saint Thomas. M. Makdisi écrit : "**C'est ainsi que se présentait la méthode d'Ibn Aquil qui ressemblait fort bien à celle de Saint Thomas**" (1). Il reprend en détail l'analyse des règles des deux méthodes qui peuvent se résumer ainsi :

(1) Makdisi (G.), *Speculum*, p. 648.

- 320 a) position de la cause
- 321 b) rassemblement des autorités
- 322 c) analyse
- 323 critique du langage
- 324 d) et enfin conclusion

Sur le plan de la méthode, les deux auteurs sont très proches l'un de l'autre. Il en est de même pour leur pensée sur le droit.

**325** On peut dire que la méthode dialectique fut essentiellement dans l'histoire de la civilisation islamique une méthode juridique. C'est une méthode qui présuppose que la justice ne s'impose en principe pas par une loi sociale ou une loi humaine. **La justice est une recherche qui se fait à plusieurs, qui se fait par la controverse et qui est à faire éternellement.**

Comme, toutes les civilisations, la civilisation islamique a été influencée par d'autres civilisations. Elle a été influencée par la civilisation grecque. Beaucoup parlent aujourd'hui de néo-platonisme des philosophes de l'Islam et de l'influence du stoïcisme sur la structure de la pensée islamique. Mais, **sur le plan du droit et de la méthode de formation du droit, l'influence serait plutôt aristotélicienne.** L'Islam juridique a été influencé par l'aristotélisme et il a transmis le message à la pensée chrétienne.

On a, dit-on, fermé la porte de l'Ijtihad et arrêté la recherche créatrice en sacralisant les sources de la justice. Les disciples n'avaient rien d'autre à faire depuis l'époque abbasside que de développer les thèses de leurs maîtres. Le dialogue est devenu monologue et la justice n'est aujourd'hui autre chose que la dictée des législateurs anciens et modernes.

Un langage nouveau pénètre l'ossature de la civilisation islamique celui de la philosophie juridique moderne : **démocratie, socialisme, contrat social, droits de l'homme, etc...** Ce langage suppose bien une philosophie, il présuppose une méthodologie politico-juridique qui n'est pas dialectique.

Mais le monde islamique cherche tout de même à retrouver son identité. L'espoir c'est qu'il la retrouve **en réhabilitant le dialogue, la recherche libre de l'équité et de la justice.**

## CONCLUSION

**326** Pour acquérir les éléments fondamentaux de la science juridique, il faut, avant tout, **acquérir l'outil méthodologique**. La maîtrise de cet outil ne peut s'obtenir qu'au prix d'un perfectionnement et une pratique constante des divers exercices d'assimilation et de recherche en droit.

Pour pénétrer l'esprit du droit, pénétrer la logique des normes juridiques et saisir le sensible et l'intelligible, le donné et le pensé de la science juridique, il faut développer l'art du dialogue juridique c'est-à-dire la discussion systématique des arguments avancés pour et contre chaque cas à résoudre ou chaque solution à appliquer. L'adoption de la méthode du dialogue en droit est une méthode et une démarche véritablement scientifique.

La méthode du dialogue juridique ou dialectique *"n'est pas cette dialectique qui aboutit à la destruction des arguments de l'une ou de l'autre thèse, ni à leur dénaturation". "L'objectif à atteindre est de retenir la part de vérité contenue dans chacune des thèses opposées. C'est pourquoi, on parle, non pas de dialectique mais de dialogique c'est-à-dire d'association de deux logiques différentes, la dialectique s'instaure notamment, en matière juridique, entre l'individuel, - la justice de la répartition à réaliser entre deux individus dans une espèce donnée, - et le social, - cette autre "justice" dont la société a besoin pour son équilibre et sa survie. Le propre du droit est d'être en balance entre la justice rendue à une personne, créancier, débiteur, propriétaire,... et les conséquences ultérieures de la solution retenue"* (1).

(1) Atias (Ch.), Progrès du droit et progrès de la science du droit, in Revue trimestrielle de Droit Civil, décembre 1983, pp. 669-700.



## INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

**Abréviations** : 37

**Analyse** :

- de texte juridique : 187-192

**Arguments** :

- d'ordre législatif : 146

- rationnels : 147

- doctrinaux : 148

**Arme méthodologique** : 14

**Art** :

Le droit est -- du dialogue : 292

**Auteurs** :

Addaboussi : 302

Dreyfus : 247

Ibn Khaldoun : 305, 308-314

Makdisi : 306, 315-325

Saint Thomas d'Aquin : 316

**Bibliographie** : 223-236

Collecte des références : 225

Sources traditionnelles : 226

**Cas** :

- pratiques : 193-210

- concrets : 195-196

**Chapitre** : 259

**Cheminement** : 13

**Choix** :

Accord du directeur : Voir ce mot

- du directeur : 218-222

- de la discipline : 221

- des indicateurs : 276

- du sujet : 213

Consultation du directeur : 222

Faire un -- : 15

**Clarté** : 279-281

**Commentaire** : 166-186

- d'un texte de loi : 167
- d'une décision de justice : 181-186
- d'arrêt : 181

**Concevoir** :

- une solution juridique : 267-276

**Conclusion** : 165, 210-326

Voir aussi **Transition**

**Connaissances juridiques** : 9-10

**Consultation juridique** : 197-210

**Controverse** : 26, 292

Généralités : 198

Règles de forme : 199

Contenu de la -- : 26, 292

Voir aussi **Dialogue, Dialectique juridique**

**Définition** :

- du sujet : 216
- de la notion : 216
- du concept : 216

**Démarche** :

- anglaise : 19
- rationaliste : 22
- intellectuelle : 18, 20
- chez Ibn Khaldoun : 308-314

**Dialectique juridique** : 19, 292-326

Définition de la -- : 294

Méthode de la -- : 300

Objet et règles de la -- : 307-326

**Dialogue** :

Le droit est l'art du -- : 292

**Dialogique** : 326

**Dissertation juridique** : 119

Phase de prospection de la -- : 120-128

Délimitation du champ du sujet : 120

Lecture attentive : 121

Réflexion attentive : 122

Détermination des secteurs à explorer : 123

Liste des institutions juridiques concernées : 124

- Problème fondamental : 125
  - Idées générales : 126
  - Intérêt en présence : 127
  - Différentes solutions juridiques susceptibles d'être apportées au problème soulevé : 128
  - Phase de construction de la -- : 129-133
  - Lien du plan et de l'introduction : 130
  - Choix du plan : 131
  - Construction des parties : 132
  - Articulation des parties : 133
  - Phase de rédaction : 134-165
- Directeur de thèse** : 218-222
- Choix du -- : 218
  - Rôle du -- : 219-222
- Discours** :
- juridique : 106-107
- Doctorat** : 153-183
- Documentation** :
- marocaine de langue arabe : 48-66
  - marocaine de langue française : 67-93
- Accès à la -- : 46
- Inventaire de la -- : 47
- Exploitation de la -- : 94
- Droit comparé** :
- Référence au -- : 148
- Enchaînements** : 12, 16, 133, Voir **Transitions**
- Entrevue** : Voir **Directeur de thèse**
- Exposé** : 283-291
- oral d'initiation : 284
  - des travaux dirigés : 285
  - discussion : 287
- Esprit critique** : 251
- Expression** :
- Buts et moyens de toute -- : 278-282
  - Éléments d'-- : 255, 277-291
  - Techniques d'-- : 283-288

**Fiches :**

- Contenu matériel d'une -- : 177
- de lecture : 110
- Mots-clés : Voir ce mot

**Généralités :**

- Consultation juridique : 198

**Historique :**

- Arguments -- : 149

**Instrument opératoire : 17**

**Introduction : 135**

- Buts de l'-- : 136-143
- Éléments à utiliser dans l'-- : 144-150
- Lien du plan avec l'-- : 130
- Présentation des divers éléments de l'-- : 151
- Voir aussi **Transition**

**Interprétation : 292**

**"Jadal" : 302-304**

**Jury : Voir Soutenance**

**Juste : 296-297**

**Lecture :**

- en droit : 104
- Technique de -- : 105

**Logique : 279-282**

- rationnelle : 29
- déontique : 30

**Loi :**

- divine : 299
- humaine : 300

**Méthode : 1**

- d'assimilation et de recherche en droit : 1-276
- d'acquisition des connaissances : 8
- scolastique : 316-318
- du "pour et du contre" : 317
- de découverte du droit : 319

**Mots :**

- clefs : 121-122
- techniques : 12

Voir **Notions-clefs**

**Notes :**

- Exploitation des -- : 113-116
- Prise de -- : 32, 35
- Résumé : 38-44
- Voir aussi **Fiches**

**Notions-clefs :**

- Repérer les -- : 12

**Objectifs :**

- Clarté : 279-281

**Paragraphe : 1, 3-7**

- technique : 259
- Qu'est-ce qu'un -- : 256
- Contenu externe du -- : 257
- Contenu interne du -- : 262-264
- Division des -- : 159-163
- Subdivision des -- : 164

**Partie : 158-164****Pédagogie : 1****Plan :**

- Annonce du -- : 157
- Choix du -- : 131
- Importance du -- : 133
  - logique : 282
- Réussir le -- : 250

**Précision : 239-241****Prise :**

- de notes de cours : 32-35
- Fond de la -- de notes : 36
- Forme de la -- de notes : 37
- Différentes sortes de -- de notes : 113-116
- Comment prendre des notes : 112

**Problématique : 252-274**

**Qualification :**

Opération de -- : 176

**Questionnement :** 275

**Raisonnements juridiques :** 9, 17, 159, 270-279

**Recherches :** 211

Directeur des -- : Voir **Directeur de thèse**

Exploitation de la documentation : 94

Méthode de -- : 118-252

- approfondies en doctorat : 211-254

**Références :** 150

Abréviations : Voir ce mot

Bibliographie : Voir ce mot

Classement : Voir **Bibliographie**

- au droit comparé : 148

- à l'histoire : 149

**Résumé :**

Technique de -- : 38-44

**Science :**

Le droit est la -- du dialogue : 292

**Soutenance :** 288-291

Démarches préalables : 289

Déroulement de la -- : 291

Enjeu de la -- : 290

- d'une thèse : 288

Préparation de la --

**Structure :**

- de fond : 292-325

- de forme : 255-291

- des textes de lois : 108

- des décisions de justice : 109

Autres éléments de la -- : 265-291

**Style :**

Transitions : Voir ce mot

**Subdivisions**

Equilibre des -- : 164

**Sujet :**

Approbation du -- : 222

Choix du -- : 215

Délimitation du -- : 120-122, 216

**Syllogisme** : 19

**Table** :

- alphabétique des matières: 87
- Voir aussi **Index alphabétique**

**Thèse** :

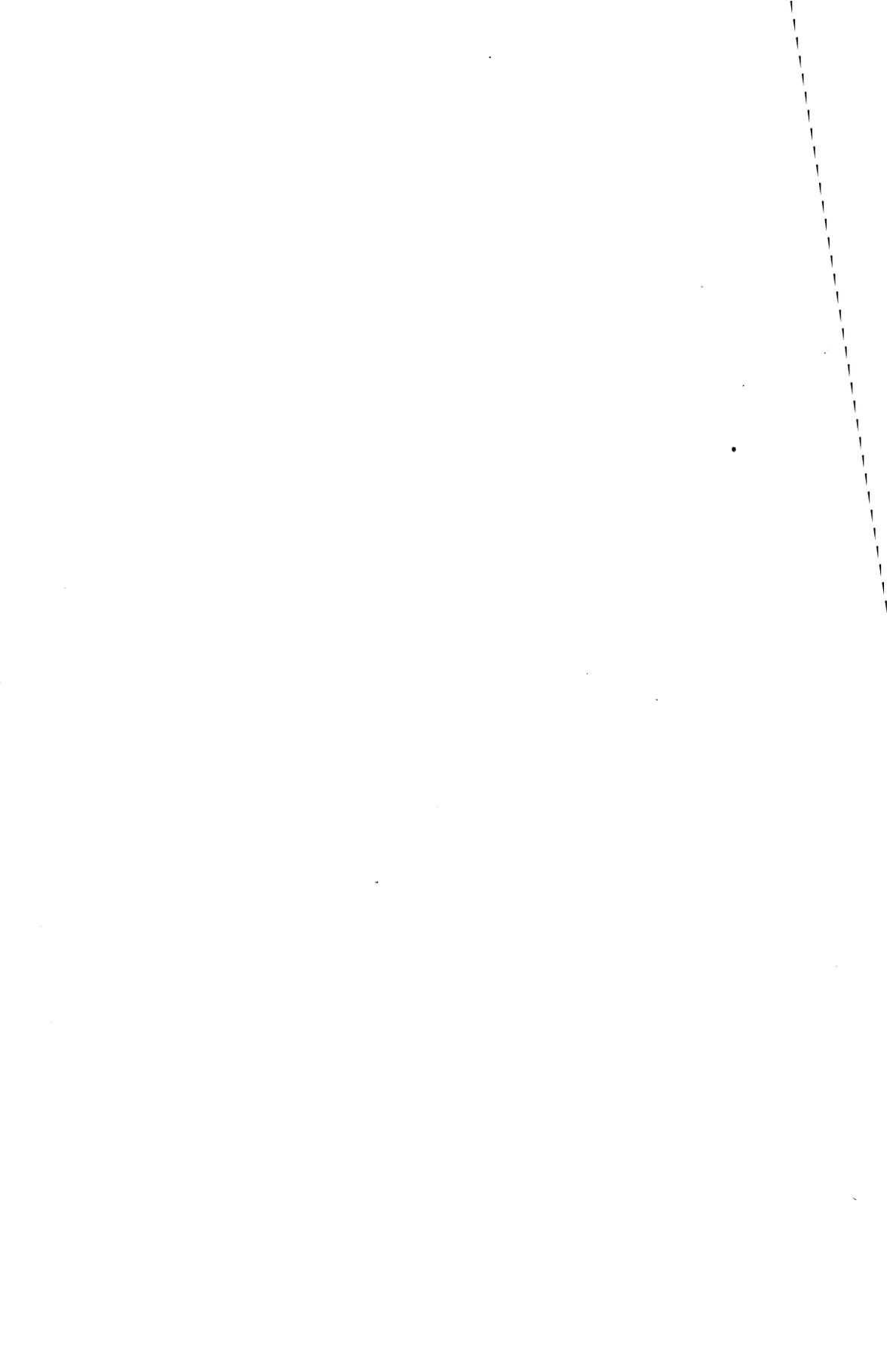
- Directeur de -- : Voir ce mot
  - Soutenance : Voir ce mot
- Voir aussi **Sujet, Références**

**Transitions** : 133

**Travail** : 3

- à l'échelle du paragraphe : 3
- de comparaison : 243
- d'harmonie et de cohérence : 244
- d'imagination : 242
- de précision : 239
- de présentation : 245-251
- de réflexion : 238-244

Outil de -- : 7



## TABLE DES MATIERES

(Les chiffres renvoient aux numéros des pages)

R.R.J. 1984-3

PLAN DE L'OUVRAGE .....	571
PREFACE .....	575
AVANT-PROPOS .....	581
INTRODUCTION .....	585
<b>PREMIERE PARTIE</b>	
<b>LES ELEMENTS FONDAMENTAUX D'ASSIMILATION EN DROIT .....</b>	<b>589</b>
<b><i>TITRE PREMIER - LA MATIERE PREMIERE JURI- DIQUE A ACQUERIR .....</i></b>	<b>593</b>
<b>CHAPITRE I - Les éléments essentiels à acquérir .....</b>	<b>595</b>
<b>SECTION I - Les connaissances juridiques .....</b>	<b>599</b>
<b>§ 1 - La substance moelle des connaissances           juridiques .....</b>	<b>599</b>
A - Repérer l'essentiel .....	599
B - Où déceler les éléments essentiels des connaissances juridiques .....	600
<b>§ 2 - L'arme méthodologique .....</b>	<b>601</b>
A - Faire un choix .....	601
B - Avoir une vision globale des choses.....	601
<b>SECTION II -Les raisonnements juridiques .....</b>	<b>607</b>
<b>§ 1 - La démarche intellectuelle marocaine .....</b>	<b>608</b>
A - D'inspiration occidentale notamment française .....	608

B - D'inspiration musulmane .....	609
§ 2 - L'argumentation juridique marocaine .....	610
A - D'inspiration musulmane .....	611
B - D'inspiration française .....	612
<b>CHAPITRE II - Les procédés pratiques d'acquisition ....</b>	<b>615</b>
<b>SECTION I - La technique de prises de notes de</b> <b>cours .....</b>	<b>619</b>
§ 1 - Les impératifs préalables .....	619
A - L'assiduité aux cours .....	619
B - La pratique régulière de l'exercice de prise de notes .....	620
§ 2 - La présentation des notes .....	620
A - Le fond des prises de notes .....	620
B - La forme des prises de notes .....	620
<b>SECTION II - La technique du résumé .....</b>	<b>625</b>
§ 1 - Résumer, c'est assimiler et condenser .....	625
A - Résumer, c'est assimiler par étapes .....	625
B - Résumer, c'est assimiler intégralement.....	626
§ 2 - Résumer, c'est aussi développer avant de condenser .....	627
A - Développer, c'est clarifier .....	627
B - Développer, c'est scruter les détails avec esprit critique .....	627
<b>TITRE II - LA DOCUMENTATION JURIDIQUE .....</b>	<b>629</b>
<b>CHAPITRE I - L'accès à la documentation juridique ....</b>	<b>631</b>
<b>SECTION I - L'inventaire de la documentation</b> <b>juridique .....</b>	<b>635</b>
§ 1 - La documentation marocaine en langue arabe .....	635

A - Documents de fond .....	635
a) Les écrits musulmans de base .....	635
b) Les écrits universitaires actuels .....	640
B - Documents de méthode .....	641
C - Revues et recueils de jurisprudence .....	642
<b>§ 2 - La documentation marocaine en langue française .....</b>	<b>643</b>
A - Documents de fond .....	643
a) Les écrits européens de droit musulman .....	643
b) Traités, manuels et cours universitaires actuels .....	644
B - Documents de méthode .....	646
a) Pour la période coloniale .....	646
b) Pour la période actuelle .....	646
C - Documents de droit marocain .....	646
a) Revues .....	646
b) Manuels et traités .....	647
c) Recueils de jurisprudence .....	647
d) Recueils de textes et codes commentés .....	647
D - Documents de droit français (droit privé) ....	647
a) Grands traités .....	647
b) Cours de Paris .....	648
c) Manuels .....	648
d) Revues et recueils de jurisprudence.....	649
e) Recueils de textes .....	650
f) Dictionnaires, encyclopédies et répertoires .....	650
g) Guides de travail et ouvrages de méthode....	650
<b>SECTION II - L'exploitation de la documentation juridique .....</b>	<b>655</b>
<b>§ 1 - Les ouvrages importants du droit .....</b>	<b>655</b>
A - Les ouvrages généraux .....	655
B - Les ouvrages spécialisés .....	656
<b>§ 2 - Les textes .....</b>	<b>657</b>
<b>§ 3 - Les recueils de jurisprudence .....</b>	<b>657</b>

<b>CHAPITRE II - La lecture en droit .....</b>	<b>659</b>
<b>SECTION I - La technique de lecture des textes juridiques .....</b>	<b>663</b>
<b>§ 1 - Les composantes du discours juridique .....</b>	<b>663</b>
<b>§ 2 - La spécificité du discours juridique .....</b>	<b>664</b>
A - La structure des textes de loi .....	664
B - La structure des décisions de justice .....	664
<b>SECTION II - L'établissement d'une fiche de lecture..</b>	<b>669</b>
<b>§ 1 - Comment relever les références .....</b>	<b>670</b>
<b>§ 2 - Comment prendre des notes .....</b>	<b>670</b>
A - Les différentes sortes de prises de notes....	671
B - Le contenu matériel de chaque fiche.....	671
 <b>DEUXIEME PARTIE</b> <b>LES ELEMENTS FONDAMENTAUX DE LA RECHER -</b> <b>CHE .....</b>	
	<b>673</b>
 <b>TITRE PREMIER - LA RECHERCHE D'INITIATION</b> <b>EN LICENCE .....</b>	
	<b>677</b>
<b>CHAPITRE I - La dissertation juridique .....</b>	<b>679</b>
<b>SECTION I - La phase de prospection .....</b>	<b>683</b>
<b>§ 1 - Délimitation du champ du sujet .....</b>	<b>683</b>
A - La lecture attentive .....	683
B - La réflexion attentive .....	683
<b>§ 2 - Détermination des secteurs à explorer .....</b>	<b>684</b>
A - Dresser la liste des institutions .....	684
B - Dégager le problème fondamental .....	684
C - Dégager les idées générales .....	684
D - Déterminer les intérêts en présence .....	684
E - Réfléchir aux différentes solutions .....	685

<b>SECTION II -La phase de construction .....</b>	689
<b>§ 1 - Lien du plan et de l'introduction .....</b>	689
<b>§ 2 - Choix du plan .....</b>	689
A - Construire les parties .....	690
B - L'articulation des parties .....	690
<b>SECTION III - La phase de rédaction .....</b>	693
<b>§ 1 - L'introduction .....</b>	693
A - Buts de l'introduction .....	693
B - Éléments à utiliser dans l'introduction.....	694
C - Présentation des divers éléments de l'introduction .....	696
<b>§ 2 - Les parties .....</b>	696
A - Les divisions .....	696
B - Les subdivisions .....	697
<b>§ 3 - La conclusion .....</b>	697
<b>CHAPITRE II - Les autres variétés d'exercices juridiques .....</b>	699
<b>SECTION I - Les commentaires de textes juridiques..</b>	703
<b>§ 1 - Le commentaire d'un texte de loi .....</b>	703
A - Situer le texte .....	704
a) La place du texte de loi .....	704
b) La qualité du texte de loi .....	705
B - Critique du texte .....	705
a) Les renseignements tirés du texte .....	705
b) Les autres sources d'information .....	707
<b>§ 2 - Le commentaire d'une décision de justice (dont le commentaire d'arrêt) .....</b>	708
A - Démarche préalable .....	708
B - Analyse du texte .....	709

<b>SECTION II - Les cas pratiques .....</b>	<b>715</b>
<b>§ 1 - Quelques règles générales sur les cas pratiques .....</b>	<b>715</b>
A - Les cas concrets .....	715
B - Les difficultés .....	715
<b>§ 2 - La consultation juridique .....</b>	<b>716</b>
A - Généralités .....	716
B - Règles de forme .....	716
C - Contenu de la consultation .....	717
<b>TITRE II - LA RECHERCHE APPROFONDIE EN DOCTORAT .....</b>	<b>721</b>
<b>CHAPITRE I - Les opérations préalables à la réalisation de la thèse .....</b>	<b>723</b>
<b>SECTION I - Le choix du sujet et du directeur de thèse .....</b>	<b>727</b>
<b>§ 1 - Le choix du sujet .....</b>	<b>727</b>
A - Définir le sujet .....	727
B - Délimiter le sujet .....	728
<b>§ 2 - Le choix du directeur de thèse .....</b>	<b>728</b>
A - Critères du choix du directeur .....	728
B - Périodicité des consultations du directeur....	729
<b>SECTION II - La constitution d'une bibliographie .....</b>	<b>733</b>
<b>§ 1 - La détermination du champ de recherche ....</b>	<b>733</b>
<b>§ 2 - La collecte des références .....</b>	<b>734</b>
A - Les sources traditionnelles .....	734
B - Les sources modernes informatisées .....	736
<b>§ 3 - La mise en ordre des éléments bibliographiques .....</b>	<b>737</b>
A - Les questions de fond .....	737
B - Les questions de forme .....	737

<b>CHAPITRE II - Les opérations indispensables à la réalisation de la thèse .....</b>	<b>739</b>
<b>SECTION I - Le travail de réflexion .....</b>	<b>743</b>
<b>§ 1 - Le travail de précision .....</b>	<b>743</b>
A - Précision des concepts et des méthodes de raisonnement .....	743
B - Précision dans l'examen des règles et des institutions juridiques .....	744
<b>§ 2 - Le travail d'imagination .....</b>	<b>744</b>
A - Un travail de comparaison .....	744
B - Un travail d'harmonie et de cohérence.....	744
<b>SECTION II - Le travail de présentation.....</b>	<b>747</b>
<b>§ 1 - Une certaine présentation de forme .....</b>	<b>747</b>
A - S'inspirer de l'ouvrage de Simone Dreyfus....	747
B - Perfectionner le modèle choisi .....	748
<b>§ 2 - Quelques recommandations de fond.....</b>	<b>748</b>
A - Réussir le plan .....	748
B - Ne pas se départir de l'esprit critique .....	749

R.R.J. 1985-1

### TROISIEME PARTIE

<b>LES ELEMENTS FONDAMENTAUX STRUCTURANT TOUTE PENSEE JURIDIQUE .....</b>	<b>11</b>
---	-----------

<b>TITRE PREMIER - LES ELEMENTS STRUCTURANT TOUTE PENSEE JURIDIQUE .....</b>	<b>13</b>
--	-----------

<b>CHAPITRE I - Qu'est-ce qu'un paragraphe en droit ?...</b>	<b>15</b>
--	-----------

<b>SECTION I - Le contenu externe du paragraphe juridique .....</b>	<b>19</b>
---	-----------

<b>§ 1 - Le paragraphe, subdivision moléculaire.....</b>	<b>19</b>
--	-----------

A - Quelques variétés de subdivisions.....	19
--	----

B - Le paragraphe, subdivision irréductible .....	20
---	----

<b>§ 2 - Le paragraphe, noyau central de toute étude en droit .....</b>	<b>20</b>
---	-----------

<b>SECTION II -Le contenu interne du paragraphe juridique .....</b>	<b>23</b>
<b>§ 1 - Les éléments qui composent le paragraphe juridique .....</b>	<b>25</b>
<b>§ 2 - L'ordonnancement des matériaux juridiques...</b>	<b>26</b>
<b>CHAPITRE II - Les autres éléments de la structure ....</b>	<b>31</b>
<b>SECTION I - Les éléments de conception .....</b>	<b>35</b>
<b>§ 1 - Concevoir une solution juridique, c'est en dégager l'essentiel .....</b>	<b>35</b>
A - L'essentiel du contenu .....	36
B - L'essentiel des méthodes .....	36
<b>§ 2 - Concevoir une solution juridique, c'est en dégager la problématique .....</b>	<b>37</b>
A - Le questionnement .....	37
B - Le choix des indicateurs .....	38
<b>SECTION II -Les éléments d'expression .....</b>	<b>41</b>
<b>§ 1 - But et moyens de toute expression juridique..</b>	<b>41</b>
A - Le but de toute expression juridique est de convaincre .....	41
B - Les deux moyens de convaincre sont la clarté et la logique .....	42
<b>§ 2 - Techniques particulières de l'expression orale .....</b>	<b>43</b>
A - Les exposés oraux d'initiation .....	43
a) L'exposé des travaux dirigés .....	43
b) L'interrogation orale .....	44
c) L'exposé - discussion .....	44
B - La soutenance d'un mémoire ou d'une thèse ou d'un doctorat en droit .....	46
a) Les démarches préalables .....	47
b) L'enjeu de la thèse .....	47
c) Le déroulement de la soutenance de la thèse.	47

	99
<b>TITRE II - LES ELEMENTS STRUCTURANT LE FOND...</b>	50
Introduction - Le droit est la science ou l'art du dialogue .....	51
<b>CHAPITRE I - La dialectique juridique .....</b>	55
<b>SECTION I - Définition de la dialectique juridique...</b>	59
§ 1 - Le droit n'est pas la loi .....	59
A - Qu'est-ce que le juste ? .....	59
B - Quel langage utilise-t-on pour définir le droit ? .....	59
§ 2 - La loi n'est pas la seule origine du droit musulman .....	60
A - La loi divine .....	60
B - La loi humaine .....	61
<b>SECTION II - Les oeuvres des grands maîtres .....</b>	65
§ 1 - La dialectique ou le jadal chez quelques auteurs anciens .....	65
A - La dialectique ou le jadal chez Abou Zeid Addaboussi .....	65
B - La dialectique ou le jadal chez Ibn Aquil ....	65
§ 2 - La dialectique ou le jadal chez d'autres auteurs .....	66
A - Chez Ibn Khaldoun .....	66
B - Chez George Makdisi .....	66
<b>CHAPITRE II - Objet et règles de la dialectique juridique .....</b>	67
<b>SECTION I - Objet et règles de la dialectique juridique chez Ibn Khaldoun .....</b>	71
§ 1 - L'objet de la dialectique juridique .....	71
A - La dialectique est l'art de la discussion .....	71
B - La dialectique sert à découvrir le droit .....	72

§ 2 - Les règles de la dialectique juridique .....	72
A - La première règle .....	72
B - La deuxième règle .....	73
<b>SECTION II - Objet et règles de la dialectique chez George Makdisi .....</b>	<b>77</b>
§ 1 - L'origine de la méthode scolastique.....	77
a) La méthode "du pour et du contre" .....	78
b) Le dialogue entre différentes autorités .....	78
§ 2 - La dialectique comme méthode de la décou- verte du droit ou de la justice .....	78
a) Position de la cause,.....	79
b) Rassemblement des autorités .....	79
c) Analyse et critique du langage .....	79
d) Conclusion .....	79
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>81</b>
<b>INDEX ALPHABETIQUE .....</b>	<b>83</b>
<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>91</b>

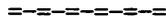
R. R. J. 1985  
Pages 101 à 152

C O N F E R E N C E S ,   L E C O N S

D I S C O U R S



B I O L O G I E  
E T  
P E R S O N N E H U M A I N E



REFLEXIONS  
DE MONSIEUR LE PROFESSEUR  
JEROME LEJEUNE

Membre de l'Institut



## **Le Professeur Jérôme LEJEUNE**

Membre de l'Institut

à Aix-en-Provence

En 1982, le Centre de Philosophie de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille a eu l'honneur extrême et la grande satisfaction d'accueillir Monsieur le Professeur Jérôme Lejeune. Le lundi 15 mars 1982 fût et restera pour nous une grande date ; ceux qui ont eu la chance d'entendre le conférencier exposer de manière simple et limpide l'état actuel des connaissances en biologie humaine, ceux qui ont pu voir l'assistance charmée, subjuguée et convaincue témoigner sa fervente reconnaissance au savant et à l'homme ont bien senti qu'ils vivaient un moment peu ordinaire.

Pour le Centre de Philosophie du Droit, il s'agissait d'abord d'accueillir un chercheur-découvreur, un médecin mondialement connu et reconnu. Les découvertes du Professeur Jérôme Lejeune ont scandé l'histoire de la génétique du XXe siècle. Les juristes n'ignorent pas l'évolution de ces sciences qui touchent si souvent le droit.

Il s'agissait, aussi et peut-être surtout, de donner la parole à un homme qui a trop de choses essentielles à dire pour n'être pas écouté avec la plus grande attention. Pourtant, celui qui démontre que "la nature humaine de l'être humain, depuis la conception jusqu'à la vieillesse, n'est pas une hypothèse métaphysique, mais bien une évidence expérimentale", celui qui, en tant que membre de l'Académie Pontificale des Sciences, a été dire à l'un des principaux Chefs d'Etat du moment que seule l'adhésion à quelques principes moraux essentiels pourrait sauver le monde, n'a pas toujours reçu les moyens de s'exprimer.

\*

\*       \*

## TABLE DES MATIERES

*Trois ans après la conférence donnée à Aix, l'Institut Portalis de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille et la Revue de la Recherche Juridique ont tenu à rendre un solennel hommage au Professeur Jérôme Lejeune. Sont ici réunies des réflexions sur BIOLOGIE et PERSONNE qui avaient déjà été publiées de manière dispersée. Nous tenons à remercier les éditeurs d'en avoir autorisé la reproduction.*

-	Biologie et droit à la vie .....	107
-	Témoignage devant la Commission du Sénat des Etats-Unis sur la séparation des pouvoirs .....	117
-	Biologie, Conscience et Foi .....	125
-	Discours de réception à l'Académie des Sciences Morales et Politiques .....	145

-----

# BIOLOGIE ET DROIT A LA VIE

*Par M. le Professeur Jérôme LEJEUNE*

EXTRAIT DE :

***"Les Droits naturels de l'enfant"***

Actes du Ier Colloque de la Confédération  
des Juristes Catholiques de France

- Versailles, Mai 1979 -

(Editions Aix 1981)

Il peut paraître un peu prétentieux de la part des biologistes, de présenter des arguments permettant de dire que les hommes ont droit à la vie ; car il est du ressort des juristes de savoir quel est le droit de chaque individu et de savoir, qu'à l'évidence, aucun droit n'a de signification si l'on ne possède d'abord le premier : **Celui de vivre.**

Mais il se trouve qu'à notre époque, le droit de vivre n'est plus imprescriptible :

Depuis le vote de la loi qui porte le nom de l'actuelle ministre démissionnaire, de la santé, il semblerait que la légitimité de la survie d'un enfant soit subordonnée à une acceptation tant mentale que sociologique assez compliquée, au point que la vie du citoyen n'est plus assurée par la loi.

Je ne fais que traduire les termes de la loi Veil ; chacun pense en avoir fait une lecture sérieuse... et dit que l'avortement n'est autorisé par la loi que lorsque l'enfant à moins de deux mois.

Il n'en est rien : il y est prescrit, comme vous le savez, que l'avortement peut avoir lieu à toute époque de la grossesse (je dis bien à toute époque), la seule condition étant que deux médecins soient d'accord : il suffit d'un seul médecin avant la deuxième semaine, il en faut deux à toute époque de la grossesse (\*). C'est-à-dire qu'il est légal dans notre pays de tuer un enfant qui aurait atteint un développement de l'ordre de 8 mois et demi voire 9 mois moins le quart...

Par contre, il semblerait qu'il soit toujours interdit de le tuer quand il est sorti de l'utérus ! Je dis, "*il semblerait*", car dans la conscience générale, cette interdiction ne semble plus avoir la même force qu'il y a quelques années.

---

(\*) L'un de ces deux "médecins" doit être expert près d'une Cour d'Assises ou quelque chose d'équivalent. Il y a gros à parier que les professionnels de la chose sauront se munir de ce diplôme particulier !

Quelques points particuliers méritent d'être signalés.

- Le premier, c'est qu'on observe dans la presse un très curieux silence de la part de tous les tenors de l'avortement ; les "*passionarias*" sont, pour l'instant, mises au rancart.

La relève semble avoir été prise par une variété très particulière de notre espèce, variété parfaitement stérile ... tant biologiquement qu'intellectuellement, qu'on appelle les "*avorthéologiens*". Leur "*apport*" théologique repose sur une question qui les tracasse, apparemment, à savoir : un enfant qui n'est pas encore sorti de l'utérus de sa mère ou, dont le cordon ombilical n'a pas encore été coupé, est-il ou non un être humain.

Ceci conduit à des contorsions du raisonnement qui ressemblent énormément à ce qu'en médecine, nous connaissons sous le nom de "*schizophrénie*" c'est-à-dire la rupture avec le réel. En effet, cogitant sur la "*chose*" qui se développe dans la mère, on se demande si cet être est vivant et si ce vivant est humain ! La réponse est très simple : dès la fécondation, la chose qui nous occupe et qui se développe dans le sein maternel, possède une constitution génétique, une constellation de qualités absolument uniques, qui ne se sont jamais produites dans un tel groupement, depuis qu'il existe des hommes sur cette planète, et n'ont aucune chance de se reproduire dans l'avenir. Cette "*chose*" est indiscutablement un être, étant dotée non seulement de permanence mais également de la possibilité de s'accroître.

Finalement, nous savons, par les techniques les plus récentes, que cette "*chose*" est humaine. Il y a environ une trentaine d'années, devant un oeuf fécondé, devant les premières cellules qui se divisent, aucun biologiste n'aurait pu vous dire s'il s'agissait d'une souris, d'une baleine, d'un éléphant ou d'un être humain ; il y a cinquante ans, personne ne l'aurait dit. On aurait seulement affirmé : c'est un embryon.

Il y a à peu près 20 ans, on aurait commencé à compter les chromosomes et on aurait pu dire très rapidement : c'est probablement un primate. Depuis environ

quatre ou cinq ans, nous savons suffisamment bien analyser ces minuscules petits filaments, qui contiennent les informations génétiques et que nous appelons chromosomes, pour dire d'un simple coup d'oeil : cela est un chimpanzé, cela est un orang-outan, ceci un ouistiti, tiens, voici un homme. Et pour vous dire à quel degré de certitude nous sommes parvenus, si l'un des étudiants actuels du certificat de génétique de la Faculté de Médecine de Paris ne reconnaissait pas un gorille d'un chimpanzé ou un chimpanzé d'un homme, il serait tout bonnement collé à son examen !

On ne peut faire grief à des théologiens d'ignorer le développement récent de la biologie mais on peut leur faire remarquer que le bon sens avait depuis très longtemps découvert la même chose. L'idée qu'un être humain puisse émerger d'un être non humain est contredite par l'expérience continuelle : il suffit de regarder autour de soi pour s'apercevoir que, d'une manière générale, une chatte met au monde des petits chats, pas des chiens et que l'on n'obtient pas un chou à partir de graines de carottes ; les catégories d'Aristote et de Platon étaient parfaitement suffisantes pour étudier ce qu'était l'être humain ; c'est d'ailleurs ce qu'ils ont fait. J'ai été très étonné d'entendre récemment à la radio (nous discussions à la radio avec un monsieur dont j'ai d'ailleurs oublié le nom), que *"Saint Thomas d'Aquin croyait que la vie venait aux petits garçons avant les petites filles ; il mettait cela au quarantième jour pour les premiers au quatre vingtième pour les secondes"*. Cette personne tenait ces propos avec la plus honnête mauvaise foi en ce sens que Saint-Thomas d'Aquin n'a jamais dit cela : il a simplement cité le philosophe parce que lui n'en savait rien. Il est tout à fait honnête qu'un théologien énonce ce que disent les biologistes de son époque, et il est tout à fait raisonnable que les théologiens d'aujourd'hui ne se réfèrent pas uniquement à la connaissance biologique arrêtée au temps d'Aristote mais s'aperçoivent qu'on a obtenu quelques connaissances depuis.

A côté des avorthéologiens, une seconde variété est constituée par pseudo-démographes ; nous en avons des exemples au sommet de l'Etat, au plus haut de l'échelle. Ils assèment avec une apparente sérénité que, il n'existe aucune relation entre l'avortement légalisé

et la contraception généralisée d'une part, et l'effondrement de la natalité de l'autre. Ils tiennent des propos tellement incroyables que l'ensemble de la population commence à se demander si vraiment le simple bon sens n'est pas mis en lambeaux par leurs révélations.

En effet, nous savons par l'ensemble des statistiques dans le monde entier (Amérique, Suède, Danemark, Hongrie, Tchécoslovaquie, Angleterre, etc...) que dans tous les pays où on a pu suivre l'évolution de la fréquence des avortements depuis la légalisation de cet acte criminel, dans tous, sans aucune exception, le nombre total des avortements a été multiplié par un facteur soit de deux parce qu'il y avait des contraceptions chimiques en même temps, soit de cinq parce qu'il n'y en avait pas dans le pays considéré ; il est tout à fait inimaginable que la biologie française soit différente de la biologie anglaise, américaine, hongroise, tchèque, etc...

D'autre part, nous savons, simplement en observant les statistiques qui ont d'ailleurs été publiées, que l'effondrement de la natalité s'est produit en août - septembre 1975, c'est-à-dire sept mois après la mise en place de la loi sur l'avortement. On observe un effondrement de 10 à 13 % de la natalité selon les régions de la France ; ce qui constitue un phénomène tout à fait exceptionnel : une telle chute a été observée une seule fois dans notre pays, en 1939-1940 !

Autrement dit, s'il s'agissait de valeurs cotées en bourse, aucun financier ne se tromperait sur la relation de cause à effet entre l'élimination d'un certain nombre des individus à l'âge de un ou deux mois et le fait qu'ils n'apparaissent pas dans les statistiques des mairies sept mois plus tard... ! Mais il semblerait que les gens habitués à jongler avec les finances n'aient pas la même aptitude lorsqu'il s'agit des êtres humains et n'aient plus la même notion de l'évidence des chiffres.

- Une autre variété est représentée par des "bénévolents" : ils veulent du bien sans définir ce qu'est le bien. L'extraordinaire adresse de la loi Veil, c'est de dire que l'avortement ne peut être autorisé qu'en cas de détresse ; devant la détresse, il faut vouloir du bien à la personne qui est dans une situation dramatique.

Autrement dit, tout se passe dans la mentalité générale selon la réserve simple : *"l'avortement, c'est mauvais mais il y a des cas ..."*. Ce qui est très intéressant, c'est que dans la loi Veil, il n'y a pas de cas. On s'est bien gardé de définir ce qu'était la détresse ; on s'est bien gardé de nous dire quelles étaient les causes, quels étaient les critères qui nous permettaient d'affirmer la détresse ; c'est la demanderesse qui détermine si elle se trouve dans une situation de détresse.

Or, comme cela est signalé dans le beau livre de Madame Poullot, la détresse ne peut être connue et décrite que par ceux qui ont été près de la mort.

L'exemple le meilleur est celui des gens de la mer. En cas de naufrage, on envoie le signal de détresse. Alors toutes les lois sont suspendues, à l'exception d'une seule : *"les femmes et les enfants d'abord !"*. Les marins ne disent pas : les femmes seules ou les enfants seuls ; ils savent que la seule réponse à l'extrême détresse c'est : les femmes et les enfants, d'abord !

Alors, dans un cas vraiment dramatique, la société doit tout faire pour sauver à la fois la femme et son enfant, mais non pas éliminer l'enfant pour que la femme reparte seule, sans son enfant, mais avec sa détresse.

Car éliminer un enfant n'a jamais éliminé les conditions dramatiques dans lesquelles il était appelé à la vie. La femme repart seule avec sa détresse et avec le regret, que je ne sais définir, d'avoir, trompée par la loi, perdu volontairement son enfant. Ce drame d'aujourd'hui est en fait de tous les temps.

Je ne vous raconterai pas l'histoire du *"Petit Poucet"*, le bûcheron et la bûcheronne perdant leurs enfants dans la forêt parce qu'il n'y avait pas à manger. Certes, les circonstances sont différentes : mais aujourd'hui des hommes et des femmes décident de conduire leurs enfants à l'avortoir, parce que, semble-t-il, ils n'ont pas la possibilité de protéger efficacement leur existence...

Aucun médecin au monde n'imagine qu'un enfant de 8 mois in utero soit différent d'un enfant de 8 mois hors utérus ; aucun biologiste au monde n'imagine qu'un

bébé, à la veille de l'accouchement soit fondamentalement différent de ce qu'il est le lendemain. Or, le droit de le tuer est inscrit dans la loi !

Si vous dites : "*cela ne se fait pas*", vous démontrez que vous ne connaissez pas la littérature médicale récente, tel cet article du journal anglais *Lancet* (1978, T. 2, p. 290-291). Une jeune femme avait des jumeaux. Elle avait eu un premier enfant atteint d'une maladie provoquant une débilité mentale. En cours de grossesse, on s'est aperçu que l'un des jumeaux en était victime. A la 24<sup>ème</sup> semaine, on est allé percer avec une aiguille le coeur de cet enfant ; au second essai, il a cessé de battre comme cesse de battre tout coeur humain lorsque l'on a crevé l'un des ventricules. La grossesse a suivi son cours. A la 33<sup>ème</sup> semaine, l'enfant mort a été évacué par les voies naturelles ; l'enfant vivant s'est malheureusement mis en position transversale et l'on a dû pratiquer une césarienne. C'est au nom d'une loi tout à fait identique à celle de Madame Veil, que cet acte a été commis, l'élimination, non suivie d'avortement, d'un enfant au cours de la grossesse.

Je voudrais demander à des juristes, si le meurtre d'un enfant, in utero, par un coup de poignard en plein coeur, est quelque chose dont ils estiment que la médecine puisse s'honorer ; si vous, Juristes, considérez que les médecins qui se livrent à cette pratique, se conforment à ce que vous attendez d'eux.

- Restent les "*légalistes*".

Un enfant est-il un objet de droit ?

Une chose est certaine, c'est qu'il n'appartient pas à sa mère, contrairement (entre autres) à l'utérus : nous avons beaucoup entendu, "*mon ventre est à moi*" ; c'est parfaitement vrai ; c'est même une raison très forte pour ne point le donner à n'importe qui !...

Mais le fait d'être propriétaire d'un lieu de vie ne veut pas dire qu'on le soit également d'un locataire. Lorsque vous prenez, par exemple, un auto-stoppeur dans votre voiture, vous n'en devenez pas propriétaire... Certes, vous avez le droit de le faire descendre ..., mais

pas en marche ! C'est cela qui fait toute la différence. Le bébé s'appartient à lui-même ; il n'est la propriété ni de son père, ni de sa mère, contrairement à la conception romaine, théoriquement très démodée mais apparemment remise en vigueur par la loi Veil.

Le développement embryonnaire est une merveilleuse histoire et si celle de Tom Pouce se raconte encore, c'est qu'effectivement elle est très véridique. Nous en savons beaucoup plus depuis que cette histoire a été inventée. J'ai vu (pas plus tard qu'hier) un film représentant un enfant de dix semaines. Grâce à des méthodes compliquées de "sonar" et de transformation de l'image sonore en image visuelle, sorte de radar, on découvre ce "*petit bonhomme*" dans le ventre de sa mère (il est maintenant né et va très bien). Au moment de la prise de vue, il mesurait quatre centimètres, on le voit se promener, respirer, sauter à l'intérieur de l'utérus, exactement comme un enfant fait du trampoline ; sa mère ne sent bien entendu aucun mouvement, tant il est à l'aise dans sa bulle amniotique. Vous le voyez lancer ses bras en l'air, s'allonger en prenant son élan, s'élever doucement puis retomber très lentement. Il a une grande liberté d'action dans la quasi apesanteur de bulle de cosmonaute. Il est capable de faire des choses qu'il ne renouvellera que huit ou dix ans après sa respiration à l'air libre.

Le foetus est comme un cosmonaute dans sa capsule de survie. Il doit entièrement sa survie à l'appareillage fourni par sa mère qui lui permet de se nourrir, mais il vit par lui-même. Personne n' imagine que le cosmonaute protégé par son module spatial appartient à la "N.A.S.A." ! Il en est de même pour le petit homme.

A quel âge la vie est-elle légalement protégée. Je l'ignore ; mais pour la médecine, nous le savons très bien : 400 ans avant l'ère chrétienne Hippocrate a écrit une chose absolument surprenante "*... je ne ferai pas d'avortement ... je ne procurerai pas de poison ... même pour un esclave ... même si l'on m'en priait*".

Alors, les avorteurs disent que nous, les Catholiques, nous sommes intraitables, arriérés et que nous nous en tenons à des choses qui ne sont plus de notre époque ! Je veux bien qu'Hippocrate ne soit pas de notre temps, mais j'affirme qu'à son époque, il était étonnamment

moderne de protéger à la fois le fœtus et l'esclave ! Et bien, il est exactement aussi moderne de protéger aujourd'hui les très petits Français.

Deux idées pour conclure.

La première est que l'avortement est un **homicide** ; homicide veut dire, tuer son semblable. Nous sommes tellement sûrs que le fœtus est notre semblable, puisque chacun a été un fœtus. Cette démonstration là, c'est la continuité même de la vie.

C'est donc un homicide, mais un homicide qui se réalise toujours dans des conditions très particulières, toujours extrêmement dramatiques. C'est un homicide passionnel. La Jurisprudence nous en donne de nombreuses illustrations : lorsqu'une femme mitraille son mari qui l'a fort vilainement trompée, la sanction n'est pas en général très élevée. Je connais même un cas où la femme avait remonté cinq étages pour vider un deuxième chargeur sur son mari et éliminer ainsi toute crainte de survie... Elle a été déclarée innocente !

Croyez-vous que, sous prétexte qu'on ne réprime pas férocement le crime passionnel, on puisse établir une loi disant : *"Lorsqu'une femme sera en état de détresse pour avoir été suffisamment trompée par son mari, elle aura le droit de mitrailler ce dernier"*. Il me semble que non, ou tout au moins le syndicat des maris se porterait partie adverse !

Ce n'est pas pour faire sourire que je prends l'exemple du crime passionnel. Lorsque l'on parvient, grâce aux confidences de certaines femmes, à comprendre ce qu'est un avortement, on s'aperçoit que toutes les femmes réalisent fort bien que c'est leur enfant qu'on leur enlève. Ce n'est pas une dent, ce n'est pas une tumeur ; elles le savent au plus profond d'elle-même.

Si elles commettent ce crime, c'est qu'elles ont été prises, à ce moment là, par la passion, une passion qui peut être horriblement douloureuse, affolante.

Il me semble qu'il faudrait une loi sévère disant : *"on n'a pas le droit de commettre un homicide"*. Mais, s'il

faut une loi sévère, il faut aussi des juges bienveillants. La loi doit condamner les faits, les magistrats sont là pour juger les personnes.

Je crois sincèrement que la qualité d'une civilisation ne se mesure pas au fait que ses lois suivent les moeurs, bien au contraire. La loi est faite pour indiquer à la société ce qui est mal et ce qui est bien. La loi est normative, avant d'être répressive. Du moins c'est ainsi que je le sens.

On ne verrait pas pourquoi il y aurait des professions juridiques, des magistrats ou des avocats si la loi était un système de répression automatique.

Le jour où la vie de **tous** les citoyens n'est plus respectée, le jour où une catégorie d'êtres humains n'est plus protégée par les lois, ce jour-là, l'innocence peut être condamnée, et c'est la vie de tous les humains qui se trouve à la merci d'un vote par surprise ou d'une majorité de rencontre.

On a beaucoup parlé ces jours-ci du film américain "*Holocauste*" ; ce n'est pas un anachronisme, bien qu'il soit toujours dangereux de réveiller les passions mauvaises. Mais on n'a pas parlé de l'holocauste actuellement perpétré dans notre pays. Il y a chaque année dans notre pays, 200.000 morts précoces de plus qu'avant la loi Veil. Deux cent mille morts par an, c'est l'explosion de deux bombes atomiques.

La seule différence, c'est qu'elles font peu de bruit, et nos gouvernants font semblant de ne pas entendre. C'est ainsi que silencieusement, un pays qui tue ses enfants, tue son âme.

C'est à vous, Juristes, de la protéger.

TEMOIGNAGE DEVANT LA COMMISSION  
DU SENAT DES ETATS-UNIS  
SUR LA SEPARATION DES POUVOIRS

Sur le projet de loi disant que la vie humaine doit être tenue pour existante depuis la conception (Séance du 23 avril 1981).

Monsieur le Président, Messieurs les membres de la commission,

Mon nom est Jérôme LEJEUNE. Docteur en Médecine et Docteur ès Sciences, j'ai la charge de la consultation et du laboratoire de génétique de l'hôpital des Enfants Malades dédiés aux patients atteints de débilité mentale. Après avoir pratiqué la recherche à plein temps pendant dix ans, je suis professeur de génétique fondamentale à l'Université René Descartes.

Il y a quelque vingt-trois ans j'ai décrit la première maladie chromosomique dans notre espèce, due au chromosome 21 surnuméraire, typique du mongolisme. Pour ce travail, j'ai eu l'honneur de recevoir le prix Kennedy des mains du Président décédé et la William Allen memorial medal de la Société Américaine de Génétique Humaine. Je suis membre de l'American Academy of Arts and Sciences.

Avec mes collègues de l'Institut de Progenèse à Paris, nous nous attachons à la description des faits fondamentaux de l'hérédité humaine. Par une étude comparative de nombreuses espèces de mammifères, y compris les singes anthropoïdes, nous étudions les variations chromosomiques survenues au cours de l'évolution. Dans notre espèce, nous analysons plus précisément les effets défavorables de certaines aberrations chromosomiques.

Cette année, nous avons démontré, pour la première fois, qu'une maladie chromosomique peut être améliorée par le traitement. Dans ce syndrome de l'X fragile, associant une fragilité du chromosome X et un retard mental sévère, nous avons montré qu'un traitement chimique peut guérir la lésion chromosomique en cultures de tissus. De plus, un apport approprié de produits chimiques (mono-carbonés et leurs molécules vectrices) améliore en même temps le comportement et les activités mentales des enfants atteints. Ainsi la recherche la plus fondamentale sur certains mécanismes de la vie peut mener à une protection directe de vies humaines en danger.

**Quand commence un être humain ?** Je voudrais tenter d'apporter à cette question la réponse la plus précise que puisse actuellement fournir la science. La biologie moderne nous apprend que les ancêtres sont unis à leurs descendants par un lien matériel continu puisque c'est de la fertilisation de la cellule féminine (l'ovule) par la cellule mâle (le spermatozoïde) qu'émergera un nouveau membre de l'espèce.

La vie a une très longue histoire, mais chaque individu connaît un début très précis, le moment de sa conception.

Le lien matériel est le filament moléculaire de l'ADN. Dans chaque cellule reproductrice ce ruban d'un mètre de long environ, est coupé en morceaux (23 dans notre espèce). Chaque segment est soigneusement enroulé et empaqueté (comme une bande magnétique dans une minicassette) si bien qu'il apparaît, sous le microscope, comme un bâtonnet, un chromosome.

Sitôt que les 23 chromosomes paternels sont réunis avec les 23 chromosomes maternels, toute l'information génétique nécessaire et suffisante pour exprimer toutes les qualités innées de l'individu nouveau, se trouve rassemblée. De même que l'introduction d'une minicassette dans un magnétophone permet la restitution d'une symphonie, de même le nouvel être commence à s'exprimer sitôt qu'il a été conçu.

Les sciences de la nature et les sciences juridiques parlent le même langage. D'un individu jouissant d'une santé robuste, un biologiste dirait qu'il a une bonne cons-

titution ; d'une société se développant harmonieusement au bénéfice de tous ses membres, un législateur affirmerait qu'elle a une Constitution équitable.

Un législateur ne pourrait pas concevoir ce qu'est une loi particulière avant que tous ses termes n'aient été clairement et pleinement définis. Mais lorsque toute cette information a été fournie et que la loi a été votée, elle peut aider à définir les termes de la Constitution.

La nature opère de la même façon. Les chromosomes sont les tables de la loi de la vie et quand ils ont été rassemblés dans l'être nouveau (la procédure de vote est la fécondation) ils décrivent entièrement sa constitution personnelle.

Le stupéfiant est la miniaturisation de l'écriture. Il est difficile de croire, bien qu'au delà de tout doute possible, que toute l'information génétique, nécessaire et suffisante pour construire notre corps et même notre cerveau, le plus puissant engin à résoudre les problèmes, capable même d'analyser les lois de l'univers, puisse être résumée au point que son substratum matériel puisse tenir sur une pointe d'aiguille !

Et encore plus impressionnant est le complexe brassage de l'information génétique lors de la maturation des cellules reproductrices, au point que chaque conceptus reçoit une combinaison entièrement originale qui ne s'est encore jamais produite et ne se reproduira jamais. Chaque conceptus est unique, et donc irremplaçable. Les jumeaux identiques et les hermaphrodites vrais sont des exceptions à la règle : un homme une combinaison génétique ; mais, très curieusement, ces exceptions doivent survenir à l'époque de la conception. Des accidents plus tardifs ne conduiraient pas à un développement harmonieux.

Tous ces faits sont depuis longtemps connus et chacun s'accordait à dire que si les bébés éprouvettes existaient, ils démontreraient l'autonomie du conceptus sur lequel l'éprouvette ne possède aucun titre de propriété.

Les bébés éprouvettes existent maintenant.

Si l'ovule d'une vache est fécondé par le sperme d'un taureau, le minuscule conceptus, flottant librement dans le liquide, débute immédiatement sa carrière bovine.

Normalement il parcourra en une semaine environ la trompe de fallope pour atteindre l'utérus. Mais grâce à la technologie moderne il peut voyager beaucoup plus loin, même au-delà de l'océan ! Le meilleur emballage pour cet être bovin, de deux milligrammes, est de l'introduire dans la trompe de fallope d'une lapine (le transport aérien est moins coûteux que pour une vache pleine). A l'arrivée, le minuscule animal est soigneusement retiré et délicatement installé dans l'utérus d'une vache réceptrice. Des mois plus tard le jeune veau révèle toutes les qualités génétiques qu'il a reçues de ses vrais parents (les donneurs de l'ovule et du sperme) et ne montre aucune des qualités de son récipient temporaire (la lapine) ou de sa nourrice utérine.

Combien de cellules sont nécessaires à l'édification d'un individu ? Des expériences récentes dictent la réponse. Si des conceptus précoces de souris sont traités par certains enzymes leurs cellules se désassemblent. En mélangeant de telles suspensions cellulaires provenant d'embryons différents, on voit les cellules s'assembler à nouveau. Si cette petite masse est implantée dans une femelle réceptrice, quelques souriceaux (bien peu, il est vrai) parviennent à se développer, tout à fait normalement. Ainsi que Mintz l'avait prédit théoriquement et comme l'ont démontré Market et Peter, une souris chimérique peut dériver de deux ou même de trois embryons, mais pas plus. Le nombre maximum de cellules coopérant à l'élaboration d'un individu est de trois.

En plein accord avec cette démonstration empirique, l'oeuf fécondé se clive normalement en deux cellules, l'une d'elles se divisant immédiatement à nouveau. Ainsi se trouve formé le nombre impair et surprenant de trois cellules, encapsulées dans leur enveloppe protectrice, la zone pellucide.

Au mieux de notre connaissance actuelle, la condition première de l'individuation (un stage comportant trois cellules fondamentales) est le prochain pas, suivant la conception de quelques minutes.

Tout ceci explique pourquoi les Dr Edwards et Steptoe purent être témoins de la fertilisation in vitro d'un ovule mûr de Madame Brown par un spermatozoïde de Mon-

sieur Brown. Le minuscule conceptus qu'ils implantèrent quelques jours plus tard dans l'utérus de Madame Brown ne pouvait être ni une tumeur, ni un animal. C'était en fait l'incroyablement jeune Louise Brown, aujourd'hui âgée de trois ans.

La viabilité du conceptus est extraordinaire. Expérimentalement un conceptus de souris peut être gelé au froid intense (jusqu'à  $-269^{\circ}$ ) et après réchauffement délicat, être implanté avec succès. Pour la croissance ultérieure, seule une muqueuse utérine réceptrice peut fournir l'alimentation appropriée au placenta embryonnaire. A l'intérieur de sa capsule de vie, le sac amniotique, l'être nouveau est exactement aussi viable qu'un astronaute sur la lune à l'intérieur de son scaphandre ; le ravitaillement en fluides vitaux doit être fourni par le vaisseau-mère. Cette nourriture est indispensable à la survie mais elle ne "fait" par l'enfant ; pas plus que la navette spatiale la plus perfectionnée ne peut produire un astronaute. Cette comparaison s'impose encore plus lorsque le fœtus bouge. Grâce à une imagerie ultra-sonore très raffinée, le Pr Ian Donald d'Angleterre réussit à produire l'an passé, un film montrant la plus jeune star du monde, un bébé de onze semaines dansant in utero. Le bébé, si l'on peut dire, joue au trampoline ! Il plie les genoux, pousse sur la paroi, s'élève puis retombe. Comme son corps a la même densité que le fluide amniotique il ne ressent guère la pesanteur et danse d'une façon très lente avec une grâce et une élégance tout à fait impossibles en aucun autre endroit de la terre. Seuls les astronautes dans leur état de non-gravité, parviennent à une telle douceur de mouvements. A ce propos, pour la première marche dans l'espace, les techniciens eurent à décider de l'endroit où s'aboucheraient les tuyaux apportant les fluides vitaux. Ils choisirent finalement la boucle de la ceinture du scaphandre, réinventant ainsi le cordon ombilical.

Monsieur le Président, lorsque j'eus l'honneur de témoigner précédemment devant le Sénat, j'avais pris la liberté d'évoquer le conte de fée universel de l'homme plus petit que le pouce.

A deux mois d'âge, l'être humain a moins d'un pouce de long, du sommet de la tête à la pointe des fesses.

Il tiendrait à l'aise dans une coquille de noix, mais déjà tout est là : les mains, les pieds, la tête, les organes, le cerveau, tout est en place. Son coeur bat déjà depuis un mois. Regardant de plus près on verrait les plis de ses paumes et un diseur de bonne aventure lirait celle de cette petite personne. Avec un bon appareil grossissant les empreintes digitales peuvent être décelées. Tous les documents sont disponibles pour établir sa carte d'identité nationale.

Avec l'extrême sophistication de notre terminologie nous avons épié sa vie privée. Des hydrophones spéciaux enregistrent la musique la plus primitive : un martèlement sourd, profond, rassurant, à 60-70 par minute (le coeur maternel) et une cadence rapide, aiguë : à 150-170 par minute (le coeur foetal) se superposant, imitant les rythmes de la contrebasse et des maracas, réalisant les rythmes de base de toute musique primitive. Bien primitive, il est vrai puisque c'est la première que toute oreille humaine ait jamais entendue.

Nous avons maintenant éprouvé ce qu'il sent, entendu ce qu'il écoute, goûté ce qu'il savoure et nous l'avons vu réellement danser, plein de grâce et de jeunesse. La Science a transformé le conte de fées de Tom Pouce en une histoire véridique, celle que chacun de nous a vécu dans le ventre de sa mère.

Et pour vous faire mieux saisir la précision de nos constatations : si, au tout début, juste après la conception, plusieurs jours avant l'implantation une unique cellule était retirée de cet individu semblable à une mère minuscule, nous pourrions cultiver cette cellule et examiner ses chromosomes. Si un étudiant, la regardant sous le microscope, était incapable de reconnaître, le nombre, la forme et l'aspect des bandes de ses chromosomes, s'il ne pouvait pas dire avec certitude, si cette cellule provient d'un être simien ou d'un être humain, il serait refusé à son examen.

Accepter le fait qu'après la fécondation un nouvel humain est parvenu à l'être n'est plus une question de goût ou d'opinion. **La nature humaine de l'être humain, depuis la conception jusqu'à la vieillesse, n'est pas une hypothèse métaphysique, mais bien une évidence expérimentale.**



## "BIOLOGIE, CONSCIENCE ET FOI"

*Par M. le Professeur Jérôme LEJEUNE*

*Ce que les hommes par leurs plus grandes lumières avaient pu découvrir, cette religion l'enseignait à ses enfants".*

Pascal

Conférence prononcée en la Cathédrale NOTRE DAME DE PARIS, le 10 octobre 1982.

C'est un grand honneur et un grand bonheur de pouvoir prononcer à Notre-Dame de Paris ces simples mots : *"Mes bien chers frères"*. Honneur parce que cette fraternité nous vient de Dieu qui nous fit à son image, et bonheur parce que la biologie moderne nous aide à reconnaître notre commune origine.

Loin d'être une utopie de sociologue, cette fraternité est un fait de nature. Dieu créa l'homme *ish* et *isha*, homme et femme il le créa. Et si notre espèce est bien spécialisée en l'un ou l'autre sexe, la nature humaine est pleinement commune aux deux, et même par son origine comme nous le verrons tout à l'heure.

En notre temps, matérialiste comme les autres, il peut paraître déplacé de concilier les données de la révélation avec les hypothèses fondées sur les constatations scientifiques. Ces deux modes de connaissance sont foncièrement différents. L'un, donné gratuitement, s'exprime en langue poétique que le cœur comprend avec joie ; l'autre, gagné laborieusement, est un discours difficile que la raison maîtrise avec peine.

Au fil des variations des théories explicatives ces deux voies ont paru tantôt se confirmer, tantôt se contredire, alors qu'elles doivent toutes deux nous mener vers la vérité.

## LE CONCORDISME

Avec le foudroyant développement des sciences physiques et biologiques certaines divergences ont semblé s'accroître et, jusqu'à une époque récente, des esprits éminents tentèrent d'établir une trêve précaire en préchant le *"concordisme"*. L'ingéniosité déployée fut tout à fait remarquable. Hélas la méthode employée menait à arrondir les angles : tantôt on rabotait les aspérités de la science, tantôt on rabaissait les sommets du révélé.

Par exemple, à la belle époque du déterminisme de Laplace, pour expliquer l'apparition du soleil et de la lune au quatrième jour de la création on proposait que la description était un reportage effectué de la terre : il fallait que le couvert de nuage eût été dissipé pour

que l'on puisse détecter la présence des deux luminaires, conjecture ingénieuse dont le motif ne l'était pas. On n'imaginait pas en effet que la lumière pût précéder l'existence du soleil !

Autre exemple, au moment du néo-Darwinisme triomphant, il y a dix ou vingt ans, on tenta de faire d'Adam, non point un être réel, mais un terme générique dont on affubla toute une peuplade de futurs hominiens en progrès. On soutenait à l'époque que seule une population peut glisser insensiblement d'une espèce vers une autre en des temps extrêmement longs.

Dans les deux cas, on torturait le texte (les faits sont bien plus résistants) pour accorder tant mal que bien le message remanié avec la théorie régnante.

Devant les échecs répétés de cette façon de faire, une séparation progressivement s'installa, du concordisme d'antan on passa à l'indifférence pour arriver aujourd'hui au discordisme triomphant.

## LE DISCORDISME

Une immense rumeur tient l'homme pour une anomalie sans cause, dont le destin pas plus que le devoir n'est écrit nulle part, objet à jamais incompréhensible issu fortuitement d'un impossible univers.

Cette façon de voir est très exactement ce qu'en méthode expérimentale on appelle l'hypothèse nulle, et il est bon de partir de là. Point d'idée préconçue, point de réponse toute faite ; interrogeons les faits, ce sont eux qui nous diront si l'hypothèse nulle est acceptable en vérité ou si les faits têtus nous forcent à la rejeter. Alors, et seulement alors, nous élaborerons des modèles plus précis, que nous accepterons sous bénéfice d'inventaire, les faits d'observation ayant toujours le pas sur les plus belles théories. En science, comme on dit, l'homme pose les problèmes, la nature a les solutions.

Pourtant, certains théoriciens ont posé en principe que rien ne peut être connu qu'en affirmant pour commencer que le monde n'a pas de projet, et que les voies d'évolution de l'Univers et de la vie ne sont que des

chemins sans connaître de but. De là l'opinion absolue que toute révélation ne peut être que fausse et même que tout fait qu'on pourrait observer serait irrecevable si seulement il conduisait vers le sens du sacré.

C'est le discordisme d'orgueil.

Une réaction très récente à cette position extrême, se dessine en certains milieux, surtout aux Etats-Unis. L'école créationniste affirme pour commencer que les savants ne sachant presque rien (ce qui est presque vrai hélas, mais presque seulement), il faut en conséquence prendre l'Écriture à la lettre. Ils en rajoutent au besoin. Pour éviter les contradictions, ils récusent par avance tous les acquits de la science, présents ou à venir.

C'est le discordisme désespéré.

Finalement et c'est peut-être la tendance la plus redoutable, car leur outrance même empêche les deux premières de s'étendre trop loin, un mouvement de retrait se dessine chez certains croyants. Redoutant le plein vent de la controverse, recherchant des sujets qu'ils estiment plus abrités, ils taisent simplement une partie du révélé, pensant préserver le reste.

Ce discordisme d'habileté n'est guère charitable puisqu'il tendrait à nous priver de ce plein message de vie dont notre époque a tant besoin.

Il est donc très urgent, et c'est ce que je vous propose ce soir, de mettre cartes sur table et de voir s'il est bien vrai qu'il existe une contradiction flagrante et irréductible entre les faits observés et l'enseignement révélé.

### **LE DEBUT DU TEMPS**

Commençons, si vous voulez, par le livre de la Genèse que nous prendrons au premier jour. Dieu dit : *Fiat Lux, que la lumière soit et la lumière fut.* Il me souvient que dans ma jeunesse l'abbé Lemaître, illustre président de l'Académie Pontificale des Sciences, tira

fort justement la conclusion qui s'imposait de la fuite des galaxies. Hubble avait montré que les galaxies s'écartent d'autant plus vite qu'elles sont plus loin de nous : une bouffée de poussière s'épanouissant dans l'infini, voilà ce que démontrait le décalage du spectre vers le rouge. L'abbé Lemaître en déduisit que si ce mouvement durait depuis longtemps (les astronomes comptent en milliards d'années), il fallait assurément qu'à l'instant précédent le tout fut rassemblé en un volume plus petit. Passant à la limite, il proposa que l'univers entier venait d'une matière hyperdense : l'atome primitif.

Le discordisme d'orgueil s'insurgea vigoureusement, puis le tumulte s'apaisa, aucune autre hypothèse n'ayant pu résister à l'accumulation des faits. L'univers avait commencé.

Puis les radio astronomes découvrirent le rayonnement uniforme, à 3 degrés Kelvin, écho refroidi, affaibli, de l'immense événement qui marqua le début du temps et de l'espace. Un consensus inhabituel s'établit ; l'univers avait commencé il y a peut-être une douzaine de milliards d'années.

Le calcul montre qu'au tout début, avant que la matière fut, l'énergie seule apparut sous forme de lumière. Le *Fiat Lux* du premier jour est aujourd'hui le fondement de la cosmologie évolutive. Concordisme primaire et discordisme d'orgueil sont, sur ce point, passés de mode.

Certes, modestement, on dit aujourd'hui le big bang (le grand boum) et non la Création. Les physiciens sont pudiques et ont tout à fait raison de ne point mélanger les genres.

Comme Leibnitz le présentait les modèles d'univers sont en nombre indéfini et les théoriciens affinent chaque jour les conditions à l'origine qui marquèrent un déferlement d'énergie si énorme et si soudain.

Mais on ne peut à volonté faire varier les paramètres qui règlent le cours des astres par la gravitation ou le comportement des atomes par les forces quantiques. Plus de ceci, moins de cela, et il devient vite impossible de sortir du big bang initial, les étoiles et les planètes

et les lois physico-chimiques qui permettent enfin aux vivants de canaliser l'énergie pour animer la matière... et aux hommes de l'observer.

Cela ne signifie pas comme Engels l'imaginait, que la matière soit grosse de l'esprit au point qu'il réapparaisse immanquablement en quelque coin de l'univers. Il suffit, mais il faut que les lois de la Nature ne nous empêchent pas d'exister.

Ce principe anthropique défini par Carter oblige les théoriciens qui cherchent à décrire ces tout premiers instants, à penser l'univers en ayant l'homme en perspective. La logique est irréfragable.

### **LES FORMES DE LA VIE**

Arrivons à la vie et à l'évolution.

Dans toute la Genèse le verbe créer n'est employé qu'à deux propos ; l'univers au début, et l'homme à la fin. Entre les deux, du troisième au sixième jour, Dieu dit : "*que la terre verdisse de verdure*" (et voilà les végétaux) "*que les eaux grouillent d'un grouillement d'êtres vivants*" (et voilà les poissons, les reptiles et plus tard les oiseaux) "*que la terre produise des vivants selon leur espèce*" (et voilà les animaux supérieurs). Ce résumé fulgurant nous raconte la même histoire et bien dans le même ordre que celle enregistrée dans ces immenses cimetières que sont les couches géologiques accumulées au cours des âges. Genèse et paléontologie nous disent la même chose. Une question s'insinue alors dans l'esprit du lecteur : comment l'auteur ancien a-t-il appris cela ? La science n'a pas de réponse.

Mais ici aucun discordisme ne peut avoir de prise. Aucune hypothèse explicative ne peut contredire le texte qui justement ne nous dit pas comment sont apparues les diverses espèces.

L'erreur des créationistes est d'en rajouter sur le texte. La fixité des espèces, disent-ils, s'oppose à toute évolution. Mais cette permanence des espèces inchangées pendant des dizaines de millions d'années

(les bactéries modernes paraissent comparables à celles des temps les plus anciens, les insectes qui nous entourent sont les mêmes qu'à la période tertiaire) ; cette persistance des espèces n'est pas un dogme révélé, c'est un fait d'observation.

La difficulté soulevée ne vient pas de la Bible qui décrit l'évolution, elle vient de la paléontologie et de la génétique ; d'où la complexité des théories évolutives qui doivent tenir compte à la fois et de la fixité remarquable des espèces et de l'apparition successive des diverses formes de vie.

La tâche n'est pas facile ; elle est loin d'être terminée, d'où l'aigreur des controverses.

## LE NEO-DARWINISME

Puisque l'espèce stagne et que la vie évolue, comme Bergson le remarquait, on doit chercher un moyen de passer d'une espèce à l'autre et pour contourner l'obstacle le mieux serait peut-être de le faire insensiblement. C'est l'hypothèse de Darwin, reprise et modifiée dans la théorie synthétique de l'évolution ou Néo-Darwinisme.

Darwin considérait que s'il survient de petites variations, le milieu, c'est-à-dire les conditions de vie, le climat, la nourriture et tout l'environnement, y compris tous les concurrents et tous les prédateurs, fourniront une sorte de crible : les variations favorables seront transmises à la descendance, les porteurs de variations défavorables n'auront guère de postérité. Au bout d'un très long temps ce qui était une rareté deviendra le caractère le plus fréquent. Répété successivement sur de très petits changements ce phénomène aboutira à ce que deux groupes, identiques au départ, divergent progressivement s'ils se reproduisent dans des milieux même légèrement différents.

Bien sûr certains groupes, vivant dans des milieux très constants resteront inchangés : voilà pour la fixité des espèces ; d'autres vivant en milieu changeant donneront de nouvelles formes, voilà pour l'évolution.

Le modèle est séduisant : d'autant que nous savons que le message génétique porté par les chromosomes peut subir des mutations, transmissibles à la descendance et capables de provoquer de petites variations. La plupart sont défavorables mais quelques-unes sont bonnes, les éleveurs le savent bien.

En raffinant les équations pour tenir compte de la dimension des populations, et en appelant sélection naturelle, non seulement l'effet du milieu, mais aussi le degré d'ajustement de la nouveauté à l'état auquel est arrivé précédemment l'espèce, on parvient à la proposition : les mieux adaptés ont plus de descendants et les plus performants finissent par remplacer les autres.

## LA PRODUCTION CONTROLEE

Un exemple grossier tiré de la vie quotidienne est celui des automobiles. Chaque année un nouveau modèle est présenté. Le jugement des clients fait ici l'office de la sélection naturelle. Et c'est finalement le modèle le moins couteux le plus performant, en un mot le mieux adapté, dans sa catégorie, qui sera produit au plus grand nombre d'exemplaires et s'emparera du marché.

Poussant le raisonnement à l'extrême, on peut résumer toute l'évolution par le jeu de deux forces : la mutation, d'une part, qui apporte les nouveautés et la sélection, de l'autre, qui trie le bon grain de l'ivraie. Il se trouve toutefois que certaines petites variations sont neutres, c'est-à-dire ne donnent aucune prise à la sélection naturelle comme l'a démontré Kimura. Cela ajoute un peu de fantaisie mais ne change pas le schéma.

Comme les mutations sont fortuites en ce sens que leurs effets n'ont aucun rapport avec le milieu auquel doit s'adapter l'organisme, on arrive à la proposition abrupte, devant laquelle Monod n'avait pas reculé que : tout dans la nature est le fruit du hasard et de la nécessité, selon le mot de Démocrite.

Mais si le hasard seul, corrigé par la sélection est la cause de l'évolution, il faut admettre que les espèces

ont été gagnantes un nombre incalculable de fois. Quand un joueur gagne trop souvent on finit par soupçonner qu'il possède une martingale ou bien que les dés sont pipés.

C'est un peu à quoi répondait le premier essai de Lamarck. Pour tourner la difficulté, il avait proposé que "*la fonction crée l'organe*". On connaît trop l'argument du cou de la girafe. A force de hausser la tête les descendants allongent leur cou.

Cette voie est impraticable.

Il existe une séparation entre les cellules reproductives et le reste du corps. Mille expériences ont démontré que les caractères acquis ne se transmettent pas.

Revenons aux automobiles. Supposons qu'un bricoleur modifie son véhicule. Il serait tout à fait impossible que ce changement à distance puisse corriger brusquement les plans de construction que les ingénieurs conservent soigneusement dans la fabrique.

La reproduction des vivants ressemble à cette usine. Le message de vie est minutieusement écrit, en un langage minuscule à l'intérieur des chromosomes et les modifications du corps ne peuvent changer ces instructions.

Pourtant les modèles d'automobiles se succèdent. Les ingénieurs tirent la leçon des pannes et des accidents pour améliorer leur engin. S'ils changeaient n'importe comment telle pièce ou telle autre, l'usine ferait faillite.

Alors dans l'évolution où donc est l'ingénieur ?

Ici je vous dois un aveu, lourd de conséquences et que les théoriciens ne font pas volontiers : nous n'en savons rien.

### ***L'ingéniosité du vivant***

Peut-être est-il dans l'être vivant ?

Une supposition de ce genre eût passé pour absurde il n'y a pas dix ans. On pensait en effet que, comme

les bactéries, tous les êtres vivants lisaient leur message pas à pas, annonçant lettre à lettre en suivant du bout du doigt. Mais nous savons maintenant qu'après une première transcription du texte original (de l'ADN en ARN), l'organisme se conduit comme un monteur de cinéma. Quand on a enregistré des kilomètres de pellicules et qu'on veut faire un film quelqu'un prend des ciseaux, découpe les passages inutiles et rapproche des séquences qui s'éclairent l'une l'autre par contraste ou par complément.

Les organismes supérieurs agissent de cette manière. Nous connaissons les ciseaux et les enzymes pour recoller et même les signaux pour choisir les passages. Mais comment et pourquoi cette lecture électrique est-elle l'apanage des êtres organisés, cela reste à découvrir.

L'organisme supérieur ne se contente pas de dévider ses bobines comme un magnétophone qui reproduit une symphonie. Il est tout à la fois exécutant et re-compositeur.

Alors il est très possible que nous échappe encore entièrement le mécanisme le plus important, celui qui met en forme et construit le vivant.

Prenons un exemple simple.

### ***Evolution et métamorphose***

On dit que le premier poisson qui renforça ses nageoires, se hissa péniblement sur la grève et conquiert les continents. Les jambes s'améliorant au cours des millénaires, ses descendants devinrent les animaux à quatre pattes. Le résumé paraît bon, mais ne dit rien sur le mécanisme.

Pour nous en rendre compte, voyons l'oeuf de grenouille. Il en sort un têtard qui avec ses branchies, ses nageoires, sa ligne sensitive latérale est, sous tous les rapports physiologiques et anatomiques, indiscutablement un poisson. Et un beau jour, sans mutation ni sélection, il perd sa queue, pousse des pattes, s'invente des poumons et devient un tétrapode. Non en quelques millions d'années, mais sous nos yeux, dans un bocal.

Apparemment au début il a trouvé dans son message comment on construit un poisson, puis après un déclic que l'hormone thyroïdienne peut déclencher, il semble relire fébrilement ses plans pour y trouver les instructions de montage qui font un tétrapode. Ce têtard en sait plus que nous.

### ***La forme et la différenciation***

On peut aller plus loin. Toute la génétique nous montre que les caractères de chacun, ses traits particuliers, sa coupe de visage, sa couleur de peau ou de cheveux sont très exactement définis par le message primitif contenu dans l'oeuf fécondé. Retrouvez-le quelque temps plus tard. Dans l'organisme constitué, chaque cellule est devenue un ouvrier accomplissant exactement une tâche spécialisée. Les uns font de l'os, du muscle ou du sang, et d'autres vont s'associer pour construire un réseau incroyablement compliqué, plus puissant que tout ordinateur concevable, pour constituer le cerveau.

Nous voyons tout cela, il nous reste à le comprendre, c'est la biologie de demain.

C'est pourquoi il est futile de prétendre que nous avons découvert le mécanisme de l'évolution. Il faut le dire franchement, le Néo-Darwinisme est la seule hypothèse qu'on enseigne actuellement non pas parce qu'elle est la bonne, mais parce qu'il nous manque encore le maillon le plus nécessaire à tout notre raisonnement. Ce ne sont pas les fossiles qui manquent ; mais l'ingénieur dans la machine, voilà le vrai chaînon manquant.

### ***Le message ordonné***

Il devient tout à fait évident que l'ordre dans lequel les instructions sont utilisées a par lui-même une importance. Et nous savons justement que les molécules d'ADN qui portent ces inscriptions ne flottent pas dans la cellule comme des spaghettis dans un bol de soupe. Minutieusement lovées, comme une bande magnétique dans sa minicassette, elles forment ces bâtonnets, les chromosomes, qu'on voit sous le microscope. Avec les techniques récentes

chacun d'eux est reconnaissable, non seulement par les dimensions mais par sa structure interne de bandes diversement colorables.

Un peu comme les définitions du dictionnaire sont rangées dans chaque tome que nous retrouvons par le titre au dos de la reliure, de la même façon les gènes sont alignés sur les chromosomes mais chaque espèce a choisi une répartition particulière des tomes de son encyclopédie.

Une espèce, un caryotype, ceci résume grossièrement le travail de bénédictin accompli dans les derniers cinq ans.

Bien plus que les gènes particuliers, c'est cette présentation, ce style, qui résume la différence entre une espèce et une autre.

### ***L'espèce et les chromosomes***

Un exemple familier, celui de l'âne et du cheval nous le fera comprendre. Le mulet né d'une jument et d'un baudet est fort bien conformé et pour certaines qualités d'adresse et d'endurance est supérieur à ses deux parents. Les différences géniques ne sont donc pas une barrière, mais l'hybride ne peut procréer. Les chromosomes du cheval sont différents de ceux de l'âne et au moment de la maturation des cellules reproductrices il ne peuvent pas s'apparier exactement deux à deux, pour se répartir équitablement dans les ovules et les spermatozoïdes.

Cette stérilité des hybrides explique qu'un remaniement chromosomique soit défavorisé à son apparition. Un sujet portant côte à côte le modèle ancestral et le modèle remanié aura quelque peine à les appairer. Certaines cellules reproductrices ne recevront pas un patrimoine équitable. La descendance en souffrira.

Mais si la nouveauté est présente à deux exemplaires, la fécondité réapparaîtra. Il faut donc absolument parvenir au plus vite à cet état homozygote.

Le moyen le plus expédient serait que le premier porteur de la nouveauté à double exemplaire se reproduise avec lui-même par auto-fécondation. C'est possible chez les végétaux. Et toutes les espèces nouvelles qu'on a fabriquées à ce jour l'ont été par ce procédé.

Chez les animaux supérieurs la séparation en deux sexes s'oppose à cette pratique. Le seul moyen de parvenir au résultat est donc que le premier porteur se croise avec ses descendants, pour parvenir le plus tôt possible, au prix d'un certain déchet, à des individus mâle et femelle porteurs homozygotes du chromosome remanié.

La solution optimale serait d'obtenir d'emblée un couple ainsi constitué. La pathologie de certains jumeaux nous offre sur ce point une indication précieuse.

A partir d'un oeuf fécondé mâle, porteur de 46 chromosomes dont un X et un Y il arrive, exceptionnellement, que la division en deux jumeaux identiques, s'accompagne pour l'un d'eux de la perte du chromosome Y, qui détermine la masculinité. L'un des jumeaux persiste en son devenir de garçon, l'autre n'ayant reçu qu'un chromosome X et pas de chromosome Y se développe en une femme imparfaite.

Une jeune fille atteinte de cette affection se plaignait d'un trouble étrange : elle n'osait, disait-elle, se regarder dans un miroir, car elle y voyait son frère. Extraordinaire intuition bien féminine d'ailleurs ; elle ressentait profondément une réalité biologique, alors tout à fait inconnue. Au chromosome Y près elle était précisément un fragment de son frère dont elle était issue.

Partir d'une femelle imparfaite semblerait un début impossible si l'on ne savait que chez la souris, par exemple, la femelle porteuse d'un seul X est normalement féconde et que même dans notre espèce de très rares femmes porteuses d'un seul X ont engendré.

Tirer la femelle du mâle est une possibilité très réelle et un moyen expéditif pour contourner la difficulté majeure des théories évolutives.

L'expérience n'a pas encore été tentée, même chez la souris, car si nous savons déjà manipuler les gènes nous ne savons pas encore remanier les chromosomes à notre guise. Mais permettez-moi de vous dire en confiance que si l'histoire d'Adam et Eve n'était pas tellement connue ce procédé prometteur paraîtrait révolutionnaire.

### ***L'évolution des Primates***

Venons à ce que nous savons de l'évolution des primates, ceux qui nous ressemblent le plus. En mai dernier, quelques grands spécialistes en avaient discuté à l'Académie Pontificale des Sciences ; c'est pourquoi je puis vous en rapporter quelque chose.

Il y a un ou deux ou trois millions d'années, un bourgeonnement extraordinaire apparut chez les primates dans une vaste zone allant du Kenya à l'Asie en passant par la Palestine. Des formes nouvelles se succèdent rapidement dans les couches géologiques. Le squelette correspond à celui d'un être habile puis d'un être dressé dont la capacité crânienne dépasse largement celle des grands anthropoïdes actuels. La cause de ces changements nous échappe. Les formes se succèdent et l'ensemble donne l'impression d'une sorte de préparation à un événement important.

### **L'HOMME COMME NOUS**

Il y a quarante mille ans, cent mille au plus, semble-t-il, fait soudain son apparition l'homme comme nous, notre ancêtre, notre semblable. Autant qu'on puisse le dire aujourd'hui, les différents fossiles connus, Cro Magnon ou Néanderthal, appartiennent à notre espèce.

Nous sommes vraiment les derniers venus. Ici le texte de la Genèse emploi le mot "*créa*". Yaweh préleva une côte, referma la chair à sa place, puis de la côte

tirée de l'homme il façonna une femme et la lui donna pour compagne. Alors celui-ci s'écria : "*à ce coup c'est l'os de mes os et la chair de ma chair, celle-ci sera appelée femme car elle fut tirée de l'homme*". Ici nous touchons un profond mystère.

La génétique nous montrait bien qu'il fallait mettre en oeuvre la consanguinité la plus étroite, voire, pour aller plus vite, fabriquer un couple unique et peut-être tirer la femelle du mâle, mais pouvions-nous supposer qu'il ait fallu une intervention toute spéciale, absolument singulière pour l'émergence de notre espèce ?

### ***Un curieux phénomène***

L'homme est un curieux phénomène. Il sait se tenir debout, fabriquer des outils, utiliser un langage et ces traits sont utilisés souvent pour le définir. Pourtant il semble avéré que des formes antérieures marchaient déjà sur deux pieds il y a un ou deux millions d'années, que les premiers éclats de pierre sont peut-être presque aussi anciens. Et même pour *l'homo habilis*, certains pensent que les empreintes laissées sur l'endocrâne par les zones de Broca et de Wernicke permettent d'évoquer la possibilité anatomique de centres primitifs du langage.

Mais il y a plus important que l'outil rudimentaire ou même qu'un système de communication, la supériorité absolue, la complète nouveauté de l'homme, c'est d'être la seule créature capable d'éprouver une sorte de connivence entre les lois de la nature et son sentiment d'exister. La faculté d'admirer n'existe que chez l'homme. De mémoire de jardinier on a jamais vu un chien goûter le parfum d'une rose. Jamais un chimpanzé n'a contemplant un coucher de soleil ou la splendeur du ciel étoilé.

Celui qui le premier, sut qu'il devait mourir et construisit des tombeaux, celui qui secourut le semblable blessé, le soigna, le nourrit et protégea sa faiblesse durant de longues années, les fossiles nous le prouvent, celui qui découvrit l'art bien au-delà de la technique, celui-là qui est nous et n'a pas cent mille ans possède comme une étincelle de l'amour intelligent.

Qu'il ait fallu pour cela une intervention divine, le scientifique n'en sait rien, mais n'en serait pas surpris.

D'ailleurs Wallace qui inventa la sélection naturelle s'étonna tout le premier que le gros cerveau de l'homme ait été favorisé. Outre la difficulté qu'il impose à tout accouchement, quel est l'avantage immédiat d'une si puissante machine pour la survie de tous les jours ?

Avant que la faculté de déchiffrer l'univers apporte quelque chose (et ce quelque chose est énorme, nous déchaînons la force atomique et nous visitons les planètes), il faut une accumulation de savoir sur des centaines de générations. Comment la sélection naturelle pouvait-elle anticiper cela ?

On peut admettre, c'est l'hypothèse nulle, qu'il s'agit d'un épiphénomène qui s'accroît avec le perfectionnement, mais ceci revient à dire que toute progression de l'esprit s'accompagne inmanquablement d'une lente reconnaissance de ce qui fût son origine.

### ***La côte d'Adam***

Revenons-y un instant. Le texte de la Genèse est précis, il mentionne la côte d'Adam ; plus exactement les deux côtes, le mot est au duel. En bon français, une paire de côtes. Pourquoi lier notre émergence à ce petit os plat ? Sans rien interpréter, on peut remarquer simplement un fait noté dans tous les manuels : nos plus proches cousins les gorilles et les chimpanzés ont treize paires de côtes et nous n'en avons que douze.

Il serait hors de question de bâtir un nouveau concordisme sur les faits que je viens d'évoquer. Pour la raison, toujours la même, que la science évolue et donc que les théories passent, alors que le vrai demeure.

Plus simplement on peut dire que le discordisme, de nos jours, n'est pas inéluctable et qu'il a même fort peu de prise.

## LE JARDIN

Le temps passe, et notre promenade sur les voies de la vie a été trop longue déjà. Pourtant il serait dommage de refermer le livre sans visiter le jardin et l'arbre de la science. Vous le ferez vous-mêmes ; un simple biologiste n'est pas le meilleur guide.

Il me souvient d'une discussion sur l'origine de notre espèce où j'exposais le mécanisme que nous suggère la génétique, l'expédient du couple unique. Un savant contradicteur me lança : *"mettons que vous ayez obtenu votre bipède nu, sans crocs, sans griffes, et admirant. Que ferez-vous pour le protéger du premier prédateur venu ?"* - *"Avec votre permission, répondis-je, je le mettrai dans une réserve, soigneusement protégée, un agréable jardin !"* - *"Et vous prendrez garde ensuite à ce qu'il n'absorbe pas quelque produit toxique qui troublerait ses esprits !"*.

A cela je n'eus pas de réponse.

Je n'ose imaginer comment quelque poison pourrait paralyser les connexions qui relient le réseau affectif au réseau intellectif, et serait capable, en même temps, de modifier dans tous les chromosomes et définitivement les instructions primitives qui dictent justement la mise en place de ces parties du cerveau...

Et pourtant cette faille à l'origine, cette difficulté de saisir à la fois le passionnel et le logique, celle qui rend si rare les moments où nous admirons, cette faille existe vraiment. Les philosophes le pensent, chacun de nous le ressent, le coeur et la raison, ne vivent pas, comme on dit, en bonne intelligence. C'est notre condition d'homme.

Nous voici revenus à notre constatation de départ : le révélé parle au coeur, l'expérience à la raison. Peut-on les recevoir ensemble ?

C'est arrivé au moins une fois.

## UN SIGNE DANS LE CIEL

Il y a près de deux mille ans, une délégation d'astronomes, venus de l'Orient, se rendit à Jérusalem. Ils avaient observé dans le ciel un signe en mouvement qui d'après leurs calculs, devait être l'annonce d'une bonne nouvelle. Ils avaient déduit la direction à prendre sans savoir où chercher.

Le Roi manda ses conseillers qui, comme lui, ne comprenaient guère mais redoutaient quelque chose : une bonne nouvelle n'est pas nécessairement agréable au pouvoir établi. La conférence en fut restée là, mais les théologiens de l'époque, interrogés aussi pour ne rien laisser au hasard, répondirent immédiatement qu'ils avaient bien noté dans le récit d'un prophète mineur une phrase qui disait : *"Et toi Bethléem ephrata tu n'es pas la moindre des bourgades de Judée. De toi naîtra le pasteur d'Israël, celui dont l'origine remonte aux temps les plus anciens, aux jours de l'éternité"*.

Allez à Bethléem. Le conseil était bon et les mages ressentirent une grande joie lorsque le signe du ciel s'arrêta. Ils découvrirent alors la chose la plus admirable : la créature conçue à la perfection même ayant, par l'opération de l'Esprit, donné naissance au nouvel Adam. Ils virent la Vierge et l'Enfant.

Le merveilleux de cette histoire est à la fois qu'elle est vraie et qu'elle est en même temps une sorte d'apologue sur les saines relations de la science et de la Foi.

Les mages ne mirent pas un instant en doute la compétence des docteurs ; ils décidèrent d'aller voir. Mais le plus touchant peut-être est que les doctes de leur côté ne levèrent même pas le nez de dessus leur livre. Bien sûr je n'y étais pas et cette précision peut paraître inventée. Pourtant connaissant Matthieu qui conte si joliment, je crois qu'il n'eût point manqué de nous peindre Hérode et toute sa cour, sortant avec les massorètes, et se tordant le cou pour essayer d'apercevoir ce que les mages admiraient.

Croyez-m'en, ils n'en firent rien. Bien leur en prit d'ailleurs, ils n'eussent probablement pas vu ce que les savants discernaient. Il faut pour déchiffrer la Nature une très longue patience.

Ainsi chacun faisant consciencieusement sa besogne, écoutant l'autre sans rechigner, mais aussi sans rien retrancher de sa connaissance assurée, cette conjonction des efforts conduisit des hommes de bonne volonté jusqu'à la vérité la plus haute.

Quant au pouvoir politique, dûment éclairé par la foi et averti par la science, il fit comme d'habitude, invoqua la raison d'état et massacra les innocents. Notre époque en sait quelque chose.

La biologie moléculaire est là pour nous enseigner que la nature humaine nous est donnée à l'origine. La technique la plus récente, la fécondation extra corporelle nous démontre, et dans notre espèce, que l'être vient à la vie au moment de la conception. Les sonars les plus sophistiqués nous ont fait voir l'enfant, encore au ventre de sa mère, accomplir à deux mois d'âge une sorte de danse pleine de grâce et de jeunesse.

De son côté le magistère nous a répété la même chose, le même message inchangé parce qu'il est de vérité.

Et pourtant le pouvoir politique....

Alors on accueille en soi cette révélation terrible que Notre-Seigneur Lui-même nous transmet, ce décret incompréhensible et qui pourtant crève les yeux, cette *"décision du Dieu qui fit le Ciel et la Terre et rendit toutes ces choses si obscures aux savants et aux habiles, et les a révélées aux enfants"*.



D I S C O U R S   D E   R E C E P T I O N

A   L'ACADEMIE

DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES

(\*)

(Décembre 1983)

(\*) L'homme Nouveau du 18 décembre 1983. Nous tenons à remercier la rédaction de ce journal de nous avoir autorisés à reproduire ce texte.

Monsieur le Président, Monsieur le Président de l'Académie des Sciences morales et politiques, je me permets tout d'abord de vous présenter mes respects et de vous dire combien je suis heureux que vous ayez pu présider notre assemblée ce soir.

J'aurais voulu saluer tout à l'heure, Mme le Recteur qui, malheureusement, a été retenue. Mais même si elle n'est pas là, je voudrais dire combien je suis touché par son hospitalité. J'ai appris la génétique sur les bancs de la Sorbonne, du temps où cette vieille maison était encore l'"*alma mater*" de toutes les disciplines. J'y ai passé ma thèse sous la présidence de M. Philippe Lhéritier, et c'est pour moi quelque chose de très touchant de retrouver, en ce lieu, un petit peu des élans de la jeunesse et, en même temps, la déférence à un grand maître. C'est un homme dont je suis heureux de saluer l'action, ici, dans cette Sorbonne.

Monsieur le député-maire du quartier latin, permettez-moi de vous dire combien je suis touché que vous, Monsieur le représentant du maire de Paris, Messieurs les sénateurs, Messieurs les députés, vous soyez venus à cette cérémonie, à vrai dire, très intime, entre amis. Car vous m'avez déjà donné des preuves personnelles du souci que vous avez des progrès de la connaissance dans notre ville et dans la nation, et je suis heureux de pouvoir publiquement vous dire tout ce que je vous dois.

Monsieur le Président de l'Académie pontificale des Sciences et Monsieur le Chancelier, c'est un très grand plaisir que vous soyez ici ce soir, parce que je sais que c'est seulement l'amitié qui a guidé vos pas. Chacun sait combien il est difficile de saisir le Professeur Chagas, lors d'une de ses étapes de la visite de la science du monde. Et chacun sait qu'il n'est pas facile que le Père di Rovasenda délaisse un instant les charges d'une Académie scientifique, la plus prestigieuse du monde. Car sous votre impulsion, et avec la décision délibérée du Saint-Père, cette Académie oeuvre obstinément pour le bien de la science et pour le bien des scientifiques de bonne volonté.

Vous êtes, Mgr Oliveri, le garant de cette décision du Saint-Père, puisque vous venez de la nonciature apostolique. Je m'adresse aussi au Père Vingt-Trois, Vicaire général du cardinal-archevêque, et à vous également, Mgr Frana, qui êtes délégué du Saint-Siège à l'UNESCO. Vous montrez, par votre présence, que cette décision de Jean-Paul II de donner à la science sa vraie dimension, c'est-à-dire de servante de la vérité, est en quelque sorte matérialisée devant nous par le fait que vous soyez venus. Soyez-en très profondément remerciés.

Messieurs les membres de l'Académie, il est très difficile de s'adresser à vous. Vous avez pris un risque calculé en appelant dans votre compagnie un médecin et un biologiste à trancher des choses de la morale et de la politique. Je ne me permettrai pas un instant de discuter votre décision. Je pense qu'il est mieux que, délibérément, je n'emploie pas, pour vous décrire mes sentiments, les termes d'un tel excès d'honneur ou d'une indignité. Je ne crois pas que la modestie doive être présentée en public. Ce qui sied à l'"*homo novus*", c'est la reconnaissance.

Et la reconnaissance, je voudrais vous la présenter sans aucune retenue. J'ai été et je suis très heureux d'être accueilli par vous. Il est profondément éclairant de voir, chaque semaine, une question grave envisagée par un historien, un géographe, un moraliste, un démographe, un sociologue, un philosophe, un théologien. Sous ces aspects multiples, sous ces différentes façons de voir les choses, brusquement, morale et politique deviennent

une sorte de science, je veux dire, une vérité qu'on ne cerne jamais tout à fait, mais vers laquelle on chemine par des sentiers convergents, dont aucun ne peut donner une perspective complète. Et ingénument, je vous dirai que ces réunions du lundi sont une sorte d'école du savoir, je dirais le commencement de la sagesse. Oh, un commencement de la sagesse qui ne doit rien à la crainte, mais tout à la liberté de l'esprit.

Et c'est justement la liberté de l'esprit, chers amis, qui nous réunit ce soir. Quand je suis entré en médecine, j'ai été profondément frappé par l'intelligence enchaînée dans le substratum inachevé et je l'ai reçu comme un scandale de notre intolérable insuffisance.

Je vous disais que c'était la liberté de l'esprit qui nous réunissait ce soir et vous avez été, tout à l'heure, ma chère Marie-Odile (1), exactement dans votre rôle de professeur, quand vous avez fait une profession de foi. C'est vrai que depuis que nous oeuvrons côte à côte, -et comme vous l'avez dit, cela fait trente ans-, nous avons appris progressivement à reconnaître cet esprit empêché par un corps imparfait. Nous avons appris à aimer Pierre, ou Jacques, ou Paul, ou Madeleine, ou Françoise, alors que la pathologie, elle, ne voyait qu'un syndrome. Et notre métier de généticien présente ce paradoxe que nous sommes peut-être les derniers médecins de famille puisque, au fil des ans, les malades affectueux et les parents admirables deviennent tout naturellement des amis.

Et je voudrais vous remercier, Marie-Odile, pour tout ce que vous faites, mais je voudrais surtout vous remercier pour le vrai médecin que vous êtes.

Et je voudrais m'adresser aussi à vous qui êtes ici ce soir, Bruno, Philippe, Pierre, Jacques, Françoise, Béatrice. Je voudrais m'adresser à vos parents, et puis aussi à la chère Constance qui vous connaît tous. Je voudrais vous remercier d'être ici ce soir. Vous le savez comme moi, la médecine ne fait pas de miracles. Mais le vrai miracle, c'est qu'il existe quand même entre nous une connivence qui nous donne le courage de poursuivre. Car -et tu l'as très bien dit tout à l'heure, Pierre (2), et ce n'est pas la peine que je le répète- le développement de la génétique est au service de l'esprit et de la vérité.

Reste une évocation que tu ne pouvais faire et à laquelle je tiens beaucoup parce que la carrière du chercheur est parfois solitaire, mais elle est toujours vivifiée par une constante solidarité, celle de ceux qui oeuvrent de tout leur coeur à la même aventure. Si je tiens à citer à l'honneur Mesdames les techniciennes -Mesdames Macé, Gavaïni, Julan, Picq, Lenne, les deux Catherines, Christine et Danielle- sans oublier, bien sûr, Mme Baroni à qui cette soirée doit tant, ce n'est pas simplement par affectueuse gratitude, c'est par simple souci de justice.

Je voudrais dire aussi un mot des élèves. Ils passent vite. Ils deviennent des collaborateurs, des confrères, puis des collègues. J'en vois beaucoup ici ce soir et j'en suis tellement heureux que je voudrais leur dire -non pas nommément, mais à chacun personnellement- combien je suis heureux de leur réussite, de leurs succès et de leurs découvertes.

Mais que dire de l'ardeur qu'on voit sur le visage des plus jeunes, impatients d'en découdre avec l'inconnu. S'ils gardent l'enthousiasme, je peux leur dire qu'ils ne seront pas déçus. Parce que si la chance, comme le voulait Pasteur, ne favorise que les esprits préparés, la plus grande chance que l'on puisse se donner, c'est de préparer son esprit.

Il est, je crois, mon cher Pierre, tout à fait exceptionnel que le frère du prédécesseur soit en même temps le présentateur du récipiendaire. Et cette circonstance me touche profondément, car elle résume à la fois notre affection et notre estime réciproques et aussi le rôle qu'a joué ton frère, le Professeur Jean-Robert Debray, dans le déroulement de ma carrière. En effet, son intervention fut absolument décisive sur ma façon de penser et d'écrire. Il m'avait demandé simplement : "*Traduisez en termes intelligibles le jargon de la génétique*" en me demandant de venir communiquer devant votre Académie, Messieurs.

C'est de cet essai que découlent, cher Marcel Clément, en partie, non totalement, les développements dont vous avez parlé tout à l'heure. Car ce devoir imposé d'essayer d'exprimer en termes intelligibles le jargon qui nous

était familier m'a fait voir plus clairement -et je ne l'aurais peut-être pas vu facilement sans cela- toutes les implications morales et politiques du respect de la vie des hommes. Je ne reprendrai pas ce sujet. Vous l'avez traité magistralement. Et le disciple d'Hippocrate ne peut qu'écouter le disciple d'Aristote et de saint Thomas, pour tâcher d'en faire bon usage.

Tandis que vous parliez, je me disais qu'il ne me restait qu'à accomplir ce que vous étiez en train de décrire. Mais c'est que c'est là toute l'affaire. La mer de l'ignorance est comme celle du poète, "*toujours recommencée*". Les actions les plus nécessaires, les découvertes les plus urgentes ne sont qu'un petit apport et une sorte de digue de sable incessamment détruite, incessamment reconstruite. Ce qui compte vraiment, c'est la prochaine pelletée. Il est vrai qu'il est terrible de voir que la médicalisation du massacre des innocents est "*stricto sensu*", l'avortement de la médecine. Et il est vrai qu'il est terrifiant que le génie des hommes les pousse, chaque jour, à dérober une nouvelle étincelle du feu des étoiles et que, nouveau Prométhée, bien plus puissant que l'autre, l'homme moderne ait en ses mains de quoi, pour la première fois, allumer sa planète. Et si, parmi les envoyés que le Saint-Père délégua aux puissants de ce monde, le Professeur Chagas avait suggéré un spécialiste des dérèglements de l'esprit, c'était peut-être pour montrer par là que même chez les gens d'une intelligence exceptionnelle, la raison, parfois, a des emportements que le coeur ne peut souffrir.

Vous m'avez fourni, Monsieur, l'arme dont je suis censé me servir pour défendre ce rempart menacé. Et ce faisant, vous avez très exactement parachévé votre action. Car j'ai dit tout à l'heure ce que je devais à Jean-Robert Debray. Je n'oublie pas que c'est sous votre présidence que vous m'avez appelé à parler une seconde fois devant vous, Messieurs les académiciens. Et vous m'aviez imposé un sujet : "*L'origine de l'intelligence*". Tâche impossible assurément, encore qu'un Aristote, un Thomas eussent..., peut-être... Mais nonobstant, Monsieur, je crois que vous estimâtes que votre communicant d'un jour pourrait peut-être devenir le confrère de demain. Et je ne dévoile aucun secret, je crois, en vous disant en public toute ma reconnaissance. Vous avez décidé de

cette élection et c'est un vrai bonheur pour moi de recevoir de vos mains cet emblème.

Parce que, il y a un instant, je parlais d'une arme. Mais en fait, c'est un symbole. Non pas que l'arme soit à négliger. Découverte par Jean de Grouchy, approuvée par Jacques Lafourcade, acceptée par Henri Jérôme, je dois dire qu'elle m'a séduit d'emblée par ses qualités propres. Elle est bien en paume, équilibrée, souple, apparemment rapide et sa lame paraît bien propre à crever quelques baudruches. Mais ce n'est pas tellement cet usage qui importe. Vous l'avez bien décrit tout à l'heure, Monsieur, sur les instructions de mon frère Philippe, M. Lavaur a figuré quelques symboles, et qui, pour moi, résumant bien des choses. Parce que l'étonnant, l'étourdissant, l'invraisemblable, c'est ce fait pourtant évident que l'homme puisse à la fois contempler les splendeurs de l'univers -d'où le télescope- et en même temps scruter l'écriture minuscule de la vie -d'où l'ADN qui tourne à droite ou à gauche- ; que le génie de celui qui va décrire les lois qui règlent la marche des planètes et qui va construire des fusées pour aller poser le pied dessus, que ce génie puisse occuper un espace aussi restreint qu'un oeuf fécondé ou même soit déjà présent dans le petit bonhomme de deux mois -d'où l'image charmante du Tom Pouce- cela passe très exactement l'imagination. Et pourtant, c'est vrai.

Il n'y a pas de matière vivante, il n'existe et il ne peut exister qu'une matière animée, et c'est justement ce qui l'anime qui est l'objet de notre science. Il faut alors, nécessairement, qu'il y ait dans cette matière animée quelque chose qui fasse que cet être que nous sommes -aboutissement de la création- ait quelques ressemblance avec celui dont il est issu.

C'est tellement vrai que la vie est écrite en chacun de nous que s'il existe une erreur, s'il y a un changement dans les chapitres -d'où les chromosomes sur le demi-champ microscopique-, le substratum de l'esprit ne peut s'épanouir totalement, d'où une certaine déficience. Alors là, vous comprendrez, Monsieur, pourquoi j'ai demandé que le demi-champ de l'observation soit complété par un parchemin vierge, sauf le début, le début qui redonne courage : "*Deo juvante*". Parce que, sur ce parche-

min où il n'y a rien d'écrit, un jour, je ne sais quand, je ne sais qui, écrira la suite de l'histoire et de la médecine, servante de la vie, enfin, redressera le destin.

Un mot de saint Irénée résume tout : "*Gloria Dei est homo vivans*", "*La gloire de Dieu, c'est l'homme vivant*". Et tenter de rendre à chacun cette plénitude de vie que nous appelons la liberté de l'esprit, voilà une tâche pour nous, pour nos successeurs, pour leurs successeurs. Et s'il fallait, d'un mot, que je vous résume le programme scientifique qui mènera à cet achèvement, je l'emprunterais simplement à Monsieur Vincent. Un seul mot : "*Davantage*".

Rassurez-vous, chers amis, je ne vais pas vous développer le programme scientifique davantage. En terminant, je voudrais saluer tous les membres de ma famille que je vois ici, pour leur dire combien je les remercie. Je voudrais évoquer une plus grande famille, la famille médicale qui est représentée par beaucoup d'amis, et puis une famille plus grande encore, celle de l'endroit où nous sommes, celle de ce quartier latin. Ce quartier latin, si vieux, si jeune, si extraordinaire qu'on a même, de temps en temps, comme on dit, le bonheur d'y rencontrer des gens heureux ! Et je dois dire que je le suis ce soir. Je vis dans ce coeur de la capitale, auprès d'une femme merveilleuse, d'enfants charmants, de petits enfants délicieux et aujourd'hui, d'amis innombrables.

Alors, permettez-moi d'employer, juste un instant, la langue qui a donné son nom à notre quartier : "*Carissimi amici, toto corde meo gratias ago vobis. Gaudeamus igitur ! Tempus est bibendi*". En d'autres termes, merci à tous et le champagne vous attend.

---

(1) Marie-Odile Réthoré qui prononça un discours lors de cette cérémonie.

(2) Pierre Debray-Ritzen qui prononça un discours lors de cette cérémonie.

R. R. J. 1985  
Pages 153 à 172

E P I S T E M O L O G I E



LES SYSTEMES JURIDIQUES  
SONT-ILS PASSIBLES  
D'UNE REPRESENTATION SYSTEMIQUE ?

Par J.-L. LE MOIGNE

*Professeur (associé) à l'Université de Droit,  
d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille,  
Faculté d'économie appliquée  
G.R.A.S.C.E. E.R.A. C.N.R.S. n. 640*

Malgré les tentatives insistantes et chaleureuses de quelques pionniers (1), on nous assure que la notion de système n'est toujours pas volontiers acceptée par les sciences juridiques contemporains (2) : la science du droit, assurée de sa riche histoire autant que de sa nécessité, pourrait donc ignorer sans crainte un renouvellement épistémologique majeur qui semble concerner toutes les disciplines, sciences de la Nature et sciences de la Vie, sciences de l'Homme et sciences de la Société ? Cette inattention mérite peut-être d'être considérée avec quelques scrupules par les tenants de la systémique (3), dans la mesure où elle remet implicitement en question un des objectifs les plus assurés de leur entreprise de restauration de la notion de Système : rendre à la science, au moins par un langage et un appareil conceptuel universel, son Unité... oubliée et parfois reniée dans l'atomisation des disciplines au fil des trois derniers siècles (4). Par cons-

truction, l'Unité ne se divise pas : si la science du droit ignore la systémique... et ne semble pas en souffrir, au moins dans l'immédiat, n'est-on pas acculé à une alternative désagréable ? Contester au droit sa prétention à la scientificité (c'est un Art, sans doute, mais pas une Science), ce qui sauvegarderait l'objectif d'universalité scientifique de la systémique... Si le droit l'ignore, c'est qu'il n'est pas digne de l'onction de la Science (... et donc de la science des systèmes !)... Position prétentieuse, que les facultés de Droit récuserait avec une compréhensible indignation !

Faut-il alors renverser la proposition : si la systémique n'est pas capable de contribuer au développement d'une science du Droit, sa prétention à l'universalité scientifique n'est pas fondée ... cette universalité ne constitue-t-elle pas pourtant sa caution scientifique la plus assurée ? Dès lors c'est la scientificité de la systémique, et non plus celle du droit, qu'il faudrait reconsidérer. Que l'on milite dans et pour la science du droit ou dans et pour la science des systèmes, l'alternative est provoquante. Ne doit-on pas chercher en argumenter soigneusement les termes, soit pour conforter ses propres convictions antérieures, soit pour les développer en les approfondissant ... et donc en modifiant leur présentation sinon leur teneur ? A moins qu'un vague syncrétisme ne s'avère finalement supportable ... en attendant des jours meilleurs ... quant au statut épistémologique -peut-être trop fragile encore- de la science du droit et de la science des systèmes !

## LES PROBLEMATIQUES DE LA SYSTEMIQUE

On se propose de contribuer ici à cette réflexion en reconsidérant les problématiques par lesquelles se présente usuellement la science des systèmes lors de ses expositions aux disciplines scientifiques qu'elle souhaite séduire par la cohérence normative de ses concepts généraux et par la fécondité heuristique de ses instrumentations (5). On espère, ce faisant, susciter chez les juristes -et plus spécifiquement chez ceux d'entre eux qui font profession d'épistémologie en matière de science juridique-

une attention bienveillante puis imaginative susceptible de susciter quelque intérêt à double effet : en reconnaissant la pertinence de la modélisation systémique en matière de représentation des systèmes juridiques ... et donc du droit, ou restaurerait la crédibilité de la systémique dans sa revendication d'universalité potentielle ; et en suggérant quelques propositions méthodologiques argumentées et peut-être innovatrices, on apporterait à la science du droit quelques occasions de développement et de re-présentation peut-être bienvenue ; l'interaction système - droit s'avèrera-t-elle aussi bénéfique pour les deux parties que le furent les interactions système - biologie, système - sociologie, système - chimie, système - psychologie ... et que le devient peut-être l'interaction système - économie ? ... Le seul risque pour la science du droit, est de voir remis éventuellement en question le paradigme positiviste sur lequel elle s'est peut-être un peu trop exclusivement appuyé dans ses développements contemporains depuis Kelsen ... (6). Il est des juristes qui tiendront ce risque pour salubre ... d'autre pour inconfortable : en sortant respirer le vent du grand large, on risque, convenons-en, de prendre froid !

Il apparaît en effet que le foisonnement proprement stupéfiant de la notion de système dans les sciences contemporaines peut être perçu de deux façons drastiquement différentes ... : j'aime illustrer cet antagonisme insoluble par le dessin fascinant, conçu semble-t-il par Hill en 1915, et qui, par son ambiguïté, enchante depuis cinquante ans les psycho-sociologues. Ce portrait, demande Hill, est-il celui de ma jeune femme, ou celui de ma belle-mère ? ... Ainsi peut-être la systémique : est-elle le nom donné à une fort analytique analyse **des** systèmes, ou bien est-elle l'identifiant donné à la représentation d'**un** indescriptible complexe, concevable, mais non strictement analysable (... par définition même de la complexité !) ?



## L'ANALYSE ANALYTIQUE DES SYSTEMES

Le plus grand nombre des discours officiels introduisant la notion de système se réfère, souvent exclusivement hélas, à la première interprétation = "*un système est un ensemble*" (la définition précise en général : un ensemble d'éléments en interaction ... autrement dit ... dans le jargon désormais familier de la théorie des ensembles ... un ensemble muni d'un certain type d'application de cet ensemble sur lui-même). Cette définition ensembliste semble très généralement acceptée puisque même le père fondateur officiel de la "*general system theory*" (7), le biologiste austro-américain Ludwig von Bertalanffy (8) la retient sans souligner les conséquences épistémologiques qu'elle implique en référence à la deuxième présentation qu'il présente comme une variante plutôt que comme une alternative : "*un système est un complexe*".

Cette définition ensembliste - et donc analytique (un ensemble est analysable par la seule énumération de ses éléments et de leurs propriétés) va permettre de baptiser un très grand nombre de méthodes de représentations (les méthodes dites d'analyse des systèmes, analyse organique, analyse fonctionnelle, analyse de l'existant ...) et un plus grand nombre encore de constructions théoriques prétendant, par leurs formalismes mathématisés, résoudre ou expliquer diverses classes de phénomènes : comme les formalismes de la "*théorie des ensembles*" se popularisaient, boubakisme aidant à partir de 1950, en même temps que la théorie des systèmes, il était tentant d'auréoler du prestige systémique nombre de développements de la mathématique ensembliste en quête de respectabilité académique : la théorie de la communication et de la commande (N. Wiener) ; la théorie mathématique de la communication (C. Shannon), la théorie des automates (J. Von Neumann) les théories normatives de la décision (A. Wald, L. Savage, K. Arrow, T. Koopmans, M. Allais, J. Marshak, P. Massé, J. Lesourne, ...), la théorie de la computation (Computer science : J. Turing, J. Von Neumann, M. Minsky, H.-A. Simon...) et les théories mathématiques de la gestion des organisations de production (recherche opérationnelle, dynamique industrielle (J. Forrester), mathématiques de la programmation (G. Dantzig, R. Bellman) ... se présentèrent volontiers comme des théories systémiques sérieuses par leur capacité

à tirer parti de la symbolique ensembliste et à se référer aux théorèmes des formalismes ensemblistes rafraîchis par l'École Bourbakiste. Même les constructions qui visaient (et visent encore) à proposer une mathématique du qualitatif (théorie des graphes, théories des sous-ensembles flous, analyse des données...), mathématiques arborant donc fièrement les fanions systémiques, se présentaient par un discours et une symbolique scrupuleusement ensembliste : toutes, implicitement mais inéluctablement se condamnaient donc à s'enfermer dans la contraignante axiomatique de la théorie des ensembles, et en particulier aux trois axiomes terribles : tout est explicable indépendamment de l'observateur (déterminisme) ; tout est réductible à des éléments eux-mêmes irréductibles (réductionnisme) ; tout ce qui n'est pas vrai est faux, ou le complémentaire d'un ensemble est son contraire (tiers exclus).

## **REDUIRE LA COMPLEXITÉ DU REEL EN LE TRIVIALISANT ?**

Dès lors qu'un modélisateur se trouvait dans une situation où l'un au moins de ces axiomes lui semblait peu adéquat, il n'avait plus le choix qu'entre la fuite en avant (par simplification abusive) ou l'abandon pur et simple !... Comme les contraintes institutionnelles de la recherche et de l'enseignement scientifique interdisent moralement l'abandon, on a été témoin, depuis une vingtaine d'années, dans les domaines des sciences de l'homme et de la société en particulier, d'une impressionnante fuite en avant (très spectaculaire en économie mathématique et plus généralement dans les mathématiques des sciences sociales) d'autant plus justifiée que chacun des échecs immédiat confortaient les chercheurs dans leur tenacité : faisons encore plus de mathématique, encore plus pure, et donc ensembliste : le salut est en avant !...

On conçoit que les juristes aient manifesté des réactions dubitatives lorsqu'ils reconnurent, derrière le voile de modernité scientifique dont se drape volontiers la systémique, un discours les appelant à un réductionnisme mutilant et les contraignant contre leur gré à une axiomatique certes ... fort positiviste ... mais dont la crudité

choque leurs scrupules d'humanistes cultivés !... Aussi est-on tenté de privilégier l'autre face de notre Janus-systémique, en présumant que cette autre représentation sera susceptible d'être plus aisément perçue par la science du droit ... comme elle commence à l'être par les sciences sociales (9) et les sciences de l'esprit (10) après avoir été restaurée hier par les sciences de la vie (11) et avant de reconquérir aujourd'hui les sciences de la nature (12).

## LA MODELISATION SYSTEMIQUE DES COMPLEXITES PERCUES

Au lieu de réduire un système à un ensemble en se résignant donc à ne rien trouver de plus dans la théorie des systèmes que ce que nous livre depuis longtemps la théorie des ensembles, on peut en effet proposer une compréhension de la notion de système qui n'épuise pas prématurément le potentiel descriptif de cet étonnant préfixe, symbole quasi-universel de la perception d'un phénomène tenu à la fois pour complexe et pour intelligible !... Le premier chercheur à avoir effectivement théorisé ainsi la notion de système, le médecin et économiste russe A. Bogdanov, ne préférerait-il pas parler de complexe plutôt que de système, en se référant à la métaphore du Complexe tel que le développent les chimistes élaborant des produits nouveaux et stables par l'enchevêtrement inextricable de quelques réactions. Cette définition conduit sans doute à une conceptualisation explicitement artificielle de la notion de système. Prenant Claude Bernard à la lettre, elle implique en effet que les systèmes ne soient pas dans la nature, mais dans l'esprit des hommes : infraction délibérée au premier axiome de la modélisation analytique, elle invite le modélisateur à construire -ou à inventer- les modèles systémiques des phénomènes auxquels il s'intéresse, et non plus à les découvrir. Il ne les tient pas pour antérieur à son intervention, ni pré-déterminé. Il les construit, et s'il n'exclut pas que ces formes, qu'il forme, puissent parfois le transformer lui-même (13), il considère qu'il pourra aussi les re-construire donc les détruire. N'est-ce pas l'attitude explicite du juriste considérant les modèles normatifs des comportements individuels ou collectifs que sont les codes de toute nature qu'il remet en forme

sans cesse ... sans prétendre toujours les tenir pour uniques, vrais et antérieurs à son intervention ?

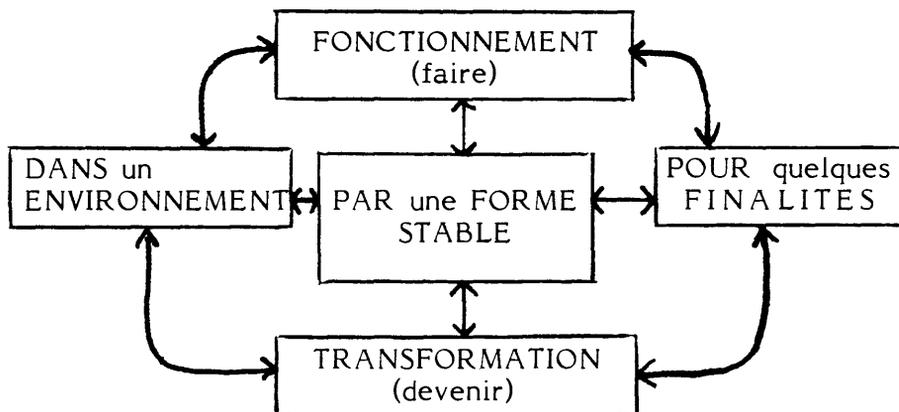
Cet axiome de "*l'univers construit*" (par opposition à l'axiome de "*l'univers câblé*" privilégié par la modélisation analytique) conduit à proposer une définition du statut épistémologique de la systémique, qui s'avère argumentable et qui permet d'éviter sans ambiguïté la réduction à la mathématique ensembliste : la science de la modélisation des phénomènes perçus complexes par (et pas seulement : comme) un système en général (14).

### LA "SYSTEMOGRAPHIE"

Il faut dès lors conceptualiser la notion de "*système en général*", (le complexe), en des termes compatibles avec cet axiome constructiviste ... et avec ses usages effectifs. On doit ici condenser l'argumentation en peu de lignes, en renvoyant les épistémologues concernés à des exposés plus détaillés (15) :

1. Un système général est "*quelque chose qui fait quelque chose*". FAIRE et non pas ETRE. Faire, fonctionner, faire quelque chose à quelque chose, le transformer.
2. "*DANS quelque chose, POUR quelque chose*" : Dans un "*environnement*", la fonction implique un espace symbolique au sein duquel elle s'exerce ; elle implique aussi un (ou des) projet(s) par rapport auquel est elle intelligible ; un comportement absolument erratique n'est pas susceptible d'être entendu comme un fonctionnement.
3. "*Qui devient quelque chose au fil du temps*", qui se transforme donc, en fonctionnant, ou qui, peut-être, parce qu'il se transforme -dans quelque chose, pour quelque chose- fonctionne : boucle fondamentale, de (1) à (3), de (3) à (1).
4. "*Par quelques formes suffisamment stables*" ... pour être représentables par quelques modèles : ce qu'ailleurs, on appelle volontiers la structure du système ... morphologie qui peut-être ne "*structure*" rien du tout ! D'où une

définition idéogrammatique succincte mais complète, conceptuellement satisfaisante, de cet artifice par lequel l'esprit humain peut a priori représenter de façon intelligible les complexités qu'il perçoit et qu'il conçoit :



#### Définition canonique du Système Général

Muni de ce concept entendu comme un instrument de modélisation, le modélisateur va pouvoir entreprendre la construction des modèles systémiques des phénomènes auxquels il s'intéresse : modèles a-priori intelligibles, et communicables, puisque leurs règles de construction vont pouvoir être explicites. Ce sera précisément le projet fondateur de la Systémique, Science de la Modélisation Par les Systèmes, que d'identifier, d'architecturer, de transformer ces règles, par quelques constructions théoriques argumentées ... et instrumentalisables ... Elles feront notamment émerger le concept d'Organisation, dans sa dualité constitutive fondamentale, celle d'un organisé-organisant, et le corps des concepts associés par lesquels se caractérisent les traits d'une organisation (à la fois état et opérateur) : Communication et Mémoire, Equilibration et Morphogénèse, Autonomie et Récursivité, Différenciation et Coordination... On dispose aujourd'hui, par les grandes entreprises méthodologiques de Jean Piaget, de H. Von Foerster, d'H.-A. Simon et d'Edgar Morin

notamment, de quelques puissantes synthèses qui rendent désormais au moins aussi visible et argumenté, la problématique proprement systémique introduite par la notion de système que ne l'est la problématique analytique plus communément présenté, que l'on rappelait précédemment : celle de l'analyse des systèmes.

## PEUT-ON MODELISER SYSTEMIQUEMENT LES SYSTEMES DE REGLES ?

Aussi cavalière et succincte que soit cette intelligence de la modélisation systémique présentée dans ses contrastes épistémologiques avec l'analyse des systèmes, elle suffit peut-être à susciter l'attention des chercheurs qui se consacrent à la science du Droit ... et donc à une science de l'artificiel (16) par excellence = ces complexes mouvants de règles et de normes par lesquels l'esprit humain prétend organiser assez les comportements en les protégeant à la fois de la pétrification et du chaos erratique ; ces complexes symboliques construits exclusivement de symboles, ne sont-ils pas a priori aisément passibles de représentations par modélisation systémique ?

**Dans quoi et pour quoi ?** Quel juriste ne tiendrait pas ces deux questions enchevêtrées pour les fondations même de toute entreprise juridique : du droit romain au droit de la mer, du droit commercial au droit de l'aménagement, du droit constitutionnel au droit du travail, tous nos "*systèmes juridiques*" ne nous sont intelligibles que par ces prémices : on peut éventuellement ignorer les détails de telle procédure interne ... souvent changeante, si l'on connaît le contexte et les objectifs qui fondent son intervention. N'est-ce pas pour cela que nous paraît si tolérable l'adage cognitivement insupportable qui assure que nul n'est censé ignorer la loi !...

**Quelles sont les fonctions du droit ?** Peut-être déjà faut-il dire : les fonctions des systèmes juridiques, puisque nos réinterrogations initiales nous ont conduit à identifier non seulement les collections instantanées de règles, mais les conditions de leur genèse et de leur manipulations : les hommes, les institutions, les bibliothèques... Que font-ils ? Que devraient-ils faire ? Je présume que les

juristes seront souvent aussi désarçonnés -au prime abord- que les économistes, lorsqu'on leur pose ce type de question : on sait "*comment ça marche*" ... on ne s'interroge pas usuellement sur le "*ce que ça fait, dans quoi, pour quoi...*" ?

**Peut-on interroger les transformations** des systèmes juridiques ? Ne doit-on pas les concevoir pour résister précisément à toute transformation ? H.-A. Simon montre la vive conscience qu'avaient les constituants des U.S.A. de la nécessité de concevoir un texte qui s'auto-équilibre, alors qu'environnements, finalités, fonctions, formes pouvaient se transformer de façon sans doute peu prévisibles...

**Par quelques formes stables** ? La rencontre d'une physiologie (les fonctionnements) et d'une morphogénèse (les transformations) se conçoit dans l'instant par bien des morphologies possibles ... et s'inscrit par une forme alors nécessaire. Cette réduction incessante du possible au nécessaire ne va-t-elle pas à son tour affecter de façon parfois prévisible fonctionnement et transformation ?

## LES PRIVILEGES DU BEOTIEN

Questions naïves, suscitées par un modèle trop ouvert ? C'est peut-être cette naïveté qui nous confortera dans la pertinence de l'entreprise : ne faut-il pas s'étonner de ce que l'image de la science du droit soit telle que les réponses à ces questions ne jaillissent pas spontanément des modèles courants qu'elle donne d'elle-même ? Et à l'heure où nous prenons collectivement conscience de la grande richesse de la complexité du monde, n'est-il pas surprenant de voir la science du droit prendre argument de cette complexité pour nous inciter à la réduire, à la mutiler parce qu'elle ne saurait pas nous aider à l'instrumenter ?

Le béotien ici se doit ... non pas d'être prudent -il est trop tard !- mais de se savoir béotien ! Il ne peut pas convaincre par des exemples en traitant des exemples que précisément il connaît beaucoup moins bien que les interlocuteurs qu'il veut intéresser (plus qu'il ne veut

les convaincre !). Peut-être, s'il en avait le loisir pourrait-il les entreprendre sur le thème des logiques, en argumentant l'appauvrissement paradoxal que la logique formelle a imposé depuis cinquante ans aux modèles établis sur le moule analytico-ensembliste : il soulignerait alors la chance qu'ont peut-être eu les juristes d'en être resté au droit littéraire (17), chance qui leur a permis de s'épargner cet afadissement cognitif pourtant cautionné par les institutions scientifiques les plus incontestées ... et les plus arrogantes ! Il mettrait en valeur l'intérêt qu'une modélisation systémique des ... systèmes de normes et de règles (... le droit, donc !) conduirait à porter au développement contemporain des logiques déontiques et des logiques temporelles. Il extrapolerait même la tendance en invitant la science du droit à faire pression sur les logiciens pour que ceux-ci sortent de leurs champs clos trop labourés, et explorent les domaines quasi vierges, depuis Hegel, des logiques récursives ("*incluant*" le tiers dans la relation) et des logiques conjonctives (les logiques du "*et*", conjonction copulative) plus familières peut-être aux juristes du XVIIe siècle qu'à ceux du XXe ? Il montrerait qu'on doit parvenir à reconnaître que toute proposition concernant l'opérande (l'organisation, organisée, p. ex.) affecte aussi l'opérateur (la même organisation, reconnue organisante !)...

Il argumenterait, de façon connexe, la capacité de la modélisation systémique à rendre compte des conditions d'émergence du nouveau et du sens au sein d'un système autonome (18) parce que dépendant des environnements avec lesquels il co-évolue... et il en tirerait peut-être quelques hypothèses de travail stimulantes sur la capacité que devrait avoir les systèmes juridiques à tolérer -et même à susciter- quelques ambiguïtés et quelques équivoques, quelques redondances et même quelques désordres ... dans leurs articulations internes autant qu'externes ... afin de faciliter les conditions de quelques auto-organisations innovantes ?

## SCIENTIFIQUE, SYSTEMIQUE, LITTERAIRE, LE DROIT ?

Ce droit systémique (n'est-ce pas, tout de même, un pléonasma ?) se présente certes comme un droit scientifique, non pas plus rigoureux que le droit littéraire, mais plus explicitement conscient des conditions et de la nature de sa rigueur. Il s'agit toujours de raison garder, il s'agit aussi de raison développer : en convenant que nous ne raisonnons que sur des représentations -sur des modèles (19)- nous conviendrons sans doute que nous devons aussi bien conduire notre raison lorsque nous construisons ces modèles ... jamais donnés, toujours construits (20). C'est peut-être la plus grande vertu de la renaissance contemporaine de la notion de système que de nous inviter à cette quête oubliée : comment modélisons-nous, intelligiblement, par nous-mêmes et pour l'autre ? La modélisation des systèmes ... auto-modélisateurs ... de règles ne gagnera-t-elle pas à être, elle aussi, reconsidérée ? Alors commencera, pour le juriste comme pour l'économiste, pour le chercheur comme pour le professionnel, cette lutte avant l'ange, qui requiert cette mystérieuse et familière ascèse intellectuelle, ineffable et pourtant consubstantielle à l'activité de tous nos systèmes cognitifs ... systèmes de règles, systèmes de jeux, systèmes de communication, systèmes de mémorisation.

**P.S. :** Cette note a été rédigée, pour l'essentiel en 1983, bien avant donc que l'étude de Christian Atias : "*L'Epistémologie juridique*", ne soit diffusée. En relisant les épreuves, je prends conscience des nuances que je devrais apporter à l'interprétation implicite de la science du Droit entendue dans ce texte. La distinction, que je crois fondamentale, proposée par C. Atias, entre le Droit et la Science du Droit, devrait pouvoir être étayée par une distinction encore insuffisamment développée entre les systèmes et la science des systèmes (février 1985 - JLM).

## NOTES

(1) On se réfère ici à l'étude "Système et Droit" du Pr. R. Gassin publiée par la Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif (Vol. 6 n° 11, 1981-3, pp. 353-365).

(2) On se réfère à une cordiale invitation du Pr. C. Atias au Club d'Epistémologie comparée de l'Université d'Aix-Marseille III, qui soulignait le peu d'intérêt apparent manifesté jusqu'ici par la communauté des scientifiques du Droit pour la science des systèmes : S'interrogeant sur les raisons de cette indifférence, le Pr. C. Atias m'interrogeait sur les images que la systémique peut donner d'elle-même : En en ré-exposant quelques unes, peut-être éveillera-t-on à nouveau l'intérêt...et relancerait-on un débat qui déborde vite le cadre des seules sciences du droit ?

(3) "La Systémique", ou science des systèmes (voir plus précisément encore : science de la modélisation des phénomènes perçus complexes par les systèmes). La communauté anglo-saxonne désigne la systémique comme la "general systems science". Il existe plusieurs revues scientifiques internationales veillant à la promotion de la "general system research". En France un "collège de systémique" fondé en 1980, au sein d'une société savante rassemble aujourd'hui plus de deux cents ingénieurs et scientifiques".

On trouvera dans les deux tomes de La notion de système dans les sciences contemporaines publiée sous la direction de Jacques Lesourne (Edition de la Librairie de l'Université Aix-en-Provence, 1982, avec le concours du C.N.R.S.) un dossier présentant un échantillon représentatif de l'état de l'art de la systémique en France.

(4) Bien qu'elle ne s'y réduise pas, on le montrerait aisément par d'innombrables références, le projet d'une restauration de l'Unité de la Science est un des projets constitutifs incontesté de la systémique. Le titre de l'article historique par lequel le "père fondateur officiel" de la systémique, le biologiste austro-américain Ludwig Von Bertalanffy, la porta sur les fonds baptismaux de la communauté scientifique en 1951, était immodestement intitulé : "general system theory a new approach to Unity of science".

(5) Cohérence normative et instrumentation : ces deux notions, familières je crois à la science du droit, sont vite devenues deux notions essentielles de la systémique. En témoigne le titre d'un des plus denses exposés d'épistémologie systémique : Instrumental reasoning and systems methodology (1978), due à un autre austro-hongrois devenu Nord-américain, R. Mattesich. (Il est intéressant de souligner l'itinéraire intellectuel qui conduisit ce professeur de Comptabilité, sommes-nous très loin du Droit, à la Philosophie des Sciences...par la Science des Systèmes!)/...

.../... Ce livre est dédié aux nombreux scientifiques Autrichiens et Austro-Hongrois de Vienne qui émigrèrent à l'Ouest, le conquérant par leur imagination et l'éclat de leur intelligence : Parmi près de trente noms de scientifiques illustres, on relève Hans Kelsen, proche de Ludwig von Bertalanffy ! ...Rapprochement de la Science du Droit et de la Science des Systèmes... qui n'est peut-être pas seulement anecdotique ?

(6) Le danger n'est peut-être pas trivial : un jeune et brillant chercheur du centre d'Epistémologie génétique de l'Université de Genève G. Cellier, qui en assure la direction depuis la mort de Jean Piaget... que je tiens pour un des pères fondateurs de la systémique contemporaine raconte son itinéraire intellectuel : étudiant en droit et préparant une thèse sur les analyses de Kelsen, il fut conduit à ouvrir un livre de J. Piaget : "Cette lecture eut un effet pour le moins imprévu, puisque, abandonnant provisoirement croyais-je, l'étude des fondements de l'ordre juridique international pour voir si Piaget avait écrit quelque chose d'autre" (et nous savons tous que tel est bien le cas), je n'y suis jamais retourné (page 380 d'un Hommage à Jean Piaget : psychologie et épistémologie génétiques Dunod, 1966). Je ne mentionne ce cas... que par probité... en priant le lecteur de ne pas le comprendre comme un exemple à suivre !

(7) En publiant sous ce titre, en 1968, un recueil de ces principaux articles sur ce thème publiés entre 1948 et 1968, Ludwig von Bertalanffy a définitivement institutionnalisé la discipline qu'il avait, dès les années trente, contribué à faire reconnaître ... puis à faire accepter comme englobant la cybernétique (science des systèmes commandés informationnellement), dégagée par le mathématicien Norbert Wiener en 1948. On sait mieux aujourd'hui que la systémique a eu d'autres fondateurs, moins illustres, mais au moins aussi importants (le russe A. Bogdanov, qui dès 1913, dans son traité de Technologie avait fondé la notion de système sur la notion de Complexe. Le biologiste et ingénieur P. Weiss, dès 1922, percevait qu'il fallait définir un système ... par ce qu'il n'était pas ! : "un système n'est pas ensemble, fut-il complexe" (1971 !). Il est peut-être important de souligner le soin avec lequel L. Von Bertalanffy a veillé, dans ses principaux textes, à présenter la notion de système au singulier et pas au pluriel : les exégètes et ses traducteurs - interprètent "general system theory" par "théorie générale des systèmes" : déformant ainsi deux fois sa pensée : "general", pour lui, qualifiait initialement système et non pas "théorie" (il fondait, en 1954, la "Society for general system research" !). Et le passage du singulier au pluriel introduit une transformation des significations potentielles que révèle la différence épistémologique aisément perçue entre la théorie des ensembles (au pluriel) et la théorie de l'information (au singulier !). Convenons pourtant que dans l'exégèse soigneuse des textes de L. Von Bertalanffy, les deux "interprétations" cohabitent fût-ce contradictoirement : le pluriel, donc analysable, le singulier donc irréductible !

- (8) On se réfère plus soigneusement à L. Von Bertalanffy pour permettre au lecteur un décodage plus aisé de notre texte en référence à l'article du Pr. R. Gassin qui l'a indirectement suscité : c'est en effet en se référant explicitement (p. 356) aux textes de ce biologiste Austro-Hongrois, (et non pas allemand, comme il le mentionne) que le Pr. R. Gassin présente son plaidoyer pour une rencontre synergétique de la systémique et du droit.
- (9) En langue française, on peut se référer ici aux oeuvres d'Edgar Morin ou d'Yves Barel.
- (10) Les oeuvres de Jean Piaget et d'H.-A. Simon constituent des repères scientifiques incontestés.
- (11) Les noms de H. Von Foerster, H. Quastler, H. Atlan, F. Varela... viennent spontanément à l'esprit.
- (12) On cite volontiers ici outre I. Prigogine, B. D'Espagnat, J. Reeves...
- (13) J'aime citer ici le biologiste américain T. Dobzansky : "En changeant ce qu'il connaît du monde, l'homme change le monde qu'il connaît ; en changeant le monde qu'il connaît, l'homme se change lui-même".
- (14) L'axiomatique de la modélisation systémique doit évidemment être formalisée avec le même soin que l'axiomatique de la modélisation analytique. On se permet de renvoyer à "une axiomatique : les règles du jeu de la modélisation systémique", dans la revue Economies et sociétés Cahiers de l'I.S.M.E.A. série E.M. n° 6, tome XIV, n° 8, oct. 1980.
- (15) Cf. par exemple La théorie du système général, théorie de la modélisation P.U.F. 1977, 2ème édition complétée 1984.
- (16) La science du droit, science de l'artificiel : la formule risque d'irriter les tenants les plus convaincus de la positivité du droit .... au moins de ce droit qu'ils assurent ... naturel ! Il faut pourtant la présenter loyalement : Herbert A. Simon dans La science des systèmes science de l'artificiel (1969/1974/1981) a très bien mis en valeur la solidarité épistémologique de quelques sciences fondamentales (sciences du droit, de l'ingénierie, de la médecine, de l'architecture, de l'administration, de l'éducation, etc...) dès lors qu'elles font leurs méthodes de la modélisation systémique. Cet argument nécessite évidemment de nombreux développements pour être correctement étayé. On peut regretter incidemment, qu'il n'ait pas été considéré ni par les promoteurs, ni par les opposants de la réforme en cours de l'enseignement supérieur français.
- (17) Droit Littéraire, Droit Scientifique... ? Ce sont peut-être ces métaphores familières, par lesquelles s'achevaient l'étude du Pr. R. Gassin. Système et Droit, qui m'ont incité à reprendre le débat qu'il proposait : militant bien sur a priori pour "plus" de scientificité dans .../...

.../... nos sciences, je craignais que l'image donnée d'une "valeur scientifique ajoutée" par une analyse de système plus analytique que systémique ... ne s'avère fort décevante ... tant en terme de rigueur formelle que d'instrumentalité pédagogique : déception susceptible de susciter le rejet "du bébé avec l'eau du bain" : Le "Droit littéraire" n'est-il pas, nécessairement, fort scientifique, fût-ce potentiellement ? Les formalismes d'appuis que lui propose la modélisation systémique prétendent certes apporter une valeur ajoutée cognitive -en terme d'économie de la représentation de l'inférence- mais ils se veulent a priori non-réductionnistes, préférant l'ambiguïté à la mutilation : n'est-ce pas cette préférence que cultivent les tenants du "Droit Littéraire" ?

**(18)** Il faut renvoyer ici aux riches et diverses études rassemblées dans l'auto-organisation, du physique au politique (sous la direction de J.P. Dupuy et P. Dumonchel - édition du Seuil, 1982).

**(19)** Paul Valéry (Cahiers) : "Nous raisonnons toujours sur des modèles. Les définitions et images mentales sont modèles". La notion de "modèle" est sans doute une idée récente : elle a moins d'un siècle dans ses usages courants en matière de "méthodes scientifiques". On l'a utilisé ici dans une quasi-synonymie avec la notion plus "littéraire" de "représentation" (à la fois théâtrale et diplomatique, selon les interprétations très riches qui en proposent notamment Jean Ladrière et Yves Barel). Le néologisme "modélisation", qui vient spontanément sous la plume, n'a pas encore droit de cité dans nos dictionnaires les plus contemporains. Il importe pourtant de disposer d'un autre identifiant que le mot "analyse" pour désigner l'action de conception - construction de représentations... ou de modèles !

**(20)** "Rien n'est donné, tout est construit" : on reconnaît la célèbre formule de G. Bachelard, qui allait tant contribuer vers 1950 à susciter les remises en question des "épistémologies dominantes".



R. R. J. 1985  
Pages 173 à 264

CENTRE DE PHILOSOPHIE  
DU DROIT



# L'ORIGINE DU CONCEPT PRATIQUE ( Théorie du concept inachevé )

Par M. le Professeur Dr. Olsen A. GHIRARDI  
*Université Catholique de Cordoba - 1984*

1. On ne tient pas parfois suffisamment compte du fait que le concept est né par suite de l'analyse de la conduite humaine. En effet, au coeur même de la **praxis**, et comme une puissante arme d'attaque contre les subtilités de la dialectique des sophistes, Socrate conçut la notion de concept. La principale mission de cette stabilisatrice mesure universelle des actions humaines était celle de mettre frein au scepticisme. Pour Socrate, la vérité réside dans l'homme et, dans la mesure où il en est conscient, dans son action et dans sa propre essence universelle.

La lecture du dialogue platonicien **Laques** s'avère sans doute utile pour le but que nous nous proposons ici. Pour une meilleure compréhension, il faut dire que ce dialogue a lieu dans un gymnase d'Athènes. Lisimaque et Mélésie, deux pères de famille soucieux de l'éducation de leurs enfants, demandent à deux illustres généraux, Laques et Nicie, de leur expliquer quelle serait l'utilité d'apprendre à leurs enfants à se servir des armes. L'interlocuteur le plus important est, bien entendu, l'immanquable Socrate, alors dans la force de l'âge, tel que nous le montre littérairement et philosophiquement le jeune Platon.

Le déroulement de la discussion met en évidence une méthode typique, incontestablement non quantitative. En effet, dès que le problème est posé, Socrate formule une question fondamentale : "*Qu'est-ce que le courage ?*".

Nous voyons donc qu'à partir d'un problème concret il y a une question préalable, absolument nécessaire et à valeur universelle, à laquelle il faut répondre pour trouver la solution recherchée.

L'esprit, rationnellement spéculatif des Grecs, se lance immédiatement à la poursuite de l'universel, qui se trouve toujours au-dessus de ce qui est particulier et singulier, bien que ceci soit le point de départ. Telle est l'exigence de la science dans la conception grecque, qui opère principalement dans une voie qualitative et non quantitative. C'est du moins ce qui se manifeste de toute évidence chez Socrate, Platon et Aristote.

Et bien, quelle démarche faut-il suivre pour trouver des réponses ? Voici le **premier pas** : il s'agit d'obtenir un jugement, un premier jugement formulé par un homme représentatif dans la matière dont il est question. C'est donc Laques qui dit que *"l'homme courageux est le soldat qui ne quitte pas sa place et qui tient ferme devant l'ennemi, au lieu de prendre la fuite"*.

Une fois cette hypothèse de travail formulée sous forme de définition primaire et provisoire -car elle ne fait que développer (définir) un concept- le soldat professionnel devient immédiatement l'objectif des questions de Socrate. La définition donnée ne le satisfait pas, car elle est partielle et sa compréhension est difficile ; d'ailleurs elle ne s'adapte pas à toutes les espèces de courage. En effet, les scythes qui ont l'habitude de se battre en reculant contrediraient cette hypothèse qui ne s'appliquerait pas non plus à certains combattants ni aux hommes exposés aux dangers de la mer, à la maladie, à la pauvreté, à la vie politique, aux maux en général, aux passions, aux plaisirs.

Il s'ensuit donc que l'hypothèse de travail doit être analysée, dans sa totalité, selon les circonstances et les attitudes, selon les lieux et les époques. La donnée essentielle en est toujours la conduite humaine, et cette conduite se réalise dans un *"entourage"*, à un moment déterminé et par des hommes dont la condition et la situation varie. On s'aperçoit donc que ce qui est toujours recherché -en l'occurrence- c'est la conduite universellement courageuse.

Dans une attitude spirituelle de contraste, Socrate nous enseigne à chercher les contraires. Nous comprendrons mieux ce que c'est que le jour si nous en observons le contraire, c'est-à-dire la nuit, et à partir de là, nous nous

interrogeons de nouveau et d'une manière critique sur la nature de ce que nous voulons définir.

Par conséquent, si nous parlons du courage, il importe de définir le contraire, c'est-à-dire la lâcheté. Les conduites lâches nous apprennent beaucoup par rapport aux conduites courageuses et elles nous permettent de mieux approfondir les concepts pour mieux les préciser.

Dans le **deuxième pas**, l'accent est donc mis sur le courage et son contraire. Et si nous voulons décrire la nature de l'action positive (courageuse) et de la négative (lâche), cette fois non plus nous ne devons pas perdre de vue l'universel. Il importe de chercher le caractère commun à toutes les espèces de courage, et cela s'obtient par le procédé d'induction socratique **-épapogué-** pour que le jugement-définition mérite vraiment ce nom. Tout cela suppose donc une classification, une hiérarchisation d'objets (ou d'actions) analysés, ainsi que la distinction de leurs espèces et de leurs genres.

Et puis, tout à coup, il se produit une sorte d'inflexion, de changement de route dans l'investigation. Bien que l'on cherche encore à savoir ce que c'est que le courage, dans ce **troisième pas** bien marqué, Socrate se lance à la découverte de la source qui le produit. Le regard se tourne alors, non pas vers l'extérieur, mais vers l'intérieur. Le courage se présente comme une faculté, comme une qualité, comme une manière d'être de l'entité. Et la question se pose sur la nature de cette faculté que l'être homme possède et exerce. Ainsi, elle apparaît comme "*une certaine force de l'âme*", qui a la caractéristique d'être :

- a) belle,
- b) bonne,
- c) rationnelle, car l'intelligence l'accompagne et lui sert de fondement.

En somme, le courage est une "*certaine force de l'âme intelligente*". Mais il faudrait alors déterminer de quelle sorte d'intelligence il s'agit pour nous approcher encore davantage de sa nature.

A ce moment-là, les choses s'étant compliqué, intervient Nicie. Il soutient que chacun de nous est bon pour faire les choses qu'on connaît et mauvais pour celles qu'on ignore. C'est pourquoi *"l'homme courageux est bon parce qu'il possède la science du courage"*. Aussi la notion d'âme intelligente est-elle devenue *"connaissance scientifique"*. Si cela est vrai, cette notion possède un objet qui lui est propre et qui se rapporte *"aux choses que l'homme attend et redoute dans toutes les circonstances"*, ce qui permet d'affirmer que *"le courage est la science du redoutable et de son contraire"* (encore une fois l'aspect négatif), *et qu'il n'est pas l'apanage de tous les hommes* (et moins encore des animaux).

Enfin, les personnages aboutissent à une conclusion qui n'est pas encore définitive et qui leur permet d'affirmer que le courage est la faculté de celui qui possède la science du redoutable et de son contraire en tout temps (passé, présent et futur). Cette science s'applique à des choses identiques et dans toutes les circonstances, en tout temps. Mais plus que la science du redoutable et de son contraire, elle est la science de tous les biens et de tous les maux qui peuvent arriver à l'homme, dans toutes leurs formes, en tout temps et dans toutes les circonstances. Si on possédait cette science, on pourrait définir cette force, cette vertu de l'âme.

La science d'une chose est toujours identique à elle-même car l'être universel est au-delà de toute contingence et de tout temps. La vérité scientifique est universelle, étant donné qu'elle est fondée sur des idées générales indépendantes des vicissitudes circonstancielles.

\* \* \*

2. La rationalisation du monde chez les Grecs eut pour effet que l'homme poursuivît la science en cherchant des mesures pour saisir l'immuable face à la vision kaléidoscopique des choses. Cette recherche, sans laquelle la science n'est pas possible, se manifeste même chez Héraclite, lorsqu'il affirme : *"Ce cosmos, qui est le même pour tous les êtres,... est un feu éternellement vivant qui s'allume et qui s'éteint selon des mesures"* (fragm. 30).

La "*mesure*" que Socrate découvre et qu'il applique au monde de l'homme, conserve en elle des traits profonds de la période précédente, qui était marquée par l'importance que l'homme accordait au monde de la nature. Aussi sa conception du concept est-elle profondément "*substantialiste*". Les concepts ont tendance à "*chosifier*", à "*entifier*" l'action humaine.

Dans ce problème tel qu'il est présenté, le concept est pratique par son objet, car il concerne des actions humaines, des conduites. Cependant, le traitement qualitatif du sujet transforme les produits obtenus (concepts) en "*entités*" d'une catégorie spéciale qui déguisent la matière propre de la réflexion, pour aboutir à des résultats qui doivent être correctement interprétés, sans quoi ils tromperaient le lecteur.

Ce que nous avons appelé "*troisième pas*" est la conséquence d'un passé qui pesait encore trop lourdement sur Socrate. Cela peut se comparer au cartésianisme lorsque celui-ci affirme : "*je suis une chose qui pense*", idéalisme naissant qui paie encore d'une façon très évidente sa dette envers le réalisme. Le maître de Platon agissait dans un monde naturel, pressé par les problèmes de l'homme. Son monde était encore une fenêtre ouverte à la nature, au moment même où les questions purement humaines prenaient pour lui une importance de plus en plus grande.

Alors Socrate se consacre entièrement à résoudre ce nouvel ordre de conflits qui surgissent autour de lui. Les sophistes, maîtres circonstanciels de cette époque, lui fournissent l'occasion d'entreprendre cette nouvelle recherche. D'où la notion de "*mesure*" devenue "*concept*", outil qui permet de différencier, de nommer, de diviser, de classer, de hiérarchiser les actions comme si c'étaient des "*entités*". La question "*qu'est-ce que le courage ?*" en est tout un symbole. Socrate ne demande pas "*Qui est courageux ?*" parce que n'importe qui aurait pu répondre en signalant du doigt une personne déterminée. L'éternité du monde, supposée dans une conception qui n'avait pas encore entrevu l'idée de création, est en quête d'une essence universelle qui prétend être définie par rapport à un "*être*" ou à un "*objet*" comme si ceux-ci étaient naturels.

Il y a dans cette attitude une grandeur et en même temps une faiblesse. La première se trouve dans l'attitude méthodique qui conduit à l'universel ; la seconde résulte de l'approche qui déforme le monde propre de l'homme. L'action humaine -il est bon de le répéter- apparaît ainsi "*chosifiée*", "*entifiée*".

L'action n'apparaît que timidement dans cette manière de concevoir l'univers. La mention, l'étude et l'analyse d'une action courageuse n'y existent pas. La référence aux scythes, aux hoplites, aux maladies, aux craintes, aux passions, aux plaisirs empêchent cette conception d'arriver au fond de la question. L'homme contemplatif ne peut pas pénétrer la cuirasse de l'homme d'action, parce que les actions apparaissent voilées par l'habitude "*chosifiante*". Les Grecs de cette époque-là croient encore vivre dans un monde de choses ; cependant, ils sont déjà entourés d'une foule d'actions générées par l'homme.

Si, comme dit Pfänder (2), "*les concepts d'objets se rapportent à des **objets***", Socrate, en fonction de concepts d'objets, prétendait définir des actions. Le savoir spéculatif envahissait le savoir pratique et le pénétrait en le maîtrisant. La méthode qui jusqu'alors avait été employée pour connaître les **choses** était désormais utilisée pour connaître les **actions** et, celles-ci demeurant au fond du problème, leur connaissance influait sur la connaissance de l'homme en **entifiant** ses qualités. La conduite se manifestait alors comme "*une manière d'être de l'être homme*".

Socrate définissait des qualités ou des propriétés d'actions comme si c'étaient des substances qui existent en elles-mêmes. Et bien que cette attitude ne puisse pas être considérée erronée du point de vue de la Logique, elle voile cependant le résultat de la connaissance et empêche d'arriver à sa source la plus profonde. Voilà donc la conséquence de traiter la **praxis** au moyen de méthodes exclusivement spéculatives.

3. La méthode socratique suppose une conception du monde qui, en quelque sorte, survit chez Platon et Aristote. Il s'agit d'une marche du chaos vers le cosmos, que le monde naturel a subie, et qui se répète dans le processus gnoséologique. Il y a donc, une première tâche qui implique, en somme, une mise en ordre, c'est-à-dire qu'il faut savoir, tout d'abord, ce que les choses sont et, d'après cela, les classer hiérarchiquement. Et lorsque l'avalanche des sophistes se précipite sur les jeunes athéniens, dans la période postérieure aux guerres médiques, les choses de l'homme, les conflits intérieurs de l'être humain, ses actions et l'environnement circonstanciel deviendront le nouvel horizon.

Le problème anthropologique, qui revient si souvent, rend plus visible un certain anthropomorphisme qui devient évident dans certains livres, tel le cas des oeuvres biologiques d'Aristote. Il est à remarquer qu'il n'y existait pas encore une nomenclature convenable et qu'Aristote lui-même doit se servir du langage vulgaire lorsqu'il fait sa classification des animaux. Mais quand cette méthode d'analyse tourne vers l'homme, l'étude analytique de ses actions et ses "*mesures*" reste marquée d'une manière accablante par l'influence qu'exerce la connaissance de la nature (3).

Il faut bien insister sur ce fait, car il est extrêmement important. La question portant sur la définition de la **chose** sera substituée par la définition des actions humaines éminentes. Et le problème est posé en changeant la matière et non la forme. La méthode, comme il a été déjà dit, en est très simple. On recourt à l'expédient de prendre comme point de départ une définition (ou hypothèse de travail) formulée par un expert. Pourquoi agit-on ainsi ? Parce que le monde des actions humaines est multiple, complexe et surtout changeant. Il n'admet pas une classification des actions ni, par conséquent, une hiérarchisation, étant donné que le problème est tout à fait nouveau et qu'il fait irruption dans le monde grec avec une force presque dévastatrice. Or, le chaos des actions humaines oppose une résistance considérable à l'intelligence, ce qui est évident dans le dialogue **Laques**. La pénible recherche de l'universel y devient encore plus difficile ; cependant, les nouvelles voies inaugurées par Socrate sont certes admirables. La réponse de Laques

-premier essai de trouver l'universel de l'action courageuse- est soumise -malgré la distance- à la faussation, à la méthode de la **faussation**. C'est-à-dire que la critique a pour but de trouver le défaut (le côté faux) de la définition. Le concept ainsi développé devient la cible des dards de tous ceux qui participent au dialogue. La **faussation** grecque a pour but de montrer la non-universalité du concept développé. Dans cette méthode dialectique, destinée à **fausser** la définition, le grand archer qui met dans le mille c'est toujours Socrate. Il semble que l'on puisse en tirer cette règle : La faussation s'avère d'autant plus facile que la science est moins développée et ne fait que balbutier ses premiers mots. C'est là, sans aucun doute, que réside la faiblesse de la science, à cause d'un manque de connaissance de l'homme et des actions qui lui sont propres. Le chaos l'emporte encore sur l'ordre, sur le cosmos. Il faut se conduire très prudemment dans ce domaine car les concepts ne sont pas clairs et il ne semble pas facile d'atteindre l'universel (4).

\* \* \*

4. Le concept pratique, dès sa naissance, a été caractérisé comme quelque chose de très sensibilisé par l'élément **temporel**. En dépit de la thèse de Spengler sur l'atemporalité de la conscience des Grecs (5), Socrate met surtout l'accent sur le fait que pour définir le courage il ne faut pas oublier que l'action courageuse doit rester telle en tout temps (passé, présent, futur) si l'on veut que cette définition jouisse du privilège d'être vraiment scientifique (6). Le travail d'analyse, révélé par le dialogue met en évidence que, dans le monde des choses naturelles les espèces et tous les objets permettent d'être considérés, dans la perspective humaine, comme s'ils étaient éternels, ce qui rend extraordinairement plus facile la dénomination, la classification et la définition. En revanche, dans le monde changeant des actions humaines, les concepts de la **praxis** sont plus difficilement fixés. Il se produit un conflit beaucoup plus marqué entre l'universel et le particulier (ou singulier). Le monde naturel apparaît comme un processus dans un univers ouvert alors que le monde scientifique apparaît toujours dans un horizon fermé. Ce fait, qui constitue la pierre d'achoppement de toutes les sciences, est d'autant plus important dans le domaine de la praxis que l'homme est citoyen du monde naturel et du monde culturel. Ce dernier est foncièrement historique, changeant, ce qui rend beaucoup plus difficile la tâche du chercheur.

La solution trouvée par Socrate -peut-être devrait-on dire Platon- est celle d'**ouvrir** le monde scientifique. En effet, le travail gnoséologique dans la praxis est une activité sans cesse **inachevée**. C'est une manière d'ouvrir cet univers de la culture, des oeuvres et des actions de l'homme. C'est la tâche de Sisyphe, permanente, inépuisable, étant donné que le processus dialectique ne finit jamais. Le concept pratique se formera tant que durera l'espèce humaine, par un travail sans fin. Nous n'atteindrons jamais l'universel. Nous ne faisons que nous en approcher. Une nouvelle révision de tout ce qui a été fait, de tout ce qui a été produit, de tout ce qui est conceptualisé et connu, aura lieu à chaque étape de notre vie et à chaque génération.

L'action humaine étant essentiellement historique, elle sera susceptible d'un jugement, d'un nouveau jugement, à chaque expérience vécue. C'est pour cela probablement que le dialogue **Laques** finit abruptement. C'est là une manière de dire tout ce que nous venons d'analyser, sans l'exprimer ouvertement. C'est la suggestion d'un maître : à quoi bon continuer le dialogue si dans l'existence humaine il n'y a pas de dernier jugement ? Les jugements sont toujours circonstanciels, fondés sur le moment, sur le **présent**. A vrai dire, ce qui est définitif ne sera jamais atteint. Cela s'explique par la nature même du devenir historique. Si le concept pratique est un **indicateur**, l'interprétation de ses signes peut varier selon les circonstances, étant donné que celles-ci sont susceptibles d'être modifiées. Mais alors, comment obtenir l'ordre ? Comment atteindre l'universel ? Comment établir des formules permanentes si, lorsque ces signes sont lus, bien qu'ils soient identiques, ils risquent d'être interprétés de différentes manières ?

Ce problème peut être atténué, mais non pas résolu d'une manière définitive. La condition humaine ne nous permet pas d'autre solution.

Les Grecs avaient déjà créé l'idée de **code**, de **constitution** (7). C'est ainsi que chaque ville, au moment de sa fondation, était dotée d'une constitution, d'un ensemble de lois fondamentales, d'après lesquelles elle devait régler sa vie institutionnelle. Ces normes, qui développaient des concepts pratiques de base, formulés avec la plus

grande généralité, définissaient des conduites humaines dans le cadre du présent, en tenant compte de l'avenir et avec une aspiration à la stabilité.

Les institutions fondamentales de la vie des citoyens étaient des modèles de vie, des formes cristallisées, des "*tranches*" d'éternité, destinées à être en vigueur d'une façon permanente, en dépit des circonstances historiques en raison desquelles elles devaient être mises à jour. L'ordre social ne peut donc être atteint que dans le cadre de cette solution.

Les concepts pratiques primitifs, représentés par des vocables déterminés, **dénotent** une tradition et ils sont enracinés dans le passé. Autrement dit, pour certaines situations considérées éminentes, l'action humaine doit être **dirigée** d'une certaine manière, l'acte doit être répété et il est vraiment rituel. Pour chaque situation juridique définie, il faut suivre une conduite préalablement déterminée. Il y a, bien sûr, un acte de raison dans le fait d'établir la conduite à suivre, et il s'agit là d'un acte de la **raison pratique**, de la **raison volitive**, que la communauté sociale a entériné et qui devra être respecté dans l'avenir. Le règlement des conduites est comparable à l'évolution des concepts, car ceux-ci deviennent conscients lorsque nous apprenons à les définir, c'est-à-dire que nous saisissons leur contenu, et que nous les développons consciemment. C'est pourquoi, pour donner plus d'emphase à ces actes fondamentaux, on les entoure de formalités spéciales, dans le but de mettre en relief leur importance pour l'ordre social. Le vocable "*contrat*", par exemple, désigne un concept selon lequel deux ou plusieurs personnes soumettront leurs conduites réciproques futures à des règles déterminées. Celles-ci sont insérées dans le concept pratique lui-même, auquel ces conduites devront se conformer. Il est évident que ce concept ne peut prévoir l'énorme richesse de **toutes** les situations juridiques futures et de **toutes** les actions que l'homme peut exécuter. Ce qui explique -toujours dans le même exemple- les différentes espèces de contrats. Tout à coup, une crise survient et les juges, les hommes, la société, sont obligés de s'interroger et de réfléchir encore une fois sur la signification d'un concept pratique fondamental déterminé, ce qui peut entraîner une nouvelle règle de conduite qui donnera lieu à la nouvelle espèce de contrat.

Nous pouvons donc affirmer, en toute vérité, que le concept pratique est inachevé, en raison de la finitude de l'homme, qui vit sa vie en société, tout au long d'un processus dont la prévision totale, dans la réalité, échappe à la raison humaine. Le concept pratique, en tant que concept, aspire à l'universalité -qui est en quelque sorte éternité- mais, en tant que pratique, est marqué par la temporalité.

Une théorie du concept pratique, en tant que concept inachevé, signifie une théorie de l'interprétation permanente. Chaque personne interprète quotidiennement des normes dans le but de régler sa conduite. De son côté, le juge n'est qu'un fonctionnaire de l'Etat qui dirige la conduite des autres en cas de conflit.

L'interprétation n'a d'autre but que celui de mettre les indicateurs de conduites en contact avec l'histoire, avec le moment. Voilà pourquoi le concept pratique, lors de son application, devient historique et fait l'histoire ; il quitte les hauteurs de sa demi-éternité et se rapproche de la singularité temporelle.

La théorie du concept inachevé est essentiellement conceptuelle et secondairement normative, car le juge ou la personne, dans le cas précis, doit décider s'il y a un contrat, par exemple, et à quelle espèce il appartient, avant d'ordonner la conduite et de mettre la norme à jour. Celle-ci ne donne des orientations que lorsqu'on a réussi à découvrir la nature de l'entification, entification que le temps rend inachevée. Mais ce dernier aspect appartient au domaine de la structure du concept pratique, ce qui constitue l'objet d'une étude différente.

## NOTES

- (1) Cf. Cassirer E. **El problema del conocimiento**, Fondo de Cultura Economica, México, 1953, t. I, p. 44. Il y est affirmé : "Toutes celles-ci (les phases précédentes) transforment les contenus de l'être en contenus de la pensée ; mais leur attention est exclusivement cernée sur le **produit**, et non pas sur le **processus** de cette transformation. La **fonction** de la pensée pure sous forme de concepts demeure encore complètement cachée derrière ses résultats, sans se manifester selon un critère conscient et différencié".
- (2) Pfander A., **Logica**, Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1945, 3è ed., p. 153.
- (3) L'anthropomorphisme de Linné - au XVIIIè siècle - se projette sur sa classification des êtres naturels. Aussi peut-il parler d'un empire et de royaumes dans la classification des êtres vivants et non vivants. Ce qui, en quelque sorte, paraît contradictoire, ne l'est pas car, si l'on observe attentivement, à un premier moment, ce scientifique emploie des mots de son entourage politique pour nommer les êtres naturels ; nonobstant, son intérêt pour le thème de la nature retardera le plus intime, celui que est spécifiquement humain.
- (4) Il y a une différence très nette entre la méthode qualitative des Grecs, utilisée dans les discussions dialectiques, et la méthode quantitative et expérimentale de la science moderne. Celle-là peut cependant être empirique, bien que non expérimentale. Mais il n'est peut-être pas absurde de comparer -ne serait-ce que comme un instrument qui apporte de nouvelles lumières- la naissance du concept comme "une mesure objective" de la dialectique avec "la mesure scientifique de la chaleur" au moyen d'un appareil appelé thermomètre. La méthode de Socrate, évidemment, n'a rien de quantitatif. La **faussation** est essayée par la voie dialectique. Dans la science moderne elle est essayée par la voie expérimentale, car la "mesure" est donnée par un appareil (le thermomètre, par exemple) qui nous fournit une relation mesurable entre deux phénomènes, toujours là même dans des circonstances identiques. Cf. Rotondi P., *Epistemologia e storia della scienza*, Feltrinelli, Milano, 1978, en particulier deuxième chapitre.
- (5) Spengler O., **La decadencia de Occidente**, Espasa-Calpe, Madrid, 4 volumes, 1934.
- (6) Cf. le dialogue **Laques**.
- (7) Ducos M., **L'influence grecque sur la loi des Douze Tables**, P.U.F., Paris, 1978.

L'EVOLUTIONNISME DARWINIEN  
EST-IL APPLICABLE AU DROIT ?

Par Pierre DAUCHY

*Maître-Assistant à la Faculté de Droit d'Amiens*

**Aetius**, V, 19, 4 (Dox. 430). *Anaximandre : les premiers animaux naquirent de l'humide et enfermés dans une écorce épineuse ; avec le temps, ils montèrent sur le rivage, l'écorce se déchira et, en peu de temps, ils changèrent de vie.*

*(Anaximandre de Milet) : environ 610-547 av. J.-C.).*

# I N D E X

Introduction : Position de la question

## **I - Prolégomènes à toute théorie darwinienne du droit**

A - Situation historique du darwinisme

1. Domaine de la biologie évolutive
2. Progrès de la biologie évolutive
3. Généralité du modèle darwinien dans les sciences sociales

B - Axiomes de la pensée biologique actuelle

1. Pensée populationnelle
2. Distinction du phénotype et du génotype
3. Antifinalisme

## **II - Typologie des références biologiques dans la pensée juridique moderne**

A - Utilisation métaphorique de l'évolutionnisme

1. Utilisation métaphorique de l'évolutionnisme appliqué à l'étude de la pratique sociale
2. Utilisation métaphorique de l'évolutionnisme appliqué à la recherche d'universaux

B - Utilisation scientifique de l'évolutionnisme

1. Utilisation scientifique de l'évolutionnisme appliqué à l'étude de la pratique sociale
2. Utilisation scientifique de l'évolutionnisme appliqué à la recherche d'universaux

## **III - Essai de formulation d'une théorie darwinienne du droit**

A - Darwinisme scientifique

1. Les impératifs négatifs a priori
2. La déprogrammation biologique

B - Darwinisme métaphorique

1. La mise au point des schémas comportementaux en général
2. Les schémas comportementaux juridiques.

La question de l'applicabilité au droit des théories de l'évolution biologique peut sembler, à première vue, dénuée de fondement. L'homme biologique appartient en effet au règne animal, tandis que le droit est spécifiquement humain. Une longue tradition rationaliste depuis le stoïcisme, en passant par l'humanisme chrétien, le cartésianisme, la philosophie des Lumières et l'idéalisme allemand, nous a inculqué ce qu'on pourrait appeler un noocentrisme qui tend à hypostasier l'esprit humain, que ce soit dans le modèle de l'individualisme rationnel ou dans une forme quelconque de conscience universelle, et à y rattacher tout ce qui fait la nature propre à l'homme par opposition à son corps, dévalorisé et abandonné aux sciences biologiques. A cet égard, les deux courants prédominants de la pensée juridique actuelle que sont le jusnaturalisme moderne, axé sur l'origine rationnelle du droit, et le positivisme, axé sur l'origine étatique ou sociale du droit, semblent exclure **a priori** toute réflexion de mode biologique dans la mesure où ces deux courants, sous différentes espèces, font du droit une production spécifique de l'esprit humain.

Pourtant, il s'agit là d'un trompe-l'oeil. La conception ancienne de la nature, à la fois unifiée et équilibrée, sans césure entre le physique et le spirituel, n'est pas perdue ; elle se propage actuellement avec le renouveau des études aristotéliennes. De plus, les progrès de la science biologique, dont les débuts sont concomitants de la Révolution française, influencent fortement des philosophes tels que Schelling, qui amorcent le renversement de l'idéalisme vers le sociologisme. Voyons comment s'est constituée cette configuration intellectuelle.

La conception classique du droit naturel, qui subsiste et se développe à côté du positivisme et du droit naturel moderne, ne retranche pas l'homme de l'ordre naturel extérieur au sein duquel il évolue ; elle trouve sa source chez Aristote, dont les écrits biologiques représentent plus du tiers de l'oeuvre accessible (1). Or même s'il est difficile d'évaluer la part du biologique dans l'ensemble de la pensée aristotélienne (2), il est frappant d'observer qu'Aristote, lorsqu'il *"redresse le platonisme"* (3) et assigne à la science la recherche du nécessaire et de l'universel *"en ce monde-ci et non dans la fiction d'un second monde distinct du monde sensible"* (4), pratique *"une sorte d'ani-*

*misme biologiste qui s'intéresse avant tout à l'unité du monde vivant" (5) sans jamais poser le problème de la transcendance "d'une part de nous-mêmes, radicalement distincte de la vie biologique et pratique" (6).*

De plus, si la tradition aristotélicienne ne s'est jamais totalement perdue en droit, elle se relie à une révolution épistémologique survenue dans la première moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle : l'invention de la biologie moderne. Lamarck, qui a forgé avec l'allemand Treviranus le terme de biologie et a clairement distingué le monde des êtres vivants, animaux ou végétaux, seuls pourvus d'un principe interne de développement, du monde inanimé, a, lit-on communément, repris la notion aristotélicienne d'échelle des êtres allant du plus simple au plus compliqué et l'a déployée sur l'axe du temps, affirmant que les êtres se transforment progressivement les uns dans les autres, depuis l'infusoire jusqu'à l'homme, par l'effet d'un dynamisme interne (analogue à la forme ou à l'âme aristotélicienne), que viennent perturber les circonstances extérieures. C'est à Darwin qu'il reviendrait d'avoir rompu avec la pensée classique pour fonder une véritable biologie moderne. Ces analyses posent la question de la situation historique du darwinisme, sur laquelle nous reviendrons. Notons simplement que les théories génétiques actuelles font prédominer chez les animaux supérieurs l'évolution par recombinaison des gènes sur la transformation par mutations et sélection naturelle, c'est-à-dire redonnent vigueur au principe du dynamisme interne (7). Signalons également, même s'il faut la prendre avec quelques précautions, cette affirmation de Darwin : "*Linné et Cuvier ont été mes deux divinités ; mais ce ne sont que de simples écoliers en comparaison d'Aristote*" (8).

En tout état de cause, dès son origine la nouvelle science biologique a fortement influencé la configuration intellectuelle générale, créant une **épistémé** originale, au sens où l'entend Michel Foucault. Ainsi, il semble bien que les philosophes idéalistes allemands et leurs épigones, en rejetant le corps biologique, importent en contrebande le dynamisme vital dans le domaine de l'Idée, entendue comme réalité profonde qui engendre les apparences phénoménales (9).

Dans le domaine juridique plus précisément, Alexandre Kojève, dont la phénoménologie doit beaucoup à l'hégélianisme (10), expulse semblablement la nature biologique au nom de l'irréductibilité de l'esprit humain, tout en développant une métaphore biologique du droit avec une insistance qui dépasse les nécessités d'un simple procédé pédagogique (11).

On comprend dès lors que les références de la doctrine juridique à la biologie, **épistémé** dominante, sont multiples. On les trouve au XIX<sup>ème</sup> siècle, que ce soit en France, alors pourtant que règne une philosophie de l'esprit empruntant aussi bien au kantisme par l'intermédiaire d'Aubry et Rau, qu'au spiritualisme éclectique de Victor Cousin ou au néo-criticisme de Charles Renouvier (12), ou que ce soit dans l'école historique allemande qui, à force d'historicisme et de métaphores organiques, en vient à trahir le rationalisme hérité des XVII<sup>ème</sup> et XVIII<sup>ème</sup> siècles (13), ou que ce soit encore dans l'ethnologie juridique allemande (Bachofen, Post, Kholer) et anglaise (Sumner Maine) (14). Les références à la biologie sont tout aussi nombreuses au XX<sup>ème</sup> siècle, que ce soit chez les continuateurs de l'idéalisme allemand (comme A. Kojève), ou chez les juristes qui, tels que D.L. Perrot (15), se réclament de la nouvelle scientificité linguistique et structuraliste, elle-même riche en références biologiques (16).

On pourrait ainsi présenter les choses : après l'étape du **cogito** cartésien, où le sujet s'éprouve comme rationnel, un premier mouvement met l'accent sur la raison et culmine dans l'idéalisme allemand avec Kant d'abord (raison pure, qui se détache de l'individu). Puis Hegel renforce le concept de raison pure, en lui donnant une plus grande extension sémantique (Idée, esprit) et en en faisant le principe de la destinée humaine par son incarnation progressive dans l'Etat. Par là-même Hegel inaugure la philosophie de l'histoire, cette dernière entendue comme développement de l'esprit. Les successeurs de Hegel seront amenés à faire prévaloir l'un des deux termes : esprit ou histoire. Faire prévaloir l'esprit, c'est s'enfermer dans la distinction schizoïde entre corps et esprit, au risque de voir l'esprit de comporter comme un corps (A. Kojève) ; faire prévaloir l'histoire, c'est donner à ce concept une véritable substance, c'est-à-dire

se tourner vers l'étude des communautés humaines concrètes, ce que font avec une certaine filiation et un approfondissement continu Schelling, l'école historique allemande, les écoles ethnologiques allemande et anglaise du XIX<sup>ème</sup> siècle, la sociologie durkheimienne, mais le risque est alors d'attribuer valeur absolue au processus historique d'évolution, en distinguant les sociétés les unes des autres, comme autant d'organismes particuliers : on tombe dans un matérialisme organiciste.

On peut constater dans ce premier mouvement une radicalisation progressive du concept de raison, défini moins par son contenu qui, en s'enflant, devient vague, que par le critère formel d'**universalité** et de **nécessité**. Il ne reste plus alors au théoricien qu'à expliquer la nécessité du monde par une phénoménologie de l'esprit (Hegel) ou du droit (A. Kojève), qui montre le développement progressif de la rationalité sous l'effet de ses propres déterminations (universalisme à tendance idéaliste), ou bien à analyser la société ou les institutions juridiques pour retrouver le système du monde (universalisme à tendance matérialiste).

Un second mouvement met à l'inverse l'accent sur l'individualisme et, en se radicalisant lui aussi, abandonne de plus en plus le point de vue de la raison pour celui de la volonté : ce sont alors ses intérêts propres que chaque individu poursuit. Ce second mouvement produit les doctrines juridiques de l'**Interessenjurisprudenz** (jurisprudence dite "*des intérêts*") ou de l'école réaliste américaine. La difficulté pour ces thèses et de passer de la contingence et du particularisme des comportements individuels à un modèle d'organisation sociale stable. La théorie de la sélection naturelle trouve là un point d'application évident.

Mais ce n'est pas assez de dire que la doctrine juridique va à la rencontre des sciences biologiques ; l'évolutionnisme lui aussi accomplit une partie du chemin qui le sépare du droit. Les évolutionnistes, dès Darwin, ont été tentés d'opérer la transposition de leurs thèses au domaine de l'esprit. Ce programme est formulé par Darwin en conclusion de **L'origine des espèces** (1859) : "*Dans l'avenir je vois s'ouvrir des champs de recherches encore plus importantes. La psychologie sera solidement*

*fondée sur les bases déjà bien posées par Herbert Spencer, celles de la nécessité de l'acquisition de chaque capacité et pouvoir mentaux par gradation*". Spencer, au XIX<sup>ème</sup> siècle, applique le concept d'évolution comme thème central de la vaste synthèse du savoir philosophique qu'il entreprend dans son projet d'un **Système de philosophie synthétique** (1860). Konrad Lorenz, au XX<sup>ème</sup> siècle, poursuit la direction indiquée dans **L'expression des émotions chez l'homme et chez les animaux**, ouvrage publié par Darwin en 1872, où cet auteur soutient que les comportements humains résultent également de l'évolution (17). De nombreux biologistes contemporains font déboucher leurs analyses sur le domaine culturel : le leitmotiv "*hominisation*" témoigne à lui seul de l'irruption de l'histoire et de l'évolution biologique dans le développement de l'esprit humain (18). A la limite on en arrive à un matérialisme biologique qui culmine dans l'actuelle sociobiologie (19).

On peut dire qu'il y a un véritable rendez-vous manqué entre l'évolutionnisme et le droit. Les biologistes pratiquent en effet trop aisément une réduction du droit à la culture et de la culture à la biologie, et n'émettent guère que des considérations très générales, ou alors donnent dans la technicité et la manipulation génétique (cas de la sociobiologie), tandis que les juristes tiennent fort mal compte de la cohésion de la doctrine évolutionniste. La plupart du temps, en effet, le penseur juridique cherche à s'assurer l'aval d'un fait biologique avéré, pris isolément, au lieu de s'appuyer sur un corps théorique solide. Or, la théorie de l'évolution, émise par Darwin après son voyage d'étude à bord du **Beagle**, est également le résultat d'une fort longue cogitation en chambre, à une époque où l'on ignorait tout de la génétique, et si les progrès de cette dernière science et de la biochimie, intervenus au XX<sup>ème</sup> siècle, n'ont pas fait sombrer l'hypothèse initiale du darwinisme, il ne faut pas voir là une confirmation scientifique d'une doctrine qui serait maintenant démontrée, mais plutôt les qualités de solidité et de fécondité de ce qui est autant une construction de l'esprit qu'une description du réel. Il importe donc, lorsqu'on parle d'évolutionnisme, de considérer non pas certains faits de laboratoire isolés, mais l'ensemble d'une théorie qui a valeur heuristique.

Compte tenu de ce rendez-vous manqué entre la pensée juridique et l'évolutionnisme, la question de l'applicabilité du darwinisme au droit nous amène à étudier les conditions nécessaires à l'énonciation de toute théorie darwinienne du droit (I), pour établir ensuite une typologie des références biologiques dans la pensée juridique moderne (II) ; enfin, on se hasarderà à un essai de formulation d'une théorie darwinienne du droit (III).

## I - PROLEGOMENES A TOUTE THEORIE DARWINIENNE DU DROIT

Voilà 125 ans, Darwin publiait son **Origine des espèces**. On comprend que la doctrine évolutionniste ait elle-même évolué au cours de l'histoire (A). Le néo-darwinisme encore appelé théorie synthétique de l'évolution, est actuellement dominant dans la communauté scientifique ; il repose sur quelques idées-force (B).

### A - Situation historique du darwinisme

Avant de devenir un modèle général en sciences sociales (3.), le darwinisme a d'abord dû s'imposer progressivement (2.) dans son domaine d'application initial, c'est-à-dire la biologie évolutive (1.).

#### 1. Domaine de la biologie évolutive

Dès le début du XIXème siècle, la biologie aborde le vivant sous deux angles : celui de son fonctionnement physico-chimique (modèle chimique transposé en histologie par Bichat, recherches de Lavoisier sur la respiration), et celui de son origine et de sa descendance (transformisme lamackien). On est ainsi amené à distinguer une biologie fonctionnelle et une biologie évolutive. Cette distinction se maintient au XXème siècle, mais l'avènement de la génétique assigne aux deux branches de la biologie un objet commun : le programme génétique dont chaque individu est porteur.

Pour préciser la notion de programme génétique, rappelons que les caractères physiques héréditaires d'un individu (et sans doute également certains caractères mentaux, dans une proportion inconnue) sont inscrits à l'intérieur de chacune de ses cellules dans un programme constitué par des chromosomes agencés en plusieurs paires, lesquels sont de longs rubans d'ADN (acide désoxyribonucléique). Ces rubans portent de très nombreux gènes, sortes de messages codifiés par un certain ordre de succession de quatre bases chimiques le long d'une petite portion du ruban. Ces messages déclenchent la production de protéines spécifiques qui, selon le moment de leur apparition dans l'organisme au cours du développement de l'embryon, ont des actions différentes sur tout ou partie de sa morphologie. Ceci explique qu'il n'y a pas de relation univoque entre caractère physique isolé et gène : la présence d'un seul caractère (yeux bleus, par exemple) dépend de la combinaison de plusieurs gènes, et inversement telle ou telle combinaison entraîne la réalisation de plusieurs traits particuliers et sans rapport apparent. Dans la reproduction sexuée, les paires de chromosomes se scindent et chaque parent n'en transmet que la moitié, de plus les chaînes chromosomiques peuvent se briser et se recombinaison ; les gènes changent alors de place (translocation) et le programme génétique est remanié (il semble que chez les êtres supérieurs les gènes eux-mêmes puissent se morceler grâce à la présence d'introns, sorte de "*blancs*" dans le message). Ce remaniement est pourtant limité en ce que le programme génétique constitue un système intégré où les gènes sont coadaptés : c'est-à-dire que certaines combinaisons formant des parties entières du programme échappent au brassage (sans doute à cause de l'action de gènes régulateurs). On dit que les gènes entrant dans ces combinaisons sont "*tamponnés*" et fixent la limite de la variabilité d'une espèce.

Ainsi, la biologie fonctionnelle "*traite de la traduction, du décodage des programmes génétiques*" (20) par les organismes qui les hébergent, et la biologie évolutive "*s'occupe de l'origine des nouveaux programmes génétiques et de leur changement au cours de l'histoire de l'évolution*" (21). Les deux points de vue apparaissent dès lors aussi inséparables que les deux faces d'une même feuille de papier, mais la distinction subsiste quant aux méthodes :

l'évolution étant difficilement saisissable par l'expérience, la biologie évolutive repose sur "*l'anatomie comparée, l'éthologie comparée (...) et l'expérimentation chaque fois que c'est possible*" (22). C'est assez dire que la biologie évolutive est davantage un corps de théories qu'une science expérimentale. Qui plus est, lesdites théories ne sont pas vérifiables : elles peuvent rendre compte d'une multiplicité de constatations rassemblées par différentes sciences (paléontologie, embryologie, biologie moléculaire, génétique des populations), mais ne sont pas falsifiables au sens où l'entend Karl Popper dans sa **Logique de la découverte scientifique** (23).

Pourtant, ce corps de théories a acquis une indéniable consistance dans la mesure même où il fournit à ces différentes sciences un cadre référentiel plusieurs fois rectifié depuis son origine (24).

## 2. Progrès de la biologie évolutive

Initialement, dans le transformisme de Lamarck, l'évolution est conçue de manière dualiste. Les êtres vivants, selon cette doctrine, se complexifient essentiellement suivant le **plan général de la nature**, en accord avec leur capacité générale d'autoperfectionnement et indépendamment du milieu ; cependant, pour reprendre les termes de Lamarck, "*l'exécution de ce plan*", qui "*devrait aboutir à une harmonie parfaite dans la composition croissante de l'organisation*", se trouve "*traversée çà et là par une cause étrangère*" qui le perturbe "*sans le détruire*". Cette cause étrangère, seconde par rapport au plan initial, réside dans les perturbations externes qui provoquent une réaction adaptative de l'organisme au milieu (thème quelque peu caricatural de l'allongement du cou de la girafe) (25). C'est cette cause seconde que l'on a surtout retenue, alors que l'évolution des organismes se fait pour l'essentiel en conformité avec le plan général de la nature. En effet, le dualisme de Lamarck ne met pas l'accent sur l'adaptation : "*Si l'on entend par **adaptation** un ajustement de l'organisme à son environnement, effectué par l'organisme lui-même, il n'y a pas d'adaptation chez Lamarck. La poussée vitale qui tend **nécessairement**, en dépit des agents physiques, à produire de l'organisé de plus en plus parfait, ce n'est pas de l'adap-*

*tation, mais plutôt un processus qui fonctionne malgré l'environnement. L'action perturbatrice des agents physiques sur les organismes, ce n'est pas non plus de l'adaptation, c'en est l'exact contraire : l'organisme subit son environnement" (26).*

L'accent faussement placé sur la cause seconde a contribué à faire percevoir les organismes porteurs de vie comme sans cesse en butte aux agressions externes, et donc à faire prévaloir une interprétation vitaliste du lamarckisme. Pour Lamarck, la séparation entre l'inanimé et le vivant n'est pas totale, en ce que les organismes, qui seuls possèdent un "*plan de composition*", une organisation (c'est leur définition même, et le caractère spécifique de la vie), restent soumis, pour leur devenir, au même déterminisme mécanique qui régit l'inanimé : la nature n'est pas un être de raison ; elle n'a pas de finalités intrinsèques ; la finalité est du domaine du créateur, de l'auteur premier qui a muni la nature de lois générales et universelles (27). Malgré cela, on a voulu voir chez Lamarck un vitalisme qui oppose radicalement la biologie au reste de la nature, en faisant de la vie un principe quasi métaphysique, irréductible au reste du monde (28). Il est important de noter qu'en remplaçant la vie par l'Idée, l'hégélianisme institue une même césure définitive entre esprit et matière.

Par ailleurs, en insistant sur la réaction adaptative des organismes, on a fait pareillement ressortir l'idée que les transformations imprimées par le milieu dans les caractéristiques d'un individu se perpétuent dans l'espèce. Or l'hérédité des caractères acquis est totalement infirmée par la génétique comme incompatible avec la distinction du phénotype et du génotype (29). Cependant il convient de remarquer que la notion d'hérédité des caractères acquis n'est pas proprement lamarckienne. Elle est communément acceptée tout au long du XIX<sup>ème</sup> siècle, y compris par Darwin. Elle trouve encore un écho tardif au XX<sup>ème</sup> siècle chez Kammerer et Lyssenko. De plus, si les sciences humaines trouvent dans la distinction du phénotype et du génotype un modèle particulièrement fécond, les difficultés de transposition et d'adaptation en sont redoutables parce que, précisément, on définit mal ce qui est assimilable au phénotype et ce qui l'est au génotype, de même que les rapports qui

s'établissent entre ces deux équivalents. Piaget, notamment, a durement bataillé pour la réhabilitation du thème de l'hérédité des caractères acquis, tandis que dans le domaine juridique certaines théories expliquent la norme collective par la cristallisation des comportements individuels.

Alors que l'histoire a largement dénaturé le transformisme dualiste de Lamarck, son action a plutôt été d'édulcorer l'évolutionnisme moniste de Darwin. Le darwinisme, en effet, doit son succès à la formulation satisfaisante qu'il donne des rapports entre êtres vivants et environnement, mais il oublie la cause première de Lamarck, cet équilibre dynamique interne des organismes par lequel Lamarck annonce la notion de code génétique. On connaît la thèse darwinienne : des mutations légères et très nombreuses apparaissent chez les êtres vivants ; chaque fois qu'une de ces mutations aléatoires procure un avantage dans le milieu naturel, elle permet à son porteur d'engendrer une descendance plus abondante, munie de la même mutation. Ce schéma de base, énoncé en 1859, a été repensé et enrichi à l'aide de la génétique, pour donner la théorie synthétique moderne (30). Selon cette théorie, il faut distinguer quatre moments biologiques : celui de la transmission par les parents, à leurs descendants, d'un génotype, résultat de la fusion et de la recombinaison de leurs propres patrimoines génétiques, celui des mutations qui peuvent intervenir au niveau d'un ou de plusieurs gènes et affectent l'ensemble du génome, tous les gènes étant interdépendants, celui de la sélection opérée par le milieu qui tend à accorder une plus nombreuse descendance aux porteurs de mutations avantageuses, celui de l'évolution qui est l'augmentation de la fréquence des génotypes correspondant aux mutations sélectionnées par le milieu (31).

On voit que la mutation précède la sélection par le milieu. C'est un phénomène entièrement aléatoire, hasardeux. Cependant, pas plus que Lamarck, Darwin n'a échappé au reproche de finalisme et de vitalisme, car dans ses oeuvres tardives il a prolongé trop loin la métaphore de la sélection naturelle. Camille Limoge l'explique très clairement : *"Le terme sélection naturelle, défalqué de celui de sélection artificielle (par référence au travail des éleveurs), introduit, quoiqu'en dit Darwin, une idée de finalité dans la sélection. La nature est*

personnifiée, c'est elle qui prend la place de l'éleveur : *'Can we wonder, then that Nature's productions should be far 'truer' in character than man's production, that they should be infinitely better adapted to the most complex conditions of life, and should plainly bear the stamp of far higher workmanship ?'* Cette position a le désavantage de mettre en valeur une sélection négative, par élimination, alors que les théories modernes, rejoignant les premières préoccupations de Darwin, mettent au premier plan l'augmentation de la descendance des individus porteurs de variations favorables. Cette ambiguïté du darwinisme ne disparaît qu'avec l'apparition de la génétique qui entraînera la suppression de la référence constante à l'artifice" (32). Ernest Mayr reproche pareillement à Darwin d'avoir écrit *"à la fin de sa vie, que c'est la sélection naturelle et non l'isolement géographique qui est responsable de l'origine des espèces, comme si les deux faits s'excluaient mutuellement"* (33).

Il faut voir dans cette fausse interprétation du darwinisme l'origine du thème de la lutte pour la vie, thème vitaliste par excellence et qui rejoint le dynamisme adaptatif auquel on a voulu réduire le lamarckisme. Mais chez Lamarck l'adaptation se fait par un effort d'adéquation avec le milieu : il s'agit d'un vitalisme rationnel ; tandis que chez Darwin, comme la mutation survient d'abord et qu'elle est aléatoire, c'est la force combative, alliée aux moyens disponibles, qui détermine la survie : il s'agit d'un vitalisme irrationnel. Ces lectures convergentes, mais erronées, du lamarckisme et du darwinisme dominant la pensée politique et sociale du XIX<sup>ème</sup> siècle (un exemple parmi d'autres : le mouvement de la *"jurisprudence des intérêts"* -*Interessenjurisprudenz*-, étudié plus loin). L'ambiguïté de la sélection naturelle est d'ailleurs pas encore totalement levée au XX<sup>ème</sup> siècle, comme on aura l'occasion de la voir. Le vitalisme de l'individu, dans sa dimension à la fois rationnelle et irrationnelle, fournit également une confirmation pseudo-scientifique aux conceptions juridiques issues du nominalisme occamien (34).

Cependant, la théorie synthétique n'a pas fait que redresser l'erreur d'interprétation commise par les doctrinaires de la lutte pour la vie, elle a fait évoluer la notion de sélection naturelle à la lumière des découvertes

génétiques. La sélection naturelle, on l'a dit, procède simplement de l'avantage accidentel que confère à l'organisme une mutation aléatoire. Mais dans la théorie synthétique, la nouveauté n'est plus totalement aléatoire, car les variations de caractères individuels sont essentiellement déterminées, dans la reproduction sexuée, par le brassage et la recombinaison des gènes constituant le patrimoine génétique des parents : *"La pression exercée par la mutation en tant que déterminant de la transformation évolutive est d'une importance négligeable chez de tels organismes (l'homme et les animaux supérieurs). C'est l'emmaillage de variations et la reproduction par recombinaison sexuée d'une grande diversité de génotypes qui comptent pour la plasticité de ces types"* (35). Or toute recombinaison génétique n'est pas possible : des gènes de régulation viennent limiter l'ampleur du brassage, des segments chromosomiques entiers sont transmis de façon stable comme s'il ne s'agissait que d'un seul gène (on parle de supergènes). Ces contraintes génétiques déterminent ce qu'on appelle la fermeture du **pool** génique de l'espèce.

Deux conséquences apparaissent alors. D'abord, chez Darwin, rien ne venant limiter les possibilités de mutation, les espèces sont fluides, toutes entières saisies par l'évolution, et, à la limite, chaque individu est le début d'une espèce. Lamarck aussi, en introduisant en biologie le mouvement, le devenir, réduit l'espèce à un pur concept. A cet égard, ces deux penseurs sont nominalistes (36). En revanche, en biologie moderne, l'espèce se trouve naturellement définie par la relation réelle de compatibilité génétique dans la reproduction sexuée, compatibilité elle-même régie par le programme génétique : l'espèce est une communauté reproductive munie d'un **pool** de gènes protégé par l'incompatibilité des unions exogames, ou, en termes moins techniques, une espèce est un superprogramme génétique qui s'actualise dans une population. L'espèce acquiert de nouveau une existence réelle, c'est la ruine du nominalisme de l'espèce et par la même occasion du nominalisme des relations intra et interspécifiques.

La seconde conséquence est une transformation du concept de sélection : dans le phénomène de directionnalité de l'évolution, à côté du rôle sélectif joué par le milieu (directionnalité extrinsèque), il faut accorder

une place croissante aux contraintes internes qui résultent des programmes génétiques eux-mêmes (directionnalité intrinsèque). Il y a là un certain retour à une conception dualiste de l'évolution.

Cette oscillation entre une sélection naturelle moniste conçue abusivement sous l'angle du vitalisme, et une conception dualiste de l'évolution avec prééminence des contraintes du programme interne, trouve de très importantes résonances dans les sciences sociales au XIX et XXèmes siècles.

### 3. Généralités du modèle darwinien dans les sciences sociales

Ainsi qu'on l'a vu, le modèle darwinien est un modèle complexe, inséparable de l'histoire de la biologie évolutive. Pourtant, deux idées qui y sont rattachées ont connu une fortune toute particulière en sciences sociales : l'idée de sélection et l'idée de système.

Au XIXème siècle, c'est plutôt l'idée de sélection qui inspire les théoriciens, la plupart du temps prise dans l'acception erronée de lutte pour la vie et d'élimination des plus faibles (37). Le thème de la lutte pour la vie s'applique d'abord aux relations sociales à l'intérieur des nations occidentales. Darwin avait lui-même assuré la transposition de ses théories dans son ouvrage **La descendance de l'homme** (1871), et donné le coup d'envoi du "*darwinisme social*" en regrettant que la sélection chez l'homme soit faussée par la grandeur morale qui le pousse à aider les plus faibles : "*Nous devons donc subir, sans nous plaindre, les effets incontestablement mauvais qui résultent de la persistance et de la propagation des êtres débiles*" (38). Francis Galton, cousin de Darwin et fondateur de l'eugénisme, va plus loin en en appelant à une **pratique** eugénique pour préserver les élites intellectuelles (**Hereditary genius**, 1869). Des pratiques eugéniques sont effectivement édictées en droit positif, non pas au Royaume-Uni où le parlement anglais repousse en 1930 un projet de loi instituant des allocations familiales en faveur des plus riches (pour favoriser leur descendance, réputée représenter le fleuron de l'espèce) (39), mais aux Etats-Unis avec la promulgation de lois ordonnant la stérilisation

des malades mentaux dans une trentaine d'Etats à partir de 1907, et interdisant le mariage aux aliénés, alcooliques, épileptiques, criminels dans une demi-douzaine d'Etats à partir de 1896.

Dans les relations entre les nations occidentales et les autres, le thème de la sélection naturelle vient également justifier l'expansionnisme colonial et le libre-échangeisme, prolongements du libéralisme économique et de la libre concurrence à l'intérieur des Etats. C'est également au nom du darwinisme que le théoricien militaire du pangermanisme, Von Bernhardi, prononce au début du XXème siècle l'éloge de la guerre. Même le droit comparé naissant proclame que la "*supériorité remarquable*" des colons anglais, et l'expansion de leur droit, sont dues à la sélection naturelle (thème commun à Darwin et à Maine) (40).

Le thème de la sélection naturelle, ou plutôt de la lutte pour la vie, est donc absolument général au XIXème siècle. Il est développé et mis en application plus nettement dans les cultures germanique et anglo-saxonne, dans la mesure où la première, notamment avec Schelling, achève le renversement de la raison individualiste cartésienne en principe général de fonctionnement du corps social, et où la seconde se repose sur une tradition scientifique empirique et une tradition politique de libéralisme. Dans un cas comme dans l'autre, ces systèmes de pensée sont amenés à considérer qu'il y a une rationalité profonde de leur société particulière, à qui leur domination économique, militaire ou idéologique donne valeur de modèle. Cette rationalité profonde s'exprime au travers d'un système autorégulateur sous l'aspect (pseudo) scientifique du principe de la lutte pour la vie, avec un aspect davantage manipulateur chez les anglo-saxons. En France, la codification napoléonienne, menée encore sous le sceau du rationalisme individualiste, freine le mouvement des idées, mais la philosophie de l'esprit qui prédomine n'est pourtant pas exempte de métaphores biologiques (cf. par exemple les controverses sur la notion de personnalité morale). Seulement, si la biologie n'est pas absente de la configuration intellectuelle française, les thèmes exploités sont plutôt lamarckiens et leur diffusion plus grande dans la littérature que dans la science officielle. Balzac applique dans ses romans une théorie

du milieu développée par Geoffroy-Saint-Hilaire à partir du transformisme lamarckien. De façon moins nette, on peut observer chez Zola le développement logique d'institutions-organismes selon un plan de composition croissante (exemples du Second Empire, de la bourse, des grands magasins), avec adaptation aux circonstances extérieures (passage de l'Empire autocratique à l'Empire libéral, dans **Son Excellence Eugène Rougon**), tandis que l'hérédité des Rougon-Macquart, telle que Zola la retrace dans **Le docteur Pascal**, s'explique par la tare initiale de la tante Dide, internée comme folle, qui détermine dans la descendance "*selon les milieux, chez chacun des individus de cette race, les sentiments, les désirs, les passions, toutes les manifestations humaines, naturelles et instinctives dont les produits prennent le nom de vertus et de vices*", c'est-à-dire qu'un trait distinctif propre à l'organisme s'exprime différemment suivant les circonstances. Il faut aussi faire la part, dans la configuration intellectuelle française de cette époque, d'une certaine fascination qu'inspire l'esprit d'entreprise et la détermination du peuple anglais (cf. les nombreux héros mis en scène par Jules Verne), et prendre en considération les débuts de la sociologie avec Auguste Comte.

Il y a donc, au XIX<sup>ème</sup> siècle, apparition concomitante de deux matérialismes : l'un historique, l'autre biologique, l'un révolutionnaire, l'autre conservateur, tous deux aux prises dans la société occidentale ; ceci à côté du rationalisme individualiste disparu ou en sursis. Pour compliquer ce schéma, il faut également tenir compte, au XIX<sup>ème</sup> et au XX<sup>ème</sup> siècles, de diverses théories qui reconstruisent le juridique à partir du dynamisme des comportements individuels (thèses de Ihering, de l'**Interessenjurisprudenz**, de l'école réaliste américaine) ; là aussi, la sélection naturelle permet d'expliquer l'apparition d'un ordre global à partir de comportements contingents. Après le paroxysme des lois de Nüremberg et du régime nazi, le matérialisme biologique fondé sur la sélection est totalement discrédité. Il ne disparaît pourtant pas entièrement. On en trouve des échos chez nombre de scientifiques.

Ernest Mayr, par exemple, explique la stabilisation du type physique de l'espèce humaine depuis l'homme de Néanderthal par la diminution de la pression sélective

dans le groupe humain : "Tous les membres de la communauté bénéficient également des réalisations techniques et autres de quelques individus supérieurs. Pourvu qu'il ne soit pas trop au-dessous de la moyenne, un individu peut vivre et se reproduire avec autant de succès qu'un individu au-dessus de la moyenne. Ce sont là les facteurs les plus probables que l'on peut considérer comme responsables de la stabilisation de la taille du cerveau, de cette cessation inhabituellement abrupte d'un progrès évolutif excessivement rapide" (41). Il conviendrait donc, poursuit l'auteur, de "récompenser les performances" des "membres les plus doués de la communauté" pour "accroître les gènes désirables dans le **pool** des gènes humains" (42) ou, en d'autres termes, de restaurer la "structure du groupe reproducteur" originelle où "c'est l'individu faisant preuve des meilleures qualités de commandement qui a les plus grandes chances d'avoir plusieurs femmes" (43).

Voilà une version moderne des thèses, d'ailleurs contradictoires, émises au XIX<sup>ème</sup> siècle par Sumner Maine et Lewis Morgan concernant la promiscuité universelle, le matriarcat, le patriarcat (44), seulement il ne s'agit plus de décrire l'histoire des institutions juridiques, mais de les expliquer et peut-être de les modifier au nom de la biologie. Ernst Mayr a beau vouloir démontrer (de façon peu convaincante, d'ailleurs) que la sélection naturelle favorise les gènes "altruistes", et donc la morale, il n'en place pas moins l'éthique et le droit sous la domination de la biologie : "Les Hominidés primitifs avaient à faire face à leur environnement hostile non en tant qu'individus mais en tant que groupes de familles ou de petites bandes. La sélection naturelle favorise chez un animal ayant la structure de population sociale des Hominidés, l'ingéniosité, la planification, le commandement et, dans nombre de cas, la coopération, beaucoup plus que la force à l'état pur ou l'égoïsme, ainsi que Darwin le déclarait il y a longtemps. Celui qui apporte la plus grande contribution à l'harmonie et au bien-être du groupe peut donc devenir l'ancêtre du plus grand nombre de descendants survivants. Il n'y a pas de conflit entre la sélection naturelle et l'éthique humaine. Les qualités éthiques d'un organisme social sont des composantes importantes de sa valeur sélective" (45). Ces positions sont tout juste en deçà de la sociobiologie d'Edgar Wilson,

forme de réductionisme scientifique sur laquelle nous reviendrons. Jacques Ruffié, en revanche, explique l'arrêt de l'évolution biologique chez l'homme par le fait que l'évolution culturelle l'a relayée et accepte assez largement l'indépendance de la culture par rapport aux gènes, tout en affirmant que la culture est une espèce de superstructure : *"La morale serait une acquisition humaine comme le langage ou l'écriture. Mais comme eux, elle suppose une structure biologique d'accueil qui fait que, dans toutes les civilisations, les morales ont un certain nombre de traits communs, et les langues un certain nombre de schémas de construction identiques"* (46).

Mais, bien que le modèle de la sélection naturelle ne soit pas totalement écarté, un autre thème l'a supplanté au XXème siècle, celui du système ou de la structure. A vrai dire, ce thème ne surgit pas brutalement ; il est en gestation dès Lamarck et Cuvier. Lamarck n'affirme-t-il pas l'importance méthodologique de la considération des rapports naturels qui existent aussi bien entre tous les animaux qu'entre les organes qui les constituent ? (47). Selon lui, ces rapports permettent de saisir la biologie dans sa totalité comme plan de progression dans la composition de l'organisation (48). Cuvier, de même, professe l'idée de fermeture de l'être sur lui-même, ce qui le constitue en un ensemble fonctionnel d'organes complémentaires (fondation de l'anatomie comparée). Des éléments, unis par des rapports naturels et nécessaires, dont la conjonction forme une globalité fonctionnelle objet de science : voilà bien les prémisses de la pensée systémique. Pourtant cette pensée est restée dans les limbes tout au long du XIXème siècle. Pour qu'elle triomphât, il fallait précisément que l'accent soit mis sur la totalité structurée et non sur le comportement particulier des éléments. Or, de Lamarck, on retient au XIXème siècle la théorie de l'adaptation bien plus que celle du plan général de la nature, ce qui a pour effet de ramener la classification des êtres à un pur conceptualisme. Quant à Darwin, il en arrive à un nominalisme de l'espèce. Pour que la systémique s'épanouisse dans la biologie, il faut attendre que l'espèce prenne une réalité nouvelle grâce à l'idée de *"continuité du plasma germinatif"* introduite par Weismann dans les années 1890, c'est-à-dire l'avènement de la génétique moderne.

Une évolution parallèle affecte la linguistique. À l'aube du XIX<sup>ème</sup> siècle, la découverte du sanskrit déclenche de multiples études, notamment celles de Franz Bopp sur le système de conjugaisons indo-européennes, et celles de Jacob Grimm sur le système consonantique indo-européen. Une recherche minutieuse des rapports entre éléments morphologiques ou phonétiques de langues différentes, pour déceler leur plan de progression logique : l'homologie avec la science biologique naissante est presque parfaite. Dans la seconde moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle, d'ailleurs, les néo-grammairiens allemands assimilent explicitement la langue à un organisme vivant. Mais la pensée systémique est condamnée à végéter en linguistique, pour la même raison qu'elle le fait en biologie : la considération de l'évolution de certains éléments prend le pas sur celle de l'organisation de la totalité. La linguistique du XIX<sup>ème</sup> siècle est une linguistique historique (diachronique, disent les spécialistes), or, dans une grande mesure, le systémisme implique une perception intemporelle de la langue (synchronie).

Ces tendances systémiques pénètrent le droit au XIX<sup>ème</sup> siècle, d'autant plus que d'éminents linguistes, tels que Wilhelm Von Humboldt ou Jacob Grimm, sont en même temps juristes (49). De façon générale, l'école historique du droit, à laquelle appartient Jacob Grimm, considère le droit et la langue comme issus au même titre du **Volksgeist** ; mieux, le droit est une sous-partie du système culturel incarné dans la langue. Une certaine considération de la société dans sa globalité apparaît, d'abord en Allemagne dans l'école historique du droit, puis dans l'ethnologie juridique naissante (Bachofen, Post, Kohler, Maine), qui postule un développement des institutions par étapes toujours semblables, enfin dans la sociologie durkheimienne. Mais ces théories sont trop historiques, portant sur la genèse des institutions, pour s'intéresser longuement à l'équilibre systémique d'un droit dans son ensemble. Gabriel Tarde en revanche semble inaugurer une perspective plus nettement systémique, en associant droit et langage comme systèmes relativement stables autour d'un noyau dur dicté par les besoins physiologiques.

Le modèle de l'organisation, de la structure, est par contre le modèle dominant au XX<sup>ème</sup> siècle. La notion de code génétique lui donne un soubassement

biologique. Le linguiste Roman Jakobson soutient en effet que la linguistique est la science-clef assurant le passage du code génétique aux sciences humaines (50) ; Claude Lévi-Strauss adopte le même point de vue dans ses dernières oeuvres : le modèle ultime de la structure, c'est le code génétique. Mais alors le problème de l'inné et de l'acquis prend une nouvelle acuité : le linguiste Noam Chomsky prétend que les capacités linguistiques ne doivent rien à l'apprentissage, le milieu ne faisant que les révéler. Le juriste David Perrott, emboîtant le pas de Noam Chomsky, parle de droit naturel inscrit dans le code génétique.

Cette longue évolution historique nous ayant mené de Lamarck à nos jours, il nous reste, pour compléter le tableau, à préciser les idées-force de la pensée biologique actuelle, telles qu'elles résultent du processus de décantation imposé par l'histoire des idées. Une telle présentation, non plus historique mais systématique, implique une certaine technicité et des redites, inévitables dans la mesure où nous l'avons voulue la plus claire possible pour la suite de l'exposé.

## **B - Axiomes de la pensée biologique actuelle**

Nous avons déjà annoncé que la biologie évolutive n'est pas une théorie susceptible de vérification (ou de falsification au sens où l'entend Karl Popper). Néanmoins, elle rend compte de très nombreuses constatations effectuées dans différentes branches des sciences naturelles. Quelques idées-forces soutiennent cette théorie ; sans pouvoir véritablement parler d'une axiomatique, car la théorie n'est pas clairement formalisée, on peut distinguer trois idées-forces se rapprochant de la notion d'axiome. Ce sont : la pensée populationnelle, la distinction du génotype et du phénotype, l'antifinalisme. On les étudiera successivement.

### **1. Pensée populationnelle**

L'expression "*pensée populationnelle*" est d'Ernst Mayr (51). Il s'agit d'apprécier le statut scientifique des lois qui gouvernent le vivant. Pour les biologistes, étant donné

la diversité morphologique des organismes, seule l'étude d'un grand nombre d'entre eux, d'une population permet de trouver des valeurs moyennes et de dégager des lois d'évolution : c'est là un déterminisme statistique.

Cependant, la prise en considération, dans la théorie synthétique moderne, de la notion d'espèce, absente dans le darwinisme original, entraîne une modification du schéma statistique strict. Le darwinisme original insiste sur la fluidité des espèces et le grand nombre de mutations aléatoires subies par les individus, et ignore la notion de fermeture du **pool** génique de l'espèce. L'évolutionnisme de Darwin est initialement un évolutionnisme de conception purement statistique : du comportement totalement aléatoire (mutations) d'un nombre considérable d'individus se dégage une ligne d'évolution graduelle, selon un même déterminisme statistique que celui qui rend compte des propriétés générales d'un gaz constitué de myriades de molécules en mouvement désordonné (52). En termes modernes, on dit qu'il y a "*ordre à partir du bruit*". Cette conception reste dominante, mais la génétique affirme que les variations morphologiques sont limitées à un certain répertoire, qui est celui de l'espèce. Ceci implique une conception particulière de l'espèce et de ses rapports aux individus.

Une première conception, essentialiste ou typologique, définit l'espèce par un ensemble de traits morphologiques invariants ; les variations morphologiques individuelles sont ou négligées, ou considérées comme des imperfections dans l'expression du "*type*", seul fixe, donc seul réel. Une seconde position, nominaliste, dominante au XVIIIème siècle, consiste à soutenir que les espèces sont des concepts mentaux sans réalité, inventés pour pouvoir se référer collectivement à de grands nombres d'individus (53). Une troisième conception, biologique, de l'espèce apparaît au XIXème siècle ; Cuvier, entre autres, la formule en 1817 : "*Une collection de tous les organismes nés les uns des autres ou de parents communs et qui leur ressemblent autant qu'ils se ressemblent entre eux*" (54). Cette conception est aujourd'hui celle de la théorie synthétique. Pour Ernst Mayr, par exemple, "*les espèces sont des groupes de populations naturelles qui se croisent librement, mais sont isolés, sur le plan reproductif, des groupes analogues. Ainsi définie, l'espèce constitue, pour reprendre la formule*

de Dobzhansky (1952), un **ensemble génétique fermé** car les individus d'une même espèce ne se croisent qu'entre eux, à l'exclusion des individus d'autres espèces, l'échange génique ne peut se faire qu'au sein même de l'espèce" (55). L'espèce a donc une existence réelle : elle se définit par la relation réelle de reproduction et par la possession commune à tous ses représentants d'un ensemble de gènes, interchangeables et recombinaisons au moment de la reproduction, dont le brassage détermine la variabilité des individus. Il n'existe donc pas de type pur, mais un certain éventail de variantes qu'on ne peut préciser qu'en étudiant des populations entières : c'est par la loi des grands nombres et les statistiques qu'on détermine les espèces à défaut, dans l'état actuel de la biologie moléculaire, de pouvoir étudier directement leurs **pools** géniques.

A vrai dire, on trouve une certaine hésitation chez Ernst Mayr. Dans son ouvrage **Populations, espèces et évolution**, publié en 1974, il distingue nettement le concept biologique et le concept nominaliste de l'espèce. En revanche, en 1981, dans **La biologie de l'évolution**, il rapproche la pensée populationnelle du nominalisme et de l'empirisme anglais (p. 94). Il se situe alors dans une optique beaucoup plus proche du darwinisme original. Cette hésitation peut s'expliquer en ceci que le second ouvrage, beaucoup moins technique, est en quelque sorte une défense et une illustration de l'évolutionnisme depuis Darwin et tend à présenter une vision unifiée de la biologie. Il n'en reste pas moins que le modèle statistique n'est plus absolu car les mutations ne sont plus considérées comme totalement aléatoires, limitées qu'elles sont par les possibilités et recombinaison des gènes. Autrement dit, nous savons aujourd'hui que si les statistiques nous permettent de déceler un déterminisme dans le vivant, ce déterminisme ne résulte pas d'une combinatoire quelconque, si l'observation macroscopique d'un grand nombre d'organismes permet de réduire le polymorphisme du vivant à un système de lois, cette régularité décelée n'est pas surimposée par un effet de surface, mais traduit un ordre intimement inscrit dans les profondeurs de l'organisme lui-même. Le déterminisme statistique chez Darwin est explicatif ; il n'est plus, dans la théorie synthétique, que descriptif, et ses descriptions sont nécessairement en accord avec les règles de recombinaison des gènes, analogues à celles qui président, dans la matière inerte,

à la formation des cristaux : "Découvrir dans les formes constantes des cristaux une sorte d'algèbre combinatoire, susceptible d'expliquer les régularités des êtres vivants et les lois du monde tout entier, ériger le paradigme du cristal en archétype de l'explication scientifique signifie s'engager à appuyer au moins deux présupposés qui mènent loin, à savoir : 1) que toute forme visible et spécifique se laisse en définitive résoudre, par postulat méthodologique, à l'univers **microscopique**, où elle correspond, conformément à une loi, à des configurations moléculaires tout aussi spécifiques, 2) que les structures profondes, cristallines et moléculaires, peuvent changer **uniquement** en obéissant aux lois propres du micro-univers qu'elles habitent" (56).

Le vivant, nous dit la biologie moléculaire, est programmée dans les gènes, qui commandent également son évolution, ce qui implique l'existence de deux niveaux d'analyse dans l'organisme : "Les transactions entre les deux mondes, celui (macroscopique) des formes visibles et celui (microscopique) des forces moléculaires, se font toujours à sens unique : le microcosme dicte ses lois au macrocosme, sans réciprocité possible" (57). Ces deux niveaux reçoivent les noms de phénotype et de génotype.

## 2. Distinction du phénotype et du génotype

August Weismann, dès 1880, en formulant sa théorie du plasma germinatif, distingue entre **germen** et **soma**. De façon plus moderne, on entend par génotype le patrimoine héréditaire inscrit dans les chromosomes d'un individu, tandis que le phénotype est l'apparence morphologique d'un individu comme résultat de l'interaction entre son génotype et l'environnement.

On a donné plus haut un bref aperçu des connaissances en génétique à l'heure actuelle. Ce qui est important de retenir, c'est que l'apparence physique d'un individu est l'expression d'un programme. Ladite apparence peut être modifiée par le milieu, mais le programme est insensible à ces modifications, qui ne sont pas héréditairement transmissibles. Le programme se trouve néanmoins remanié, mais selon ses lois internes uniquement, lorsque son porteur le transmet au cours de la reproduction sexuée.

Cette notion, qui n'est pas sans rappeler l'hylémorphisme aristotélicien, est capitale également dans la théorie structuraliste : le structuralisme postule toujours que la diversité du réel se laisse en définitive résoudre en un système sous-jacent, immuable, qui produit le réel ; un exemple simple peut en être donné par la grammaire générative de Noam Chomsky, pour laquelle tous les énoncés linguistiques peuvent être ramenés à quelques structures simples.

La notion de programme permet aussi d'expliquer l'organisation du vivant en rejetant toute idée de finalité.

### 3. Antifinalisme

Gardant à l'esprit l'image célèbre du cou de la girafe qui s'allonge pour atteindre la cime des arbres, on a souvent taxé le transformisme lamarckien de finalisme. Or, pour les uns, le finalisme est la marque d'un manque de scientificité d'une théorie, tandis que les autres, en revanche, insistent sur le caractère incontournable du finalisme en biologie, et en tirent argument pour donner un fondement (para-) scientifique à une philosophie spiritualiste (58). Or le finalisme de Lamarck peut à tout le moins être controversé : *"Pour Lamarck, l'adaptation définit la restauration d'un équilibre momentanément rompu, restauration passant par les mécanisme de la nature et entièrement analysable à travers eux"* (59).

Cependant, dès les origines de la biologie, on a été frappé par la directionnalité de l'évolution : les innovations morphologiques semblent s'enchaîner selon une logique précise. Un exemple fréquemment cité est celui de l'évolution des équidés. Si l'évolution n'est pas dirigée par une cause finale, comment expliquer cette directionnalité ? A cela, deux types de réponses ont été fournies : la sélection naturelle (ordre à partir du bruit), le programme génétique.

La sélection naturelle, on le sait, traduit par une descendance plus nombreuse l'avantage dans le milieu ambiant que procure à un individu une mutation aléatoire minime, qui se renforcera donc progressivement au cours des générations (gradualisme). De graves reproches ont

été formulés contre cette théorie darwinienne pure, mais la génétique des populations, en appliquant des modèles mathématiques à un grand nombre d'individus, semble confirmer qu'un avantage sélectif minime suffit à provoquer l'évolution. Cependant, la discussion n'est pas close à cet égard (60).

Les tenants de l'antifinalisme trouvent un autre type d'explication dans la notion de programme génétique, qui contient le but assigné à l'organisme : la cause de la directionnalité est donc à leurs yeux une cause efficiente, antérieure à l'évolution organique, car elle existe dans le programme avant que ne se déroule le processus contrôlé par ledit programme. Ce programme lui-même ne peut changer que dans certaines limites : il semble qu'il existe un grand nombre de gènes régulateurs qui interviennent lors des remaniements du génotype.

On est ainsi amené, dans la théorie synthétique, à combiner les deux types d'explication en distinguant directionnalité intrinsèque et directionnalité extrinsèque. *"La directionnalité frappante de beaucoup de phases de l'évolution, qui a conduit à tant de prises de positions passionnées et extravagantes, est probablement due, pour une part, à cette limitation intrinsèque du nombre de voies possibles d'altérations à la fois viables et morphologiquement détectables de régulations géniques"* (61), tandis qu'à l'intérieur de cette zone de variabilité du génome déterminée par les gènes régulateurs, peut intervenir une évolution darwinienne : *"Outre cette directionnalité intrinsèque des altérations du système de régulation génique, il existe sans doute une directionnalité extrinsèque de l'évolution, due à des orientations relativement stables de la sélection naturelle"* (62), notamment en ce qui concerne *"le développement progressif du système nerveux central et de ses attributs physiques et intellectuels"* (63).

En tout état de cause, la notion de programme, si elle restaure d'une certaine façon la suprématie de la causalité efficiente, dépasse la rationalité linéaire cartésienne : il est bien certain que le programme existe avant l'organisme, mais inversement l'organisme précède le programme. La rationalité devient circulaire. La seule façon de briser ce cercle serait de découvrir comment

le premier programme biologique a été écrit. Des recherches sont menées à ce sujet (théorie dite "*de la soupe primordiale*" (64) dans laquelle les premiers constituants vitaux s'auto-organisent), mais elles sont peu avancées et ne sauraient permettre de trancher entre des positions matérialistes ou idéalistes (ou même religieuses). Il importe donc que la biologie, pour se constituer en science, considère les programmes comme "*toujours déjà données*" ; c'est ce que les structuralistes appellent le principe d'immanence. A cet égard, on peut parler d'un antifinalisme méthodologique. Cette attitude est d'ailleurs observée beaucoup plus scrupuleusement dans les sciences physiques et biologiques que dans les sciences sociales.

Ce troisième axiome, autant que les deux autres, est pourtant nécessaire à l'énonciation de toute théorie darwinienne du droit. Aussi, après ce premier développement, dont on voudra bien excuser la longueur et la relative technicité, mais qui était nécessaire pour préciser à la fois la spécificité et le rayonnement du modèle de l'évolutionnisme biologique, on peut à présent dresser une typologie des références biologiques dans la pensée juridique moderne.

## II - TYPOLOGIE DES REFERENCES BIOLOGIQUES DANS LA PENSEE JURIDIQUE MODERNE

Il ne saurait être question pour nous de passer en revue toutes les conceptions qui font la richesse de la philosophie du droit depuis un siècle et demi, ni **a fortiori** de démontrer à chaque fois qu'elles comportent des références biologiques. Mais, si l'on considère les grands courants de la philosophie du droit (étant bien entendu qu'il y a de l'arbitraire dans toute classification), on remarque de fréquents emprunts à la biologie, parfois explicites, mais aussi implicites, qui se justifient aisément par la prééminence de l'**épistémé** biologique depuis 150 ans. Ces références, à vrai dire, sont toujours partielles et tronquées : il n'y a pas, du moins chez les juristes, de réduction du droit à la biologie purement et simplement. On décèle plutôt une affinité de divers courants de pensée avec certaines lectures possibles de l'évolutionnisme.

Ces lectures donnent tour à tour une coloration éthologique, dialectique (au sens moderne de dynamisme de la réalité), scientiste ou linguistique aux doctrines juridiques évoquées.

Dans la typologie que nous allons dresser, nous incluerons des penseurs qui viennent d'autres horizons que ceux du droit, car ils représentent le type idéal du mode de pensée adopté par telle ou telle partie de la doctrine juridique. Une première distinction s'impose immédiatement : pour certains, l'évolutionnisme fournit un modèle de pensée transposable à la culture, mais sans que cette dernière doive pour autant être réduite à la nature biologique ; pour d'autres, l'évolutionnisme biologique ne fournit pas seulement un modèle, il s'applique directement à la culture, elle-même produit de l'évolution biologique. On peut donc opposer l'utilisation métaphorique (A) à l'utilisation scientifique (B) de l'évolutionnisme.

Par ailleurs, la philosophie générale oppose communément les catégories de l'action et de la connaissance. Cette opposition se retrouve au niveau du droit, tantôt considéré sous l'angle de l'action, du comportement juridique individuel en corrélation avec la pratique sociale, et tantôt considéré comme objet de connaissance, indépendamment de toute action. On comprend sans peine que dans le premier cas l'évolution du droit soit envisagée davantage comme le résultat d'une sélection naturelle, opérée par le milieu social, sur les multiples attitudes juridiques individuelles (on se trouve au niveau de surface, celui du phénotype) ; en revanche, lorsque le droit est considéré comme objet de connaissance, on a tendance à vouloir trouver, sous les institutions et leur évolution, une base juridique unique, un certain nombre d'universaux juridiques (on se trouve au niveau profond, celui du génotype). Dans un cas, on est plus proche d'un déterminisme statistique (ordre à partir du bruit), dans l'autre d'une théorie linguistique (le programme codé).

### **A - Utilisation métaphorique de l'évolutionnisme**

On distinguera suivant que le droit est considéré comme ensemble de comportements ou comme objet de connaissance.

## 1. Utilisation métaphorique de l'évolutionnisme appliqué à l'étude de la pratique sociale

Un vaste courant comportementaliste parcourt le droit à partir des années 1870 avec Ihering jusqu'à l'école sociologique actuellement dominante aux Etats-Unis. Il correspond à une radicalisation du positivisme qui, de légaliste, devient sociologique : ce n'est plus le texte de loi qui est objet de science, mais le comportement des individus en société. Cette évolution s'explique logiquement. Un mouvement continu depuis l'individualisme rationnel de Descartes a progressivement écarté l'individu et érigé la raison (plus tard rebaptisée "*esprit*") en absolu qui s'exprime notamment au travers des textes de loi. Avec Ihering, l'individu reprend sa dignité première, mais la rationalité n'est plus sa qualité essentielle. Ce qui le caractérise, c'est son dynamisme interne, sa recherche instinctive de son intérêt. On assiste en quelque sorte au renversement de la prééminence de l'entendement sur la volonté dans l'idéal cartésien.

A cet égard la "*jurisprudence des intérêts*" (**Interessen-jurisprudenz**, terme forgé par Heck), née en Allemagne au tournant du XXème siècle, trouve son origine chez Ihering. Cette école, encore influente, considère que le législateur, avec l'aide active du juge, doit résoudre par transaction les conflits d'intérêts qui forment la trame de la vie en société. Enfin la doctrine dite de la "**sociological jurisprudence**" qui rassemble nombre de juristes américains sous la bannière du doyen d'Harvard Roscoe Pound, considère l'activité du juge elle-même comme un comportement régi par des intérêts (qui certes ne sont pas détachables de certains idéaux) (65).

Mais alors que dans l'individualisme rationnel, la raison permet d'expliquer la constitution d'une morale commune, on voit mal comment des intérêts nécessairement antagonistes peuvent, par leur conjonction, donner naissance à une société organisée. Une première réponse serait de s'appuyer sur le rôle du législateur comme celui d'un médiateur entre les différents intérêts. Mais il serait contraire au réalisme affiché par ce courant de pensée que de considérer le législateur comme une institution rationnelle indépendante du milieu social : il ne peut y avoir, pour ces théories, de point de vue privilégié.

A vrai dire, la justice ne peut être critère de choix entre les intérêts car elle ne leur préexiste pas en tant que telle. Il n'y a que des comportements antagonistes qui, pris en grand nombre, engendre certaines normes : le modèle appliqué ici est celui du déterminisme statistique (ordre à partir du bruit), premier axiome de la biologie, étudié plus haut sous le vocable de "*pensée populationnelle*". Qui plus est, ce modèle est appliqué dans sa version la plus pure : les comportements ne peuvent faire l'objet d'aucune classification réelle à l'intérieur de laquelle ils varieraient comme les individus d'une espèce ; au contraire, et surtout dans le réalisme américain, toutes les motivations, psychologiques, sociologiques, psychanalytiques, se mêlent et il n'existe plus de comportement spécifiquement juridique (66). On en arrive à un nominalisme du juridique. Il n'y a donc pas d'effort rationnel humain, ni dans les comportements individuels, ni même chez le législateur ou le juge (67), pour dégager des lois d'ensemble. Celles-ci apparaissent spontanément, par un phénomène d'équilibre des antagonismes, sous forme de "*normes sociales*". Le troisième axiome de la pensée biologique est respecté : on se trouve en face d'un mécanisme dénué de toute finalité (68).

Enfin ces normes sociales constituent un ensemble cohérent, régissant la totalité des pratiques sociales (et pas seulement juridiques). On peut parler d'une constellation d'habitudes sociales qui, par un effet de rétroaction, influencent les comportements individuels. Ehrlich, au début du XXème siècle, dans sa doctrine du "*droit vivant*", développe cette idée de normes sociales générales réglementant les comportements, parmi lesquelles les normes juridiques, visant à régir le comportement des juges, ne sont qu'un cas particulier (69). L'école américaine s'intéresse tout particulièrement à cette rétroaction, appelée contrôle social, et à l'utilisation du droit, conjugué avec les autres sciences sociales, pour infléchir les comportements individuels grâce à la manipulation des normes collectives.

Cette configuration normative qui s'impose aux individus et détermine pour une part leur comportement, correspond métaphoriquement au génotype : c'est en quelque sorte le programme, qui par l'intermédiaire du contrôle social, informe la société. Dans ces théories,

le second axiome de la pensée biologique, la distinction du phénotype et du génotype, est lui aussi satisfait, mais le programme social n'occupe pas, à l'inverse du génotype, une place primordiale, comme structure profonde engendrant les phénomènes de surface : les normes sociales ne correspondent à aucun effort de compréhension d'une réalité nécessaire de l'homme et de la société ; elles ne sont que la cristallisation de comportements aléatoires qu'elles déterminent en retour. Il n'y a pas de hiérarchie entre le programme social et les comportements individuels, mais une interaction constante. Les normes sociales jouent le rôle de milieu où s'exercent les comportements individuels : seuls pourront réussir les comportements qui se conforment suffisamment à l'espace social normatif ; s'ils sont sélectionnés, ils se perpétuent et peuvent faire varier la norme. Inversement, la pratique sociale, comme somme des comportements individuels, joue le rôle de milieu qui sélectionne les normes et éventuellement en provoque l'évolution. Il y a donc confusion entre le génotype (le programme normatif de la société), le phénotype (l'ensemble de la pratique sociale), et le milieu, confusion due à un sociologisme radical qui prohibe la reconnaissance de toute espèces de règles juridiques naturelles et nécessaires au sens aristotélicien. Il n'existe pas de système de normes qui évolue selon un déterminisme interne, une directionalité intrinsèque, mais simplement des normes collectives purement issues d'un processus d'ordre à partir du bruit, sans détermination propre (la directionalité est ici extrinsèque).

En bref, ce mouvement de pensée présente une théorie générale du social fondée sur les comportements individuels avec une dilution corrélative de la spécificité du droit. La production desdits comportements est expliquée par un dynamisme interne individuel lui-même assujéti à la recherche des intérêts personnels ; par un effet de cristallisation, la conjugaison de tous les comportements fait apparaître normes et institutions sociales qui rétroagissent elles-mêmes sur la pratique sociale. Les lois ne sont plus que des lois comportementales : le modèle de pensée suivi est un modèle éthologique (70).

L'éthologie fournit en effet une théorie anthropologique parfaitement adaptée à l'**Interessenjurisprudenz** et explique notamment le dynamisme interne par l'instinct

d'agression et le processus de cristallisation des comportements en normes par le concept de "*ritualisation*". Konrad Lorenz, l'un des meilleurs représentants de cette science, sans être juriste, a formulé une théorie unifiée des comportements depuis l'animal jusqu'à l'homme, et en partie expliqué le respect des normes sociales par la sublimation de l'instinct d'agression (71). En cela, Konrad Lorenz ne fait qu'appliquer le programme inauguré par Darwin lui-même dans **L'expression des émotions chez l'homme et chez les animaux** (1872). Konrad Lorenz, dans ses ouvrages, se réclame d'ailleurs volontiers de Darwin et de Sir Julian Huxley, biologiste évolutionniste et petit-fils de Thomas Huxley, lui-même darwiniste de la première heure.

Rien d'étonnant alors à ce que la sélection naturelle soit l'un des thèmes principaux chez Konrad Lorenz. Mais en cherchant à formuler une théorie générale des comportements, il tend à démontrer que la sélection naturelle s'opère pour une large part au travers de l'instinct d'agression (72). Or justement, Ihering, qui a lu Darwin, explique le droit par une lutte des individus pour faire prévaloir leurs intérêts (**Kampf ums Recht**). C'est supposer chez les individus une pulsion d'agression, et la considérer comme bonne, puisque d'elle surgit le droit. Mais le thème de la lutte pour la vie et de l'agression est très chargé de connotations idéologiques, et correspond à une conception dépassée de la sélection naturelle qui prévaut au XIX<sup>ème</sup> siècle.

On a vu plus haut que Darwin semblait cautionner une interprétation négative de la sélection naturelle, entendue comme élimination des plus faibles, donnant ainsi naissance au thème du combat pour la vie et au darwinisme politique et social. Chez K. Lorenz, il est vrai, l'agression ne vise pas à la destruction physique des congénères (et si elle y aboutit chez l'homme, c'est par un effet pervers de l'évolution, **op. cit.**, p. 47), mais seulement à la conquête des meilleures facultés de reproduction. Cependant le thème de la sélection naturelle comporte toujours une certaine dose d'ambiguïté. De plus, en mettant l'accent sur la volonté, la recherche de l'intérêt, bref le dynamisme premier des êtres vivants, ces théories éthologiques instituent une sorte de vitalisme individuel à l'origine de la production des comportements.

C'est une espèce de lamarckisme appauvri qui réapparaît ici : au lieu que ce soit une tendance générale à la complexification et à la composition qui pousse les êtres en avant (plan d'organisation lamarckien, équivalent de la grande échelle des êtres aristotélicienne), c'est un égoïsme, instinctif ou réfléchi, qui rend compte de l'évolution.

Une autre difficulté s'élève : dans la doctrine juridique, on voit mal comment la poursuite des intérêts personnels serait susceptible de produire une grande diversité de comportements, matière première de l'évolution. Et pourtant K. Lorenz prétend fonder la société et ses valeurs sur l'agression "*réorientée*" : l'agression dans une relation duelle entraîne le combat, mais dans une relation triangulaire elle établit le lien entre deux protagonistes par l'exclusion du tiers. Les groupes sociaux sont alors des faisceaux de relations interindividuelles privilégiées et dirigées contre l'ennemi collectif. La structure de ces groupes est elle-même déterminée par la rivalité entre ses membres "*de telle sorte que quelques mâles sages, qui forment le sénat, acquièrent l'autorité nécessaire non seulement pour prendre des décisions dans l'intérêt de la communauté, mais pour les faire respecter*" (73). Autrement dit, c'est de l'agression elle-même que surgissent le législateur et le juge. Dès lors tout est en place pour expliquer le processus de cristallisation des comportements en normes sociales.

L'agression réorientée et médiatisée dans des conduites de coopération crée le milieu psycho-social et sa structuration hiérarchique. Or une part importante des comportements n'est pas innée (K. Lorenz ne précise pas laquelle). Elle peut donc varier. Ces variations peuvent se révéler bénéfiques. La sélection naturelle donnera donc un avantage à leur initiateur, d'où généralisation progressive en norme sociale. L'observation de cette norme générale ne se fait pourtant pas au nom de la reconnaissance de son caractère bénéfique, mais par un attachement irrationnel mêlant deux éléments : l'ancrage par habitude, le respect et l'amour de l'image ancestrale du père législateur. Ce mécanisme d'intériorisation de la norme sociale est proprement ce que K. Lorenz appelle "*ritualisation*" : "*Je ne crois pas que des normes et des rites sociaux caractéristiques des cultures doivent beaucoup à la sagacité et à l'imagination des*

hommes. On a dit que Moïse avait interdit aux juifs de manger du porc à cause de la trichinose. En supposant que cela soit vrai, il a néanmoins préféré faire confiance à la dévotion de ses adeptes plutôt qu'à leur intelligence, puisqu'il a prononcé un commandement religieux plutôt que d'instituer des cours de parasitologie. En général, les formes particulières que prennent les systèmes de normes et de rites sociaux caractéristiques des cultures donnent plutôt l'impression d'avoir été façonnées par la bonne vieille sélection naturelle ; à ceci près qu'elle a opéré sur le plan psycho-social plutôt que génétique, et qu'elle a utilisé comme matériaux des habitudes et des usages acquis au hasard au lieu des mutations et des recombinaisons" (74). K. Lorenz fournit ici un exemple de manipulation de la norme sociale. Le concept de ritualisation semble particulièrement à même d'expliquer l'utilisation du droit comme instrument de contrôle social (doctrine développée par le doyen Roscoe Pound dans *Social control through law*, 1942).

En résumé : la survenance de comportements nouveaux a peu de choses à voir avec la réflexion mais procède du hasard, la sélection des comportements n'est pas non plus affaire de réflexion mais de pragmatisme, la fixation des comportements qui réunissent est effectuée par la ritualisation, qui les transforme en institutions considérées comme ayant une valeur en soi, la transmission des comportements ritualisés se fait par apprentissage auprès de l'autorité sociale.

Ainsi, les institutions sociales et les normes, y compris les normes juridiques, sont issues de comportements où la base pulsionnelle est bien plus forte que la base rationnelle. Le plus grave reproche qu'on puisse adresser à ces théories de l'individualisme irrationnel, c'est d'aboutir en définitive à la mort de l'individu. Le comportement de l'individu se détache de tout effort intelligent, de toute recherche rationnelle d'adéquation à l'environnement (75). L'homme devient un animal-machine qui, lorsqu'il n'est pas régi directement par un instinct biologique, l'est par une fidélité aveugle, instinctive, envers les normes de son groupe. La sélection naturelle améliore la cohérence et l'efficacité du système de normes ; elle ne le fait pas progresser vers la justice et **a fortiori** ne rend pas les individus plus justes.

Le positivisme à coloration éthologique, en ruinant le caractère **a priori** de la rationalité des lois, n'ouvre pas un champ de liberté pour l'individu, mais l'abandonne à la tyrannie de ses déterminations biologiques et de ses conditionnements sociaux. La mort des fins objectives ne donne pas vie à la justice ; elle l'entraîne dans son néant. Dès lors, puisque l'universel est garant du particulier, l'application métaphorique de l'évolutionnisme à la recherche d'universaux ne sera-t-elle pas plus satisfaisante ?

## 2. Utilisation métaphorique de l'évolutionnisme appliqué à la recherche d'universaux

L'école du droit naturel moderne (Grotius, Leibniz, Wolf) exalte la raison de l'homme et prétend en retirer des préceptes juridiques nécessaires. Kant donne tout son éclat à ce système de concepts tiré de la raison pure, mais en réserve l'étude aux philosophes, tandis qu'aux juristes est confiée la mission d'appliquer le droit positif en vigueur issu de la volonté du législateur, représentant lui-même la volonté générale (76). Il n'empêche que le XIXème et le XXème siècle voient de nombreux juristes d'obédience kantienne se placer au point de vue du philosophe pour déduire le contenu du droit des préceptes de la raison, mais sans que leur audace aille jusqu'à constituer des systèmes nouveaux en contradiction avec le droit positif. Bien que le législateur ne recoure guère au philosophe, sa production s'écarte assez peu, aux dires des juristes kantien, des schémas formulés à partir de la raison pure (77). L'Etat, source formelle du droit, absorbe la source matérielle du droit. Pourquoi dès lors ne pas franchir un pas supplémentaire et faire dépendre directement les phénomènes juridiques du dynamisme de la raison ?

La philosophie rationaliste trouve son point d'aboutissement chez Hegel qui écrit l'équation réalité égale esprit égale Etat, étant entendu que cette équation ne sera vérifiée que lorsque l'Histoire, qui est le mouvement de développement de l'esprit, aura atteint son terme. Comment connaître cette réalité universelle en gestation ? Soit en l'étudiant directement et en retrouvant les déterminations de ce mouvement universel au travers de sa

description (phénoménologie de l'esprit), soit en examinant une pluralité de sociétés concrètes, correspondant à des actualisations de l'esprit en devenir, pour essayer de découvrir des lois d'ensemble rendant compte de l'esprit lui-même (école historique du droit, ethnologie, sociologie théorique). Dans le premier cas, on se trouve en présence d'un universalisme à dominante idéaliste (l'esprit dirige le monde, c'est l'esprit qu'il faut analyser), dans le second cas, on se trouve en présence d'un universalisme à dominante matérialiste (le monde révèle l'esprit, c'est le monde qu'il faut analyser) ; mais dans les deux cas le type de pensée est dialectique : l'univers est en progrès, il est parcouru par un dynamisme global, nécessaire, intelligible. Ce plan de réalisation historique correspond au plan de composition de l'organisation que Lamarck décèle dans le vivant.

Dans sa version idéaliste, cet universalisme rationnel trouve une formulation typique dans l'ouvrage récent d'Alexandre Kojève : **Esquisse d'une phénoménologie du droit** (78). Cet auteur propose un principe dynamique à la base du droit : l'idée de justice, antérieure au droit, et qui l'engendre comme le ferait un programme génétique. L'utilisation métaphorique de la pensée biologique est patente, quoiqu'en dit l'auteur : *"Il est inutile de discuter des 'théories' biologiques du droit ; il est trop évident que le droit est un phénomène spécifiquement humain qui ne se trouve pas dans la nature non humaine"* (79). D'abord, il semble bien que l'idée de justice soit innée chez l'homme, avec toutes les difficultés biologiques que cela suppose : *"L'introspection et l'étude du comportement, du 'behaviour' humain, confirment cette façon de voir les choses : l'homme est spontanément porté à faire office de juge ou d'arbitre (...) et chacun peut voir en lui-même une 'tendance' à juger qui devient un besoin impérieux dès qu'on est en présence d'une injustice flagrante"* (80). Ce vocabulaire n'est pas un vocabulaire de métaphysicien, mais de biologiste ; la pulsion d'agression de K. Lorenz devient chez A. Kojève une pulsion de justice. Plus loin, le droit, détaché des individus et de la nature, détaché du corps, devient corps lui-même : *"Ce qui vaut pour l'existence humaine en général vaut aussi en particulier pour l'existence du Droit. Un Droit donné tend lui aussi d'une part, à se maintenir indéfiniment dans l'existence actuelle, en restant identique*

à lui-même : il a donc un 'instinct' de conservation. Mais d'autre part il tend à se propager le plus possible : il a comme un 'instinct' de reproduction ou de propagation (...). Mais cette tendance à la propagation entre généralement en conflit avec la tendance à la conservation. Un Droit donné ne réussit à s'étendre qu'en se modifiant, et il ne peut arrêter son évolution qu'en limitant le domaine de son application, et c'est pourquoi il change continuellement, évolue ou progresse. Le Droit subit une évolution historique qui le mène vers le point où les deux tendances coïncident (...)" (81).

Hegel a justifié le mouvement triadique de sa dialectique en se référant aux pythagoriciens, aux néoplatoniciens et à la doctrine de la Trinité (*Sämtliche Werke*, vol. XIX, p. 566). Voilà que cette origine hautement métaphysique est brusquement ramenée au conflit de deux fonctions biologiques essentielles : l'instinct de conservation et l'instinct de reproduction. Il est certes étonnant de voir des lois qui régissent l'évolution animale s'emparer subitement du droit (et même peut-être de toute forme culturelle). Il ne s'agit pas à notre sens d'un accident. En effet, le mode de pensée métaphysique, par son exténuation du corps, arrive à buter sur des apories qu'il ne peut surmonter qu'en réintroduisant l'individu et le corps, au moins de façon métaphorique. Ceci explique également qu'A. Kojève fasse intervenir la notion de comportement humain : "*Pour pouvoir être impliqué dans une situation juridique, le comportement doit avoir un effet objectif : il doit soit créer ou modifier quelque chose en dehors de son sujet, soit créer ou modifier quelque chose dans ce sujet lui-même, mais de façon à ce que ceci soit constatable du dehors*" (82). Nous l'avons vu, ce comportement serait, pour A. Kojève, soumis à une sorte de sentiment de justice inné. Ici, au lieu que la métaphysique, par l'exténuation même du corps, en arrive logiquement à en prêter les caractéristiques à son objet de pensée, le droit comme comportement individuel fait intervenir chaque individu et son équipement cérébral (83).

Il est vrai que cette phase "*behaviouriste*" de l'analyse (pour utiliser l'expression d'A. Kojève) sert à mettre en évidence la présence en tout individu de l'idée de justice, et donc à absorber la singularité dans l'universel. La justice, idée *a priori*, se développe suivant ses déter-

minations internes et engendre tous les phénomènes juridiques observables : le point de vue est celui d'un vitalisme rationnel et totalisant, d'une transposition du lamarckisme qui n'en retiendrait que la cause première d'évolution (le "*plan de composition du vivant*") en oubliant la cause seconde (les circonstances extérieures et l'adaptation au milieu). A cet égard, l'idée de justice évolue uniquement en raison d'une directionalité intrinsèque : c'est qu'en acquérant son statut d'universelle, elle absorbe du même coup tous les obstacles, car rien ne peut s'opposer à l'universel que lui-même, et ses manifestations sont toutes nécessaires (84). Mais alors c'est l'explication de ces manifestations qui devient problématique.

La diversité des phénomènes juridiques (niveau de surface ou phénotype) est ramenée à l'idée de justice (niveau profond ou génotype). Le niveau profond évolue lui-même suivant le mouvement dialectique : justice aristocratique du maître fondée sur l'égalité, justice bourgeoise de l'esclave fondée sur l'équivalence, justice universelle du citoyen fondée sur l'équité (85). Cette idée profonde de justice engendre les phénomènes de droit au travers de l'application qu'on peut en faire à toute situation concrète en tant qu'arbitre idéal (86). Le droit positif se déduit donc de l'idée de justice "*grâce à son application à des interactions bipartites par un tiers qui -par son intervention impartiale et désintéressée- rend les interactions en question conformes à l'idée ou à l'idéal de justice*" (87). Si au moins le niveau profond contenait plusieurs éléments au lieu d'un concept (vide) de justice, l'explication génétique paraîtrait moins artificielle. A ce sujet, A. Kojève est plus extrémiste que ses prédécesseurs phénoménologistes qui, tels Reinach, pensent découvrir un ensemble de propositions juridiques **a priori** séminales du droit positif. Mais d'une façon comme d'une autre, on est frappé par le caractère arbitraire de ces théories rationalistes qui prétendent tirer des préceptes juridiques d'une raison universelle **a priori**, qu'elle soit immobile (kantienne) ou dynamique (hégélienne). En réaction contre ces constructions abstraites, des juristes ont cherché à déceler la rationalité cachée au sein de systèmes juridiques concrets : on a appelé ce mouvement universalisme à dominante matérialiste.

L'école historique allemande se conforme au commandement kantien qui veut que les juristes ne se mêlent que de droit positif (88). Mais les historiens prétendent dépasser les données concrètes pour remonter au système rationnel du droit. L'analyse historique par induction doit permettre de déceler des concepts universaux dont on tirera par déduction les solutions juridiques applicables.

Au vrai, si cette école garde le schéma d'un droit rationnel profond uni par un lien nécessaire à un droit positif de surface, une hésitation constante pèse sur la définition des trois éléments du schéma. Le droit rationnel est-il un contenu, une forme ou un principe dynamique ? Le droit positif est-il le droit effectivement appliqué (primauté de la coutume) ou le droit légiféré (primauté de la loi) ? Le lien entre le niveau profond et le niveau de surface est-il effectué par le peuple (communauté vécue de type organique qui pratique un ensemble de coutumes en accord avec son esprit propre ou **Volkgeist**), par le savant (juriste à la fois historien, linguiste et logicien qui retrouve l'unité profonde d'un système de concepts caché sous la diversité des coutumes), ou par l'Etat (qui par l'activité législative donne une forme rationnelle aux pratiques coutumières) ? (89).

Pour nous, ce qui est particulièrement notable, c'est que, dans sa volonté de partir du droit positif pour remonter vers le droit naturel, cette école s'est de plus en plus cantonnée à l'étude du niveau de surface. Les analyses historiques sont descriptives, mais non explicatives : chaque état d'une institution renvoie à des stades antérieurs et non à une rationalité profonde. Bien sûr, il demeure une exigence de systématisme profonde, mais cette systématisme est de moins en moins considérée comme une cause génératrice du réel, et de plus en plus comme une simple caractéristique immanente au réel. Ce caractère systématique s'explique par référence à une entité sous-jacente, le **Volkgeist**, mais le statut même du **Volkgeist** est d'une remarquable obscurité. Ce devient un moyen commode pour rendre compte de l'unité culturelle d'un peuple et de la rationalité immanente de ses institutions. L'universalisme à dominante matérialiste abandonne progressivement le point de vue de la raison pour celui des faits. En quelque sorte, en se plaçant au niveau du phénotype, il ne retrouve plus le génotype.

On comprend ainsi les attaques de Hegel et de son disciple Gans contre l'école historique du droit. Gans, notamment, lui reproche de n'avoir oeuvré que pour rassembler des informations juridiques (**Rechtskunde**) et de ne pas être allée jusqu'à la véritable science juridique (**Rechtswissenschaft**) qui suppose "*la mise en évidence du perpétuel développement du concept d'un stade à l'autre*" (90). A vrai dire, Savigny et Puchta postulent bien que le droit est systématisé et ils en recherchent la logique, mais ils ne considèrent plus cette logique des normes comme séparable du droit positif, ce qui s'explique aisément : si le droit positif est une création du **Volksgeist**, où est le droit naturel, sinon dans le droit positif lui-même comme rationalité systémique ? Cependant, il reste que la raison est une modalité du processus de production du droit.

Avec l'école ethnologique qui, à partir des années 1860, reprend les thèses darwiniennes (Bachofen, Post, Kohler en Allemagne, Sumner Maine et l'**English school of historical jurisprudence** en Angleterre), un pas supplémentaire est franchi. L'horizon s'ouvre, il n'y a plus d'identité culturelle refermée sur elle-même qui produit des institutions spécifiques, mais des institutions universelles qui évoluent partout suivant des tendances générales (passages du statut au contrat, de la famille patriarcale à la famille étendue, de l'ordre public à la liberté contractuelle). Sumner Maine, en particulier, professe l'idée d'une "*micro-évolution*", évolution lente, sans à-coups, qui fait passer les sociétés humaines d'une forme d'équilibre des institutions à une autre. Toute référence à un soubassement rationnel s'estompe. Les stades d'évolution s'enchaînent nécessairement les uns aux autres sur le mode de l'évolution biologique : c'est-à-dire que les variations institutionnelles se résolvent en définitive dans une grande loi d'évolution générale et mécanique (91). Cette manière de considérer les institutions se prolonge dans la sociologie durkheimienne qui recherche elle aussi de grandes lois d'évolution institutionnelle.

En bref, on peut dire que le mouvement du rationalisme juridique au XIX<sup>ème</sup> siècle est celui du repliement progressif de l'axe logique (droit rationnel profond séminal d'un droit positif de surface) sur l'axe historique (succession historique des formes institutionnelles), avec passage graduel de l'idéalisme, qui fait entrer le réel dans des

schémas préétablis, au matérialisme, qui réinsère la raison dans l'histoire sous forme de tendances dégagées **a posteriori**, lesquelles tendances ne sont que des lois décrivant des antécédents, des successions, car la cause comme entité agissante est repoussée hors du domaine de l'expérience (92).

Le point commun de toutes ces constructions est leur appréhension universaliste et dynamique du droit (modèle dialectique). Mais c'est aussi la difficulté qu'elles éprouvent à expliciter le lien entre le droit positif et la raison, que cette raison soit considérée comme sous-jacente au processus d'évolution juridique qu'elle engendre (universalisme à tendance idéaliste), ou qu'elle soit considérée comme inséparable du mouvement même d'évolution (universalisme à tendance matérialiste). En effet, les théories idéalistes semblent dans l'arbitraire, tandis que les théories matérialistes, à la différence des théories comportementalistes du droit étudiées précédemment, ne peuvent faire de la raison le résultat d'une interaction équilibrée entre de nombreux éléments individuels (déterminisme statistique ou pensée populationnelle), car elles se situent d'emblée au niveau le plus général. Les théories universalistes à tendance matérialiste restent donc lamarckiennes, dans la mesure où elles maintiennent le primat de l'ordre rationnel **a priori**, même si celui-ci n'est plus accessible au savoir. C'est d'ailleurs tout le débat entre la sociologie, qui postule l'existence de lois propres à l'ensemble de la société globale et dépasse donc la conception du droit comme simple pratique sociale, et la psychologie sociale, qui explique l'ensemble social par la composition des comportements individuels.

Les progrès de la biologie moléculaire et l'avènement de la pensée systémique à partir des années 1930 fournissent de nouveaux arguments aux thèses comportementalistes comme aux thèses universalistes, mais par un effet de radicalisation, on passe d'une utilisation métaphorique à une utilisation scientifique de l'évolutionnisme.

## B - Utilisation scientifique de l'évolutionnisme

On opposera ici encore les théories comportementalistes aux théories universalistes du droit.

### 1. Utilisation scientifique de l'évolutionnisme appliqué à l'étude de la pratique sociale

Nous avons vu que les biologistes ont coutume de clore leurs études par des transpositions de leurs thèses à la culture humaine. Ils le font avec diverses précautions, mais un point commun est la primauté accordée à la considération des comportements individuels et de la manière dont ils forment la base de la vie sociale. Ceci s'explique par l'importance pour ces scientifiques du thème de l'hominisation, c'est-à-dire du passage de l'animal à l'homme, qui est toujours considéré comme l'émergence en chaque individu d'un caractère spécifiquement humain, et non pas comme l'apparition d'une société globale. Dans la pensée des biologistes, la société est toujours construite à partir des individus. Un reliquat de nominalisme, hérité du darwinisme original, semble être ici à l'oeuvre. Aussi nous considérerons l'aboutissement de ces thèses sous forme d'un **réductionnisme** scientifique, voire **scientiste**, exposé par Edgar O. Wilson, biologiste harvardien spécialisé en entomologie, dont les travaux ont créé des remous considérables. Mais nous reviendrons aussi sur des penseurs plus prudents, tels qu'Ernst Mayr. Enfin, nous prendrons en ligne de compte des expérimentateurs comme B.F. Skinner, qui représente la dernière mouture du behaviorisme américain, lequel pratique directement l'étude scientifique des comportements sans extrapoler à partir de la biologie.

La sociologie d'Edgar O. Wilson apparaît comme la radicalisation le plus extrême des théories comportementalistes. Alors que dans l'application métaphorique de l'évolutionnisme au droit comme pratique sociale les comportements individuels s'organisent en pratiques générales grâce à un conditionnement culturel (contrôle social), dans les thèses scientifiques il n'y a plus de conditionnement social, mais un conditionnement biologique dont la sociobiologie donne la clé ; elle peut être définie en effet comme l'étude systématique de la base biologique de tous les comportements sociaux. Tout est ramené à l'action des gènes, ce qui a pour conséquence, point essentiel,

que l'individu disparaît en tant qu'élément premier de la vie sociale ; ce sont ses gènes qui deviennent les acteurs principaux de la vie. L'individu est réduit au rôle de porteur de ses gènes, et l'essence du social n'est plus alors la rivalité et la conjonction des intérêts personnels, mais la stratégie que les gènes mettent en oeuvre pour se propager et se multiplier, en faisant alterner l'agressivité des comportements ou leur altruisme par ce qu'on appelle la "*théorie des jeux*" (93).

Ainsi E. Wilson donne un fondement logique à la sélection naturelle qui dresse les individus les uns contre les autres (sélection naturelle négative, par élimination) : les comportements des individus sont soumis à l'objectif de préserver et de transmettre un plus grand nombre possible de gènes. L'esprit et la raison de l'individu sont eux aussi au service de cet objectif, qu'ils permettent de poursuivre au travers de la procréation. Selon E. Wilson, par exemple, la première croisade serait une superstructure culturelle dont le but profond aurait été d'intensifier la sélection naturelle en Occident (par la purge des éléments indésirables, notamment).

Dans les premiers travaux de E. Wilson, le gène était directement responsable de tel ou tel comportement, mais dans son dernier ouvrage (94), l'auteur introduit la notion de "**culturgen**", sorte d'unité de valeur culturelle biologiquement déterminée, intermédiaire entre le génotype qui la commande et le répertoire des comportements sociaux qu'elle conditionne. Le **culturgen** serait donc une combinaison relativement homogène de comportements ou de constructions mentales à mi-chemin entre le gène et la culture ; on peut en donner pour exemples les pratiques en matière de sépulture ou la prohibition de l'inceste. Ces **culturgens** engendrent à leur tour les différentes cultures. Les gènes interviennent dans les **culturgens** car ils codent les capacités humaines générales (sensorielles, en particulier), et plus directement certains comportements précis. Ils prédisposent donc à telles ou telles constructions mentales, à tels ou tels **culturgens**. Les individus, porteurs des **culturgens**, font l'objet de la sélection naturelle, ce qui détermine l'évolution des **culturgens** eux-mêmes et leur dissémination, et par contre-coup, celles des gènes qui prédisposent à ces **culturgens**. Charles Lumsden, coauteur du dernier ouvrage d'E. Wilson, a recherché la vitesse de l'évolution des **culturgens** en

utilisant les mathématiques et la génétique des populations ; il en vient à formuler la "*loi des mille ans*", selon laquelle ce laps de temps suffirait pour qu'un **culturgen** en évince un autre.

Si nous effectuons la transposition de ces thèses au droit, cela nous donne les résultats suivants. Premièrement, le droit est déterminé, comme la culture en général, par certains **culturgens**. Le passage du statut au contrat (loi de Maine) pourrait s'expliquer par l'éviction d'un **culturgen** au profit d'un autre. Deuxièmement, ces **culturgens** correspondent, en définitive, à des gènes. Les différences culturelles sont des différences génétiques qu'un isolement reproductif de mille ans suffit à induire. Autrement dit, les divergences entre familles de droit s'expliquent par des différences génétiques entre peuples. Enfin, étant donné que les sociobiologistes considèrent le déterminisme génétique comme absolu, ils plaident pour le repérage des **culturgens** qui permettra de pratiquer une sorte d'ingénierie sociale, dépassant les pratiques assez empiriques du contrôle social tel que nous le connaissons : par intervention sur les **culturgens**, on pourra influencer la vie sociale et le droit eux-mêmes. L'école réaliste américaine, qui prétendait manipuler la vie sociale grâce au droit (Roscoe Pound), voit le droit manipulé lui-même grâce à la biologie.

La critique des théories sociobiologiques peut être menée sur le front de la morale comme sur celui de la science. Sur le front de la morale, d'abord, il convient de remarquer que la sociobiologie correspond à un réductionnisme scientiste prônant la manipulation de la culture au travers de celle des **culturgens**. La conséquence de ce scientisme est de donner pour mission au savant d'établir le "*biogramme*" de l'humanité, c'est-à-dire un répertoire raisonné de ses comportements fondamentaux, de façon à définir les idéaux moraux que l'espèce doit atteindre, les normes qui doivent diriger les conduites individuelles (95). Alors, au lieu de déterminer les conséquences des systèmes éthiques, on pourra en expliquer les causes, et au lieu de formuler une théorie de l'évolution des comportements, on dirigera ladite évolution. Nous en arrivons ainsi à un matérialisme biologique qu'E. Wilson oppose explicitement au matérialisme historique de Marx et Feuerbach, dont il adapte ainsi le programme : il ne s'agit pas d'interpréter le monde, mais de le transformer biologiquement (96).

Du point de vue scientifique, on peut reprocher à E. Wilson de pratiquer ce qu'on appelle la "*génétique en sac de haricots*" c'est-à-dire de considérer qu'à un comportement correspond un gène, et qu'il suffirait de changer ce gène pour transformer ledit comportement (le génotype ressemble ainsi à un sac de haricots, dans lequel chacun d'entre eux peut être manipulé indépendamment). Or, nous savons que les gènes ne luttent pas entre eux, comme le prétend E. Wilson, mais interagissent au sein d'un génotype équilibré et coadapté, pour donner naissance à un phénotype. Il n'y a pas correspondance univoque entre les gènes et les caractères phénotypiques. L'introduction par E. Wilson, dans son dernier ouvrage, du concept de **culturgen**, semble avoir pour but de résoudre cette difficulté ; mais comme les **culturgen**s sont sous la domination des gènes, cet échelon intermédiaire se ramène en définitive au génotype. Deuxièmement, prétendre que le génotype peut évoluer rapidement (loi des mille ans), est en contradiction avec les données actuelles de la génétique des populations qui retient l'hypothèse d'une évolution très lente. Troisièmement, prétendre que les gènes rivalisent entre eux, c'est soutenir qu'ils sont en partie la cible de l'évolution, ce qui est contraire à la distinction du génotype et du phénotype. En fait, E. Wilson se situe au plan du phénotype, sur lequel il projette le génotype : les gènes prennent la place des individus, il y a confusion entre le niveau de surface et le niveau profond. Enfin, vouloir édulcorer le génotype pour promouvoir un individu idéal, c'est détruire la possibilité de variation du phénotype, et par là même abolir toute possibilité d'évolution ultérieure et d'adaptation aux circonstances nouvelles, c'est détruire la plasticité évolutive primordiale pour l'adaptation des organismes (97).

Des points de vue semblables sont développés, avec plus de prudence, par nombre de biologistes, et sont centrés autour du thème de l'hominisation. Ernst Mayr, par exemple, explique l'hominisation par la chasse au gros gibier, qui nécessite la réunion de plusieurs hommes et donc l'adoption d'un langage, d'une structure d'autorité fondée sur la prédominance des plus aptes, et de valeurs de groupe (valeurs éthiques). L'évolution des sociétés, après ce premier stade de leur émergence, se ferait, quant à elle, par un passage progressif de modes comportementaux intégralement déterminés par les gènes (programmes fermés), à des programmes permettant une plus grande autonomie individuelle (programmes ouverts).

Le thème du rôle de la chasse dans l'hominisation est un lieu commun en biologie et en anthropologie. Cependant, même en acceptant cette idée, la question cruciale pour un juriste reste de déterminer la mesure dans laquelle les principes éthiques valorisés au sein de l'organisation sociale sont les manifestations du génotype ou le résultat d'un apprentissage. Ceci n'est pas clairement énoncé chez les biologistes autres qu'E. Wilson, dont on connaît les réponses déterministes. L'attitude générale des biologistes est teintée d'ambiguïté : tantôt les comportements sociaux sont étroitement placés sous la dépendance de la génétique, tantôt une large marge de manoeuvre est laissée à l'être humain. Dans le premier cas, les biologistes ont conscience de prêter le flanc à la critique morale, dans le second cas ils s'exposent à renier leur foi biologiste. L'incertitude est d'autant plus grande dans les positions adoptées en ce qui concerne la culture que la part de l'inné et de l'acquis n'est pas évaluée même dans les comportements purement individuels et non-communicatifs. Dans l'état actuel des connaissances, on en est réduit à des théories assez arbitraires. Ernst Mayr, par exemple, propose une classification des comportements qui n'est guère concluante (98). La tentation est alors forte de se raccrocher à une application stricte des schémas scientifiques dominants, c'est-à-dire du darwinisme : *"Si l'évolution d'un comportement procède comme celle des caractères structuraux ou moléculaires, alors, d'après l'interprétation darwinienne, il doit avoir deux caractéristiques : en premier lieu un tel comportement doit avoir au moins en partie une base génétique pour être capable de répondre à des pressions sélectives, en second lieu la base génétique doit être quelque peu variable, c'est-à-dire capable de fournir le matériel sur lequel puisse agir la sélection naturelle"* (99). Plus nettement encore, le même auteur fait remarquer que l'étude comparée des comportements permet d'établir une classification des animaux qui correspond à peu près à la classification morphologique des espèces ; il pose ainsi l'équivalence des caractères éthologiques et morphologiques (100). En fin de compte, on le voit, Ernst Mayr suppose une base génétique très forte dans les comportements. Nous avons d'ailleurs constaté plus haut qu'il place les comportements sous la dépendance de la sélection naturelle, que la monogamie est accusée de fausser.

Nous en venons enfin aux behavioristes, qui s'intéressent directement aux comportements humains, sans extrapoler à partir de la biologie ou de l'éthologie. Un auteur tel que B.F. Skinner élabore lui aussi un modèle darwinien des conduites humaines, modèle appuyé sur l'interversion de la séquence behavioriste classique stimulus-réaction. Pour B.F. Skinner, en effet, ce n'est pas l'excitation par le milieu qui provoque dans l'organisme une réaction comportementale, mais au contraire l'organisme qui expérimente sans cesse des actions nouvelles, de façon aléatoire, actions qui se trouvent renforcées lorsqu'elles amènent un bienfait pour l'organisme. En conséquence, ce qui est premier, c'est le dynamisme de l'organisme. Cette interversion laisse entière la possibilité d'une détermination génétique, que B.F. Skinner n'exclut pas, mais dont il considère l'étude directe comme hors des capacités actuelles de la science.

Des conduites nouvelles aléatoires sélectionnées par le milieu : voilà bien un modèle darwinien classique. De plus, B.F. Skinner suppose que toute conduite se décompose en unités comportementales minimales. Par exemple, le galop d'un cheval se laisse réduire à une composition d'éléments insécables, de même que les conduites humaines. Ces unités minimales de comportement seraient à base génétique. Ne peut-on pas voir là expérimentalement déterminé l'équivalent des **culturgens** d'E. Wilson (101) ?

Bien entendu, à l'heure actuelle, ni B.F. Skinner ni E. Mayr ne proposent de théories juridiques à proprement parler. Mais comment ne pas voir que les jalons sont posés en biologie et en psychologie expérimentale pour une annexion de l'étude des comportements sociaux par le scientisme évolutionniste ? Les thèses de la sociobiologie sont un prolongement logique du darwinisme social du XIXème siècle, vu cette fois-ci sous l'angle de la technocratie. Cette nouvelle scientificité biologique est également à l'oeuvre lorsqu'il s'agit de rechercher dans le droit certains éléments invariants, certains universaux rationnels.

## 2. Utilisation scientifique de l'évolutionnisme appliqué à la recherche d'universaux

Le modèle dialectique du droit, on l'a vu, étudie le droit comme objet de connaissance et cherche à y découvrir des universaux rationnels. Avec la remise en cause contemporaine du statut de la raison comme faculté immuable et nécessaire, un autre fondement doit être trouvé pour asseoir l'universel. Une solution est fournie par la biologie qui permet d'enraciner la raison en postulant l'existence de formes logiques innées inscrites dans l'organisme. Mais alors, puisque ces formes logiques universelles ne sont pas immédiatement visibles dans les institutions humaines qui, au contraire, sont placées sous le signe de la diversité, il convient de considérer dans l'être humain deux niveaux, un niveau de surface (phénoménal diraient les philosophes, phénotypique diraient les biologistes) constitué par l'ensemble des institutions juridiques, niveau qui se laisse en définitive réduire à une matrice de règles simples correspondant aux universaux juridiques inscrits dans les tréfonds de l'organisme (niveau profond ou génotype). Des règles secondaires, elles aussi à commande biologique, assureraient la traduction des universaux simples en règles juridiques substantives. Ce modèle correspond parfaitement aux développements de la linguistique moderne, elle-même base du structuralisme et de la pensée systémique : le modèle appliqué ici est un modèle linguistique.

Beaucoup de doctrines juridiques contemporaines seraient analysables, en partie du moins, au travers de cette grille, et notamment la plupart des positivismes légalistes dans la mesure où ils recherchent un fondement primitif, une assise logique, aux textes de loi. La distinction fréquemment répétée entre règles primaires et règles secondaires illustre bien ce point de vue. H.L.A. Hart, en particulier, *"croit devoir rompre avec la métaphysique, en délivrer la loi naturelle et déterminer le contenu minimal de celle-ci, contenu rationnel, amétaphysique"* (102). Une telle *"métathéorie"* du droit ne comporte pas de référence explicite à la biologie, mais c'est parce qu'elle se limite volontairement et ne poursuit pas jusqu'au bout les implications logiques de ses présupposés. Cette remarque vaudrait certainement aussi pour H. Kelsen (103).

A vrai dire, les linguistes partagent la même attitude, qui consiste à considérer la langue comme une réalité émergente et structurée, sans se préoccuper vraiment

de l'origine des universaux structurels. Pourtant, de plus en plus, la structuration des institutions humaines est rapportée à des universaux inscrits dans les organismes. On a évoqué plus haut les conclusions de R. Jakobson et de C. Lévi-Strauss à cet égard. Le linguiste philosophe américain N. Chomsky quant à lui, n'hésite pas à faire dépendre explicitement les universaux linguistiques de la biologie et de la génétique, tout en laissant le soin aux biologistes d'en établir la carte cérébrale (104). Aussi, c'est sur le schéma chomskyen qu'un juriste, D. Perrott, énonce la formulation la plus consistante, actuellement, d'un modèle linguistique du droit : "(...) les différents systèmes de droit positif sont les diverses manifestations de surface de structures profondes sous-jacentes du droit, les différences étant produites par la variabilité de l'environnement et la **possibilité d'alternatives** entre diverses réactions à l'environnement. Ceci ressemble remarquablement à ce que beaucoup de théoriciens du Droit Naturel, ou même la plupart d'entre eux, ont dit pendant des siècles. Il ne faut pas considérer à ce point comme tout bonnement invraisemblable que le droit ait été biologiquement sélectionné parmi la gamme des facultés humaines pour recevoir ce traitement spécial (...) La structure profonde du droit imposerait à tous les êtres humains certains devoirs énoncés de façon plutôt abstraite, et ces devoirs seraient des 'Devoirs Fondamentaux' au sens absolu. Mais ce serait également des devoirs légaux, ou plutôt proto-légaux, et pas simplement moraux (ou proto-moraux), en ce qu'il serait génétiquement nécessaire (pour être humain) que les règles secondaires convenables (semblables aux règles de transformation syntaxiques) soient adoptées par les sociétés particulières de façon à transformer les Devoirs Fondamentaux en devoirs légaux spécifiques du système de droit positif (...) Ceci suggère que l'expression droit naturel doit peut-être s'entendre comme la **combinaison** des Devoirs Fondamentaux Proto-Légaux inscrits dans la structure profonde, avec les règles secondaires de transcription appropriées qui permettent l'énonciation dans un système de droit positif donné de devoirs légaux correspondants, à quoi s'ajoute l'inférence déductive que l'existence de tels devoirs légaux est logiquement nécessaire dans toute société" (105). D. Perrott qualifie sa conception du droit naturel comme **jus naturale in DNA scripta**, droit naturel inscrit dans l'ADN (acide désoxyribonucléique, composante principale des chromosomes) (106).

Tout droit dériverait donc de certains universaux innés et propres à l'homme, que les règles de transformation permettraient d'actualiser en droit positif. Or, si la notion de règle primaire, de droit fondamental inné, peut se retrouver, avec des variations, chez nombre de théoriciens du droit, une analyse menée sur ce mode se heurte au reproche que l'on peut adresser au noyau dur du programme chomskyen, énoncé comme suit par Massimo Piattelli-Palmarini : *"Il faut souligner qu'une chose est d'admettre qu'il y ait des **potentialités innées** frustes et bonnes : à tout faire (même les behavioristes les plus intransigeants n'ont jamais reculé devant cela), une autre chose est de prétendre qu'il y ait des structures innées hautement **spécifiques**, hautement compliquées, et qu'elles soient **effectivement mises** à la disposition de l'organisme",* car alors *"il n'y a de loi d'ordre que venant de l'intérieur, c'est-à-dire que toute structure liée à la perception"* (et rajoutons : au droit), *"qu'elle soit de source biologique, cognitive, linguistique ou autre, est imposée à l'environnement par l'organisme et non pas extraite de celui-ci. Les lois de cet ordre sont conçues comme relatives à l'espèce, invariantes à travers les époques, les individus et la culture"* (107). Partis d'un kantisme métaphysique, représenté par A. Kojève, nous en arrivons en quelque sorte à un kantisme biologique, explicite chez N. Chomsky. La démarche est la même dans les deux cas : que ce soit par la métaphysique ou la biologie, on arrive à introduire une *"extériorité radicale"* qui permet d'enraciner le domaine de connaissance ou d'action considéré *"sans médiation, sans délimitation, sans effet de bord ou de frontière avec les régions qui lui sont affines"* comme par exemple la psychologie. Cette critique est précisément celle que Jean Petitot adresse à Noam Chomsky (108).

Tel est le constat que l'on peut tirer concernant l'influence de la pensée biologique sur le droit moderne. Avant de conclure définitivement, nous évoqueront ce que pourrait être une théorie du droit fondée sur les données et les conceptions actuelles du néo-darwinisme.

### III - ESSAI DE FORMULATION D'UNE THEORIE DARWINIENNE DU DROIT

A la lumière des développements précédents, nous essaierons ici d'énoncer les linéaments de ce que pourrait être une théorie darwinienne du droit. Nous ne prétendons aucunement concilier toutes les doctrines exposées et énoncer un schéma définitif. Disons simplement qu'il s'agit ici de quelques réflexions personnelles ouvrant sur des directions de recherche. Il nous a semblé tout d'abord nécessaire de relier l'homme à son substrat biologique et de ne pas en faire un être éthéré et métaphysique. A notre sens, il n'y a pas de solution de continuité entre la culture et la nature. Mais également, il nous a paru indispensable de tenir compte du caractère unique que confère à l'homme l'émergence d'une pleine conscience assortie d'une sphère biologique de liberté. C'est dire que nous combinerons les interprétations scientifique et métaphorique du darwinisme.

#### A - Darwinisme scientifique

Encore une fois, nous n'émettons ici que des théories, dont le mérite scientifique est surtout de ne pas être en contradiction avec les données actuelles de la génétique. Faisant la part de l'inscription de l'homme dans le monde des organismes biologiques, nous pensons que l'être humain est effectivement conditionné par certaines règles comportementales inscrites dans son génotype. Mais nous pensons également que son génotype comporte une dimension de liberté due à une déprogrammation inscrite dans le programme lui-même.

##### I. Les impératifs négatifs a priori

Jean-Pierre Changeux (109), titulaire de la chaire de communication cellulaire au Collège de France et chef du laboratoire de neurobiologie à l'Institut Pasteur de Paris, attire l'attention sur une constatation assez générale de nos jours en biologie, à savoir que les gènes de structure sont en nombre insuffisant pour coder toutes les synapses, c'est-à-dire toutes les liaisons nerveuses entre les cellules du cerveau, chez les animaux supérieurs et donc chez l'homme. Comme disent les biologistes, le câblage du cerveau ne peut être entièrement déterminé

par le génotype, qui n'a que des capacités nécessairement limitées d'enregistrement de l'information ; en d'autres termes, dans une certaine mesure, le cerveau humain est une **tabula rasa**. Or les divers auteurs précédemment étudiés, K. Lorenz comme B.F. Skinner ou encore plus E. Wilson, rapportent pour une large part les comportements à l'équipement génétique qui les détermine, sautant ce stade intermédiaire obligatoire qu'est l'équipement cérébral individuel. Là se situe une source d'erreur : il est bien évident que les comportements se rapportent d'abord à l'équipement cérébral individuel, équipement qui est dans une mesure plus ou moins importante non programmé à la naissance.

Chaque fois que l'on analyse le droit comme un ensemble de comportements socialisés, il importe de poser la question de l'acquisition individuelle de ces comportements. Il s'agit de savoir si le sujet individuel à vocation sociale se constitue par développement d'un programme entièrement génétique, ou par apprentissage individuel. Il faut donc évaluer la part de l'inné et de l'acquis dans les attitudes comportementales. La tendance en ce moment semble être d'accorder une place très importante à l'apprentissage individuel. Des travaux de neurologie et d'éthologie menés sur le chant des oiseaux par le professeur W.H. Thorpe, de l'université de Cambridge, ont permis de déterminer que ce qui est inné chez l'oiseau, ce sont certaines structures cérébrales, mais que le chant lui-même n'est pas inné, car il résulte d'un apprentissage renouvelé à chaque printemps. Les synapses en hiver s'effacent et se régénèrent au printemps à l'occasion de l'apprentissage. Elles ne sont donc pas programmées dans le génotype. De telles constatations vont dans le sens des travaux de Jean Piaget. Mais cet auteur reconnaît lui-même qu'il existe une certaine base biologique dans les comportements : "*(...) si je ne crois pas à l'existence de structures cognitives innées au sein de l'intelligence, il va de soi que je considère le fonctionnement de celle-ci comme impliquant des mécanismes nerveux héréditaires*" (110).

Il y aurait donc des contraintes provenant du mode de fonctionnement du cerveau (notamment le fait que les réseaux de neurones ne pourraient fonctionner que par "oui" ou par "non", selon une logique binaire assez proche de celle des ordinateurs). Il faut sans doute y ajouter un certain nombre de comportements instinctifs variables suivant les espèces. Pour ce qui est du droit, étant donné

la liberté de l'homme, nous considérons que les règles biogénétiquement déterminées, le noyau dur génétique, tendent vers un minimum, et surtout que les universaux proto-légaux (pour reprendre l'expression de David Perrott) sont sous forme négative.

L'écrivain scientifique Isaac Asimov (111) a, dans les années 1950, posé les fondements de la robotique, en recherchant quelles règles éthiques les plus simples possibles seraient suffisantes pour induire un comportement moral satisfaisant chez des créatures cybernétiques intelligentes. Il a fait oeuvre de prophète, car les trois règles qu'il a formulées commencent à être incorporées dans les cerveaux des robots industriels : 1) un robot ne doit pas tuer ou blesser un être humain, 2) un robot doit obéir aux commandements humains sauf s'il en résulte une atteinte à la règle n° 1, 3) un robot doit se maintenir en vie sauf s'il en résulte une atteinte à la règle n° 2 ou la règle n° 1. Ceci dit, nous ne prétendons pas que l'homme soit un robot. Mais nous prenons acte de ce qu'un très petit nombre d'universaux génétiquement déterminés suffit à induire une tension morale dans les comportements.

Sur ce schéma, nous proposons les deux impératifs négatifs suivants : 1) un être humain ne peut rester inachevé, 2) un être humain ne peut rester seul. Au contraire de ceux d'Asimov, ces deux impératifs ne sont pas hiérarchisés, car l'être humain pour s'achever doit vivre en société. On remarque aussi que leur contenu substantif est lui-même mal défini, car si l'obligation de progresser s'infère du caractère inachevé de l'être humain, cette progression peut s'accomplir de nombreuses façons intellectuelles ou physiques. L'être humain est lui-même responsable des buts qu'il fixe à sa progression. Il ne lui est même pas interdit de considérer la mort ou le suicide comme point limite de son achèvement. De même, l'obligation de vivre en communauté peut s'interpréter de nombreuses façons car on peut faire varier l'extension sémantique du terme "*communauté*" depuis la notion de tribu jusqu'à celle d'humanité toute entière (112). C'est bien ce qui se passe dans l'hypothèse des guerres. Combien d'exemples n'a-t-on pas entendus d'individus, soldats modèles, qui ont massacré dans un pays étranger des populations civiles en parfaite tranquillité d'esprit, car alors ces populations n'étaient pas considérées comme faisant partie de leur groupe, et, revenus chez eux et rendus à la vie normale, ont manifesté des troubles névro-

tiques intenses lorsqu'ils se sont rendu compte qu'ils avaient en fait massacré des hommes comme eux, des congénères. Une grande part de la manipulation des comportements par les politiciens consiste à exploiter cette variation dans l'extension des groupes d'appartenance. Dans cette mesure on peut dire que toutes les manifestations racistes ont une base biologique, mais "*truquée*".

Selon nous, il existerait donc un contenu minimal de droit naturel, sous forme de préceptes négatifs, assez semblables en définitive, aux dix commandements de la Bible : "*Tu ne tueras point*". Ces préceptes négatifs ne varient pas et correspondent aux limites de variabilité de la vie sociale. Toute vie sociale est fondée sur ces préceptes négatifs : c'est la seule part que nous accorderons au jusnaturalisme biologique. Tout le reste pour nous est du domaine de la culture. Mais ce n'est pas à dire que la culture soit en opposition avec la nature : la liberté de choisir et d'inventer apparaît comme le résultat du processus d'évolution biologique lui-même.

## 2. La déprogrammation biologique

Jean-Pierre Changeux (article précité) suppose qu'un mutant fondateur de l'espèce humaine, serait apparu, avec un cerveau comportant des synapses non programmées. Alors serait survenue la possibilité pour les trains d'influx nerveux de circuler différemment dans le cerveau suivant les excitations du milieu, inaugurant par là-même les facultés d'apprentissage. Ces facultés auraient entraîné un tel surcroît d'efficacité pour leurs porteurs que les mécanismes de sélection naturelle, analysés plus haut, auraient favorisé ces individus, mieux à même d'assurer leur survie et leur procréation. En d'autres termes, l'évolution humaine ne serait pas la résultante d'un mouvement qui inscrirait dans les synapses du cerveau toujours plus d'information, mais au contraire proviendrait d'un manque d'information cérébrale. En effet, l'individu qui est sélectionné est celui dont les gènes informent moins le cerveau. Autrement dit, l'évolution biologique aurait favorisé dans l'homme l'émergence d'un individu déprogrammé, et favoriserait continuellement cette déprogrammation progressive de l'homme et cette ouverture de la liberté. Il est essentiel de voir que la liberté est en définitive une déprogrammation progressive. Elle a donc un fondement biologique négatif, mais qui ne demeure pas moins biologique.

Bien entendu, l'homme reste assujéti à certains conditionnements biologiques précis, comme ceux de nutrition et ceux de reproduction. Mais comment ne pas voir que dans une certaine mesure il maîtrise et oriente ces comportements ? Il se rend en ce moment maître de sa propre reproduction avec la perspective même de manipulations génétiques, comme il s'est rendu maître de sa nutrition, et comme il a étendu à toute la gamme des fréquences auditives et visuelles, grâce aux moyens techniques qu'il a su développer, la petite portion de sensibilité perceptive que lui avait laissée son conditionnement génétique. Ceci est encore une fois l'occasion d'opposer les impératifs négatifs, proposés plus haut, seuls impératifs spécifiquement humains car seul fondés sur l'incomplétude de l'être humain, et les autres déterminations biologiques.

Grâce à sa liberté et sa capacité d'apprentissage, l'homme peut donc échapper à sa biologie, mais la liberté elle-même est d'origine biologique, et ceci d'autant plus qu'il n'est pas certain que la déprogrammation progressive soit apparue sous l'effet d'une mutation aléatoire renforcée par la sélection naturelle. Il est fort possible que la déprogrammation soit elle-même l'effet de la complexification organique. Des recherches en cybernétique semble en effet montrer que les programmes suffisamment complexes voient apparaître en leur sein certains éléments de réflexivité, certaines zones de liberté (113). La liberté serait donc inscrite dans le plan de complexification de la nature, ce qui correspondrait à un modèle lamarckien ( "*grande échelle des êtres*"). Mais la liberté implique une morale responsable, elle-même dégagée de la génétique. Là est le champ d'application d'un darwinisme métaphorique.

## B - Darwinisme métaphorique

Le caractère inachevé de l'être humain, joint à l'obligation qu'il ressent de poursuivre son achèvement, explique que les comportements qu'il adopte ne sont pas, contrairement à ce que postulent les éthologistes, des comportements fondés sur une tendance innée d'agression, mais sont des comportements fondés sur une tendance innée d'organisation de soi-même et de ses relations avec l'environnement. On peut dire que les comportements sont d'abord des comportements de compréhension fondés sur la recherche et l'intégration d'universaux. Il faut donc considérer la mise au point et l'évolution des schémas comportementaux en général (1), et juridiques en particulier (2).

## 1. La mise au point des schémas comportementaux en général

Jean Piaget a consacré une grande partie de ses travaux à démontrer comment les jeunes enfants cherchent à acquérir des schémas cognitifs à base sensori-motrice grâce à la manipulation des objets constituant leur environnement. Pour nous, les schémas cognitifs ainsi acquis sont en même temps affectifs car dirigés par la recherche d'équilibre entre le moi et l'extérieur. Cette équilibration correspondant à une certaine vision du monde sera profondément ressentie par chaque individu comme satisfaisante ou insatisfaisante. Pour Paul Scheurer, spécialiste de physique théorique et épistémologue, l'individu recherche dans sa vision du monde physique la satisfaction d'un sentiment de cohérence correspondant aux schémas profonds de la personnalité (114). Sur un plan tout à fait général, quelle théorie défendrait gratuitement le laid, l'inachevé, l'incongru ?

Une difficulté peut sembler s'élever ici : comment les sociétés humaines peuvent-elles être dites **naturellement** organisées alors que les comportements individuels seraient eux essentiellement libres ? D'abord, il faut considérer l'impératif négatif biologique n° 2, celui qui prohibe la solitude. Par lui, on peut dire que l'existence des sociétés est naturelle. Cela ne suffit pas pourtant à rendre naturelle l'organisation interne des sociétés. Il faut faire la part ici des autres conditionnements biologiques humains, qui s'effacent progressivement devant la progression de la liberté, mais demeurent néanmoins importants et brident cette liberté. Enfin cette liberté, qui correspond à un raffinement biologique, implique une responsabilité vis-à-vis de toute l'échelle des êtres en amont de l'homme (pensée écologique).

Sur le plan des structures cognitives perçues dans l'environnement, on peut avec Jean Piaget considérer comme primordiales les informations retirées du monde physique : lois de conservation d'une quantité, réflexivité, transitivité ... dont beaucoup de préceptes juridiques apparaissent comme des transpositions : la justice distributive ne met-elle pas en jeu une relation d'équivalence tandis que la justice commutative s'appuie sur la loi de conservation des quantités ; le droit pénal offre de nombreux exemples d'application de ce qu'on peut appeler une arithmétique pénale (cf. la loi du talion). Mais tandis que Jean Piaget voit plutôt le monde physique comme source des schémas cognitifs, pour un psychologue social

comme Willen Doise, c'est dans les relations sociales que l'enfant acquerrait ces schémas : *"Notre conception est interactionniste et constructiviste : en agissant sur le milieu environnant, l'individu élabore des systèmes d'organisation de cette action sur le réel. Dans la plupart des cas, il n'agit pas seul sur le réel : c'est précisément en coordonnant ses propres actions avec celles d'autrui qu'il élabore les systèmes de coordination de ses actions et qu'il arrive à les reproduire tout seul par la suite. La causalité que nous attribuons à l'interaction sociale n'est donc pas unidirectionnelle, elle est circulaire et progresse en spirale : l'interaction permet à l'individu de maîtriser certaines coordinations qui lui permettent alors de participer à des interactions sociales plus élaborées qui à leur tour deviennent source de développement cognitif pour l'individu. Ainsi, à des niveaux précis du développement cognitif, certaines interactions sociales, agissant comme l'un de ces inducteurs de l'embryogenèse, permettent le développement d'une nouvelle organisation cognitive. C'est dans ce sens que nous voulons illustrer expérimentalement la thèse selon laquelle, à certains niveaux de développement, l'interaction sociale produit des structurations cognitives, que l'individu ne maîtrise pas avant l'interaction, mais qu'il maîtrise après. La coordination des actions entre individus précède la coordination cognitive individuelle de certaines actions"* (115).

Si l'on retient ce deuxième point de vue, on peut dire que la société est naturellement structurée car elle permet l'émergence d'universaux logiques et moraux (donc juridiques) chez des individus libres. A l'appui de son hypothèse sur l'importance de l'interaction sociale dans le développement cognitif, W. Doise évoque en particulier des expériences qui établissent que le jugement moral progresse chez l'enfant grâce à l'interaction sociale (116).

Ces schémas, à la fois conceptuels et affectifs, d'organisation du monde sont appelés par Erik Erikson *"structuration idéologique de l'environnement"* (117). Il convient d'observer que cette structuration idéologique de l'environnement se fait au prix de l'acceptation d'une certaine vision du monde physique ou du monde social dans lequel les individus sont immergés. Le milieu culturel est en effet constitué d'un ensemble de techniques qui se sont révélées efficaces et forment ce qu'E. Erikson appelle le *"fonds culturel consolidé"*. La maîtrise de ces techniques, enseignée par les adultes aux enfants, permet à ces derniers d'établir leur identité face au monde exté-

rieur en acquérant un moyen d'agir sur l'environnement. Comme le note E. Erikson : *"Dans ce processus de consolidation et d'accomodation, des millions de tâches et de transactions quotidiennes se transforment en modèles pratiques et en ritualisations spontanées susceptibles d'être adoptés par les leaders ou par ceux qu'ils conduisent (...). Mais comment une telle consolidation peut conduire à un sentiment d'imbrication et à un courant naturel au milieu de tous les artifices de l'organisation, comment elle contribue à susciter un style de perfection et d'exaltation de soi ; comment enfin, dans le même temps, elle permet à l'homme de limiter son horizon à **ne pas voir** ce qui pourrait ruiner sa familiarité avec le monde, toute fraîche conquise, et ce qui l'exposerait lui-même à toutes sortes d'aliénations, à la peur de la mort, surtout, et au risque de tuer -tout cela nous ne l'avons guère abordé du point de vue de la psychologie des profondeurs. La discussion du 'moi' devrait prendre ici de nouvelles dimensions"* (118).

Considérons les implications de ces propositions en ce qui concerne le droit plus particulièrement.

## 2. Les schémas comportementaux juridiques

On peut proposer le modèle suivant : le droit en tant qu'ensemble structuré, le droit objectif, est un conglomérat de pratiques sociales, elles-mêmes issues de ritualisations de comportements individuels qui se sont révélés efficaces. Ces comportements sont introduits par quelques individus éclairés, leaders d'opinion au sens de la psychologie sociale (119), et du fait de leur efficacité, prospèrent chez leurs contemporains et leurs descendants par imitation et apprentissage (modèle de la sélection naturelle positive). Les comportements efficaces sont d'abord des comportements orientés vers la compréhension de l'univers extérieur et de sa structuration. L'univers extérieur est organisé et structuré, que ce soit le monde non humain ou le monde humain. Les sociétés en effet s'organisent spontanément à partir des données biologiques et culturelles humaines (même si ces données sont en partie variables). Dans son effort d'organisation, l'homme recherche, par simplification, des modèles conceptuels extraits de ce **continuum** de la nature et de la culture. Chaque culture comporte donc un ensemble de concepts qui se sont révélés efficaces et qui sont retransmis par la tradition. Le génotype est métaphoriquement l'ensemble des principes de conduite et de connaissance retenus par chaque culture.

Le phénotype, c'est l'identité et le vécu particulier de chaque individu. Or, au moment de l'adolescence, on apprend à utiliser les structures abstraites acquises au stade des opérations concrètes (120), pour mener une stratégie envers l'environnement physique et social. Les individus insatisfaits pourront alors essayer de changer une vision du monde pour en produire une supérieure, illustrant ce mot de Paul Valéry : *"L'aiguillon de chaque vie intellectuelle est la conviction de l'échec, ou de l'avortement, ou de l'insuffisance des vies intellectuelles antérieures"*.

Cette recherche consciente de nouveaux schémas correspond à une directionalité intrinsèque de l'évolution culturelle, parce qu'il s'agit de construire à partir de ce que l'on connaît déjà, en progression avec le **corpus** existant (complexification du plan d'organisation). A côté de cette directionalité intrinsèque, il existe une directionalité extrinsèque, c'est-à-dire une certaine variabilité des schémas conceptuels provenant de l'oubli, de l'inattention, de l'erreur. Ces comportements nouveaux sont à leur tour la cible de la sélection naturelle qui apportera un renforcement aux nouvelles règles ou schémas au travers des bons ou mauvais résultats obtenus. Jean Piaget exprime ceci de la façon suivante : *"Les normes de vérité expriment d'abord l'efficacité des actions individuelles et socialisées"* (121).

Ainsi l'évolution du droit se fait de deux façons. D'abord par l'oubli, qui permet une certaine plasticité évolutive des règles ; en effet, *"du point de vue évolutionniste, deux forces sélectives s'opposent : l'une sélectionne le comportement optimal pour l'espèce et attribue un avantage à l'uniformité du comportement à l'intérieur de l'espèce, l'autre favorise la variabilité comme moyen de préserver la plasticité évolutive"* (122). A cet égard, l'évolution du droit se fait moins par abrogation expresse que par désuétude, oubli des règles anciennes, à la suite de la superposition de nouvelles solutions. Le contresens commis par les interprètes modernes du droit romain, par exemple, a été un facteur d'évolution du droit, dans la mesure où ces juristes ont cru y découvrir un modèle contractuel axé sur la volonté individuelle. L'introduction d'erreurs dans les comportements et les interprétations peut correspondre métaphoriquement au courant génique, c'est-à-dire à la remanipulation du génotype lorsqu'il est transmis des parents aux enfants. Il s'opère un certain brassage des coutumes comportementales, certaines erreurs de transmission apparaissent.

L'évolution se fait aussi au travers de l'insatisfaction éprouvée par certains individus devant les explications du monde (nos schémas cognitifs-affectifs) qui leur sont proposées. Les analyses que Paul Scheurer consacre à la représentation de l'univers physique sont aisément transposables au monde des normes sociales : *"La plupart des hommes n'exercent pas leur curiosité envers la vision du monde qui leur est inculquée (...). En gros, la vision plus ou moins cohérente qui est la leur suffit à les satisfaire (...). Une vision du monde sert à imposer une certaine cohérence à la variété innombrable des phénomènes. L'individu, en tant que totalité, a besoin de retrouver dans le monde une organisation et un tout cohérent (...). Mais au nom même de ce principe d'ordre intérieur, certains adoptent une autre attitude que la majorité. Devant l'apparence de certaines incohérences, ils ne se hâtent pas de se satisfaire de l'explication courante, rassurante. Au contraire, ils font face. Les incohérences, ils apprennent à les connaître, cherchent à en faire le tour, pour les circonscrire, les dominer, puis les supprimer en produisant une explication d'un ordre nouveau et supérieur"* (123). Tout adolescent passe par une telle période de bouleversement, liée à la constitution de la personnalité et à l'intériorisation de la conception morale du monde qui leur est proposée. Mais ce mouvement de remise en cause des schémas conceptuels et juridiques, cette innovation, n'est pas interdite aux adultes, et plus particulièrement aux leaders d'opinion, les mieux à même de promouvoir l'innovation juridique, qu'elle soit à coloration philosophique et morale (domaine de prédilection des adolescents), ou à coloration technique (le domaine des pratiques commerciales fournit maint exemple de montages juridiques nouveaux à partir d'éléments simples, ne serait-ce que l'affacturage, le franchisage ou le crédit-bail).

Au terme de cette étude sur l'applicabilité de l'évolutionnisme darwinien au droit, nous voudrions formuler trois réflexions.

On remarquera d'abord l'extrême diversité de l'évolutionnisme, pensée vieille de plus d'un siècle et demi, et qui, à l'intersection de plusieurs champs de recherches scientifiques, a été souvent tirillée entre des observations contradictoires, remise en cause par des résultats partiels. L'ampleur de son propos -interpréter la vie- l'a tantôt conduit à des vues trop systématiques et dépouillées, tantôt à des conceptions complexes et peu homogènes. De tout cela, un modèle dominant ressort, celui du néo-

darwinisme, que les biologistes actuels considèrent comme le plus adéquat, sans pour autant pouvoir en fournir une démonstration irréfutable.

On observera ensuite la véritable séduction intellectuelle que les modèles biologiques exercent sur les sciences humaines et les sciences sociales, avec pour effet une référence explicite ou implicite à la biologie dans nombre de théories juridiques. Une raison pourrait en être que ces modèles fournissent des bases scientifiques à l'articulation de l'individu et de la société, problème primordial de ces sciences, et du droit tout spécialement.

C'est la part de l'idéologie dans les théories scientifiques que nous soulignerons enfin. Comment ne pas voir que les différentes théories juridiques évoquées, et la façon même dont elles s'appuient sur des conceptions biologiques, traduisent d'abord et avant tout certaines constructions mentales, certains schémas conceptuels, dont le choix n'est pas qu'affaire de rationalité ? Tant il est vrai que *"toute tentative pour décrire l'évolution du cerveau et de l'esprit ne peut être qu'une simple histoire, un scénario. On peut, en fait, proposer des scénarios très divers selon les arguments -psychologiques, éthologiques, neurologiques, paléontologiques, ect.- auxquels on donne le plus de poids"* (124). Cette diversité, que ne permettrait pas la seule raison, est peut-être après tout ce qui plaide le plus en faveur d'une interprétation évolutionniste de la culture et du droit.

## NOTES

- (1) Sur la conception de la nature et du droit chez Aristote, voir notamment Villey (Michel) : **Philosophie du droit**, Dalloz, Paris, T. 1 - 1974, T. 2 - 1979 (plus particulièrement T. 2 pp. 123-155). Pour préciser l'univers intellectuel d'Aristote, rappelons que son père, Nicomaque, était le médecin de Philippe de Macédoine.
- (2) Pour une discussion sur l'unité des thèses aristotéliennes, voir Cotten (Jean-Pierre) : article Aristote in **Dictionnaire des grandes philosophies**, Privat, Toulouse, 1973.
- (3) et (4) Bernhardt (Jean) : article Aristote in **Histoire de la philosophie** Hachette, Paris, T. 1, 1972, p. 149.
- (5) et (6) Jean Bernhardt, **op. cit.**, p. 145. Noter cependant, que dans son traité **De l'âme**, qu'on peut considérer comme un "traité de biologie générale" (Le Blond), Aristote développe une seconde phase, "hylémorphique", de sa théorie, où l'âme, unie au corps comme la forme à la matière, se distingue pourtant du "nous" ou intellect immatériel et éternel. En cette mesure, Aristote n'est pas un pur biologiste ; sa conception de la nature est équilibrée.
- (7) Voir notamment Mayr (Ernst) : **Populations, espèces et évolution**, Hermann, Paris, 1974 ; Petit (Claudine) et Zuckerkandl (Emile) : **Evolution. Génétique des populations. Evolution moléculaire**. Hermann, Paris, 1976. Sur la comparaison de la "forme" aristotélienne et du programme génétique, voir également Michel Villey, **op. cit.**, T. 2, p. 136.
- (8) Cité par Jean-Pierre Cotten, article Aristote, précité.
- (9) Il est intéressant de relever qu'un philosophe idéaliste tel que Schelling avait pour ami Lorenz Oken (1879-1851), philosophe lui-même ainsi que naturaliste, qui a avancé pour la première fois l'idée que les êtres vivants seraient formés de cellules semblables aux infusoires microscopiques dont Lamarck fait la base de son échelle des êtres.
- (10) Voir Kojève (Alexandre) : **Introduction à la lecture de Hegel**, Gallimard, Paris, 1947.
- (11) Kojève (Alexandre) : **Esquisse d'une phénoménologie du droit**, Gallimard, Paris, 1981 ; notamment pp. 180 et 185.
- (12) Sur ce point, voir Arnaud (André-Jean) : **Les juristes face à la société du XIXème siècle à nos jours**, P.U.F., Paris, 1975, pp. 56-74 et 123-124. Noter également les affinités ultérieures de certains représentants de ces mouvements avec le vitalisme bergsonien.

(13) Le mot de trahison est d'A. Brimo in **Les grands courants de la philosophie du droit**, Pédone, Paris, 2ème édition 1968, pp. 159-160. Le même auteur rappelle (p. 161) que la notion de **Volksggeist**, ou esprit du peuple (le peuple étant considéré lui-même comme un être vivant), trouve son prototype chez Schelling dans la **Volkssseele** ou âme du peuple. Sur la situation philosophique de l'école historique allemande, voir plus particulièrement Dufour (Alfred) : De l'école du droit naturel à l'école du droit historique in **Archives de philosophie du droit**, T. 26, 1981, pp. 303-331 et, du même auteur : La théorie des sources du droit dans l'école historique in **Archives de philosophie du droit**, T. 27, 1982, pp. 85-120.

(14) Sur la liaison entre évolutionnisme et ethnologie juridique, voir Constantinesco (Léontin-Jean) : **Traité de droit comparé**, L.G.D.J., Paris, T. 1, 1972, pp. 114-126. Le professeur B.S. Jackson a également écrit un très intéressant article, malheureusement non publié, sous le titre "Maine's social evolution", qu'il nous a aimablement communiqué.

(15) Perrot (David L.) : Has law a deep structure ? The origins of fundamental duties in **Fundamental Duties**, sous la direction de D. Lasok, Oxford et New-York, Pergamon Press, 1980, pp. 1-15. Ce mouvement est beaucoup plus profond qu'il pourrait sembler à première vue. B.S. Jackson, dans un ouvrage à paraître prochainement, analyse les rapports de ce type de pensée avec les conceptions de H. Kelsen, H.L.A. Hart, R. Dworkin.

(16) Consulter notamment : **Théories du langage, théories de l'apprentissage. Le débat entre Jean Piaget et Noam Chomsky** sous la direction de Massimo Piattelli-Palmarini, Seuil, Paris, 1979, et plus particulièrement l'article de Jean-Pierre Changeux : "Déterminisme génétique et épigénèse des réseaux de neurones ; Existe-t-il un compromis biologique possible entre Chomsky et Piaget ?" (pp. 276-289).

(17) On remarquera que le maître à penser de Konrad Lorenz, Sir Julian Huxley, biologiste évolutionniste et initiateur de l'éthologie, est lui-même le petit-fils de Thomas Huxley, contemporain de Darwin, naturaliste et défenseur de la théorie darwinienne, qui s'est principalement intéressé à la question de l'origine de l'espèce humaine (**La place de l'homme dans la nature**, 1863).

(18) Cf. les travaux de François Jacob, Henri Laborit, Ernst Mayr, Jacques Monod, Jacques Ruffié.

(19) Cf. Thuillier (Pierre) : **Les biologistes vont-ils prendre le pouvoir ? La sociobiologie en question**, Editions Complexe, Bruxelles, 1981.

(20) Mayr (Ernst) : "La biologie et sa situation dans les sciences" in **La biologie de l'évolution**, Hermann, Paris, 1981, p. 107.

(21) **Loc. cit.**

(22) Ernst Mayr, article précité.

(23) Cf. Jacques Monod, préface à l'ouvrage d'Ernst Mayr : **Populations, espèces et évolution**, Hermann, Paris, 1974 ; Jacques Monod est également le préfacier de la traduction française de l'ouvrage de Karl Popper : **La logique de la découverte scientifique**, Payot, Paris, 1973. Cf. aussi cette appréciation de Jacques Roger, épistémologue, dans **Le darwinisme aujourd'hui**, sous la direction d'Emile Noël, Seuil, Paris, 1979, pp. 30-31 : "(...) nous avons affaire à une science qui énonce des lois probabilistes beaucoup plus que des causes, et qui a très largement abandonné le déterminisme classique du XIXème siècle".

(24) Cf. Armand de Riclès in **Le darwinisme aujourd'hui**, sous la direction d'Emile Noël, précité, pp. 56-57 : "D'après les tenants de la théorie synthétique, à l'heure actuelle, il ne fait aucun doute que cette théorie dépasse très largement le 'darwinisme' lui-même, le darwinisme originel et même le néo-darwinisme. Il faut bien voir que cette conception, en particulier dans les pays anglo-saxons, jouit d'un statut absolument privilégié. Pratiquement pour tous nos collègues, la question ne se pose même pas de savoir s'ils sont ou non adeptes de la Théorie synthétique de l'évolution, c'est une évidence". Noter cependant que certains paléontologues sont très critiques à l'égard du darwinisme, dont ils attaquent la conception lente et graduelle de l'évolution, incompatible avec l'apparition soudaine de nouvelles espèces observée en paléontologie ; mais ces critiques sont elles-mêmes sujettes à caution.

(25) Voir notamment la très intéressante présentation des thèses lamarckiennes par Jean-Paul Aron, en préface à la réédition de la **Philosophie zoologique** de Lamarck, U.G.E., Paris, 1968.

(26) Limoges (Camille) : **La sélection naturelle**, P.U.F., Paris, 1970, pp. 40-41. Voir également Bernhardt (Jean) : Chimie et biologie au XIXème siècle in **Histoire de la philosophie**, Hachette, Paris, T. 6, 1973.

(27) Cf. Jean-Pierre Aron, article précité, pp. 14-15.

(28) Cf. entre autres François Jacob, **La logique du vivant**, Gallimard, Paris, 1970, p. 164 : "Il y a d'abord dans chaque être une sorte de puissance qui 'tend sans cesse à composer l'organisation' (...). C'est une force d'origine quelque peu mystérieuse, un 'pouvoir' qui, malgré les professions de foi matérialistes de Lamarck, s'apparente quelque peu à la force vitale : c'est l'apanage des seuls êtres organisés ; c'est la véritable source de l'harmonie et de la régularité dans la progression des êtres".

(29) Ernst Mayr définit ainsi le phénotype : "totalité des caractéristiques d'un individu (son apparence) comme résultat de l'interaction entre génotype et environnement" (**Populations, espèces et évolution**, ouvrage précité). Le génotype est le patrimoine génétique d'un individu inscrit dans ses chromosomes.

(30) Sur l'écart entre les thèses darwiniennes originales et la théorie synthétique, les opinions divergent. Pour Jacques Roger et Pierre Thuillier, tous deux épistémologues, l'écart est très important, tandis que François Jacob, biologiste, ne voit guère d'opposition entre ces deux étapes théoriques (positions développées dans **Le darwinisme aujourd'hui**, sous la direction d'Emile Noël, Seuil, Paris, 1979). Cf. également cette appréciation du biologiste Ernst Mayr : "La synthèse moderne (...) doit plus à Darwin qu'à aucun autre évolutionniste et elle est construite autour de ses concepts essentiels. Elle incorpore cependant bien des idées post-darwiniennes. Les conceptions sur la mutation, la variation, la population, l'hérédité et l'isolement demeuraient encore incertaines du temps de Darwin" (**Populations, espèces et évolution**, *op. cit.*, p. 2).

(31) Mayr (Ernst) : **Populations, espèces et évolution**, *op. cit.*

(32) Limoges (Camille) : **La sélection naturelle**, P.U.F., Paris, 1970, p. 150 ; la citation anglaise est tirée de Darwin, **Origin**, Darlington, p. 72 ; c'est Camille Limoges qui souligne.

(33) Ernst Mayr, *op. cit.*, p. 2. L'isolement géographique détermine des espèces adaptées à un milieu spécifique.

(34) Pour une présentation générale de ces conceptions et de leur développement historique, voir Villey (Michel) : **Philosophie du droit**, Dalloz, Paris, T. 2, 1979, pp. 90 *seq.*

(35) Ernst Mayr, *op. cit.*, p. 119 et, dans le même sens, p. 117 : "La question réellement cruciale pour l'évolutionniste en ce qui concerne une population locale est de savoir quel pourcentage de nouveautés génétiques peut être attribué à une nouvelle mutation et quel autre à l'immigration. On ne dispose pas de renseignements précis mais on peut penser que la contribution de l'immigration est d'au moins 90 %, sinon plus de 99 %, aux gènes 'nouveaux' d'une population locale" (Ernst Mayr définit "population locale" comme "groupe d'individus dans une situation telle que chaque couple a une égale probabilité de s'accoupler et de produire des descendants", *op. cit.*, p. 95).

(36) Noter cependant que si Lamarck pratique un nominalisme des espèces qui, pour lui, ne correspondent qu'à un découpage artificiel pratiqué sur l'échelle continue des vivants, il considère les relations entre les êtres (c'est-à-dire l'échelle elle-même) comme réelles.

(37) Cf. *supra* critique de C. Limoges concernant le vocable **sélection naturelle** chez Darwin.

(38) Darwin : **La descendance de l'homme**, cité par Pierre Thuillier in **Les biologistes vont-ils prendre le pouvoir ? La sociobiologie en question**, Editions Complexe, Bruxelles, 1981, p. 221. Textes à l'appui, cet ouvrage démontre la très grande influence du thème de la sélection naturelle au XIXème siècle et le recul de la morale humaniste devant une certaine "morale biologique".

- (39) Malgré les critiques qu'on peut justement adresser à un tel projet, et à tout le moins l'hypocrisie de l'équivalence richesse/progrès de l'espèce, il faut relever qu'il fait une application correcte de la sélection naturelle, considérée non pas comme élimination des plus faibles, mais comme accroissement de la descendance des plus aptes.
- (40) Sur ces questions, voir Pierre Thuillier, *op. cit.*
- (41) Ernst Mayr : **Populations, espèces et évolution**, *op. cit.*, p. 426.
- (42) *Op. cit.*, p. 449.
- (43) *Op. cit.*, p. 425. On trouve chez Claudine Petit et Emile Zuckerkandl, dans **Evolution. Génétique des populations. Evolution moléculaire**, *op. cit.*, p. 188, le même thème de la stabilisation du développement cérébral imputable à la monogamie, quoique présenté avec plus de prudence. Il semble s'agir ici d'un lieu commun des biologistes.
- (44) Sur l'évolutionnisme de Lewis Morgan, voir Sahlins (Marshall D.) : **Culture and practical reason**, The University of Chicago Press, Chicago, 1976.
- (45) *op. cit.*, p. 428.
- (46) Ruffié (Jacques) : **De la biologie à la culture**, Flammarion, Paris, 1976, p. 372. Pierre Thuillier (**Les biologistes vont-ils prendre le pouvoir ? La sociobiologie en question**, *op. cit.*, pp. 46 seq, note 68) n'y voit pas grande différence et loge à la même enseigne la plupart des biologistes contemporains.
- (47) Lamarck : **Philosophie zoologique**, U.G.E., Paris, 1968, pp. 75 seq.
- (48) Jean-Paul Aron, Présentation de la **Philosophie zoologique** de Lamarck, précité, p. 41.
- (49) Cf. Dufour (Alfred) : "Droit et langage dans l'école historique du droit" in **Archives de philosophie du droit**, Sirey, Paris, T. XIX, 1974, pp. 151-180.
- (50) Chapitre VI de **Tendances principales de la recherche dans les sciences sociales et humaines ; 1ère partie, sciences sociales**. Mouton, UNESCO, 1970.
- (51) **La biologie de l'évolution**, *op. cit.*, p. 94.
- (52) Cf. François Jacob : **La logique du vivant**, Gallimard, Paris, 1970, pp. 213 seq.
- (53) Définition de C.E. Bessey, rapportée par Ernst Mayr in **Populations, espèces et évolution**, *op. cit.*, p. 13.
- (54) Cité par C. Petit et E. Zuckerkandl in **Evolution. Génétique des populations. Evolution moléculaire**, *op. cit.*, p. 5.

(55) Définition rapportée par C. Petit et E. Zuckerkandl, *loc. cit.* Cf. aussi E. Mayr, **Populations, espèces et évolution**, *op. cit.*, p. 22 : "Son isolement reproductif (celui de l'espèce) constitue un moyen protecteur contre la disparition d'un système génique bien intégré et coadapté (rappelons que la coadaptation est l'interaction harmonieuse des gènes). Un tel système a été créé grâce à l'organisation de la diversité organique dans une espèce et il permet la diversification génétique ainsi que l'accumulation de gènes et de recombinaisons de gènes favorables sans que la complexe génique de base ne courre le danger d'être détruit. La quantité de variabilité génétique qui peut s'accommoder dans un seul **pool** de gènes sans produire de trop fortes proportions de combinaisons inviables a des limites définies. La diversité génétique organisée dans des **pools** de gènes protégés, c'est-à-dire dans des espèces, garantit que ces limites ne seront pas dépassées. C'est là la signification biologique de l'espèce".

(56) Piattelli-Palmarini (Massimo) : Introduction. "A propos des programmes scientifiques et de leur noyau central" in **Théories du langage. Théories de l'apprentissage. Le débat entre Jean Piaget et Noam Chomsky**, Seuil, Paris, 1979, p. 27.

(57) Massimo Piattelli-Palmarini, *loc. cit.*

(58) Voir par exemple Bergson, **L'évolution créatrice**, Alcan, Paris, 1907, p. 75, où l'auteur, par une argumentation aujourd'hui dépassée, cherche à enfermer Darwin dans un dilemme finaliste : "En résumé, si les variations accidentelles qui déterminent l'évolution sont des variations insensibles, il faudra faire appel à un bon génie -le génie de l'espèce future- pour conserver et additionner ces variations, car ce n'est pas la sélection qui s'en chargera (car alors, la variation étant insensible, l'organisme n'en tire aucun avantage). Si d'autre part, les variations accidentelles sont brusques, l'ancienne fonction ne continuera à s'exercer, ou une fonction nouvelle ne la remplacera, que si tous les changements survenus ensemble se complètent en vue de l'accomplissement d'un même acte : il faudra encore recourir au bon génie, cette fois pour obtenir la convergence des changements simultanés, comme tout à l'heure pour assurer la continuité de direction des variations successives. Ni dans un cas ni dans l'autre, le développement parallèle de structures complexes identiques sur les lignes d'évolution indépendantes ne pourra tenir à une simple accumulation de variations accidentelles". N.B. : en ce qui concerne le développement de telles structures complexes, on peut prendre comme exemple l'oeil chez les vertébrés et chez les mollusques.

(59) Jean-Paul Aron, préface à la **Philosophie zoologique** de Lamarck, U.G.E., Paris, 1968, p. 15. En sens contraire, voir Français Jacob : **La logique du vivant**, Gallimard, Paris, 1970, p. 164.

(60) Ernst Mayr, dans **La biologie de l'évolution**, précité, avance encore deux arguments en faveur du sélectionnisme traditionnel. D'abord (p. 147), à propos de l'objection au sélectionnisme graduel tirée de ce qu'un organe, l'aile par exemple, n'a aucun avantage sélectif avec sa réalisation totale (à quoi servirait un moignon d'aile ?), E. Mayr répond "que de nombreuses structures peuvent exercer deux fonctions simultanément et qu'elles évoluent sous la pression sélective exercée par la première fonction jusqu'à ce que la structure soit suffisamment avancée pour exercer la seconde". Par exemple, au fur et à mesure que les pattes antérieures des oiseaux, destinées à la locomotion terrestre et arboricole, se couvrent de plumes pour améliorer la régulation thermique, l'aptitude de ces oiseaux au vol se développe jusqu'à devenir prédominante. Ensuite (p. 145), à propos des pics, qui proviennent de la famille tropicale des barbuis (pisciformes), dont la morphologie est inchangée, mais qui piquent le tronc des arbres, tandis que les pics, plus avancés, ont subi une réorganisation de la queue, des pattes et du bec, qui les rend plus efficaces : "Ce qui déclenche le démarrage du processus évolutif, c'est une nouvelle pression sélective sur un pool génique variable, et c'est le changement de comportement qui crée cette nouvelle pression sélective (...) le changement est l'un des moteurs de l'évolution ou, en d'autres termes, (...) le changement comportemental vient en premier et (...) il est la cause de changements structuraux". Mais recourir à l'explication par le comportement pose en soi de nombreux problèmes, car ses origines sont encore moins bien connues que celles des traits morphologiques.

(61), (62) et (63) Petit (Claudine) et Zuckerkandl (Emile) : **Evolution. Génétique des populations. Evolution moléculaire**, op. cit., p. 268.

(64) Certaines expériences tendent à établir que dans les conditions d'environnement qui régnaient sur la terre il y a quatre milliards d'années, les acides aminés, matériaux de base de la vie, auraient pu se constituer spontanément à partir des molécules organiques disponibles. L'astrophysicien anglais Sir Fred Hoyle, a transposé ce modèle à l'espace interstellaire (théorie de l'espace vivant) avec une argumentation scientifique très solide (**Evolution from space**, de Fred Hoyle et Chandra Wickramasirighe, Dent, Londres, 1981).

(65) Pour une présentation raisonnée de ce mouvement, voir notamment Brimo (Albert) : **Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat**, Pédone, Paris, 2ème éd. 1968, pp. 348-353, Carbonnier (Jean) : **Sociologie juridique**, Armand Colin, Paris, 1972, pp. 68-70, 98-100, 286-288, Villey (Michel) : **Philosophie du droit**, Dalloz, Paris, T. 1, 1975, pp. 197-201, T. 2, 1979, pp. 113-121, 190-194.

(66) Le doyen Roscoe Pound a cependant formulé une classification des intérêts qui peut servir elle-même de fondement à une classification des comportements. Mais A. Brimo relève que "toute classification des intérêts est arbitraire, subjective" et que "toute jurisprudence des intérêts

.../... suppose que l'intuition du juge est un instrument nécessaire et suffisant pour l'appréciation des intérêts puisqu'ils dépendent des espèces et des cas" (**Les grands courants de la philosophie du droit, op. cit., p. 352**).

(67) Le juge doit en effet se soucier de mettre en équilibre les divers intérêts des plaideurs en recourant davantage à la technique des relations sociales, voire à l'intuition, qu'à la rationalité pure. Dans cet effort, le juge n'est d'ailleurs pas neutre : son comportement est influencé par les mêmes motivations complexes que celui des plaideurs, d'où la définition du droit selon le juge américain Holmes : "J'entends par droit la prévision des décisions des tribunaux telles qu'elles seront en fait".

(68) Bien sûr, ces théories n'excluent pas que les individus puissent poursuivre consciemment tel ou tel but (chez Ihering, notamment), mais ces buts leur étant personnels (autrement ils ne parleraient pas d'"intérêts"), il n'y a jamais de finalité globale. En d'autres termes, on se trouve en présence d'un vitalisme irrationnel de caractère exclusivement individualiste (nominalisme).

(69) Noter cependant qu'Ehrlich ne réduit pas la vie sociale à une résultante de conflits interindividuels.

(70) Ethologique plutôt que sociologique car ce qui est ici premier, c'est le comportement individuel.

(71) Il convient de noter ici que l'éthologie, entendue au sens moderne de science du comportement des animaux dans leur milieu naturel, se comprend de façon plus ancienne comme science des coutumes et des moeurs humaines, dans un sens très proche de celui d'ethnologie, cf. Foulquié (Paul) et Saint-Jean (Raymond) : **Dictionnaire de la langue philosophique**, P.U.F., Paris, 1969.

(72) "Bons darwinistes, nous nous demanderons tout d'abord comment l'agression contre des congénères peut contribuer à la conservation de l'espèce, dans des conditions naturelles ou plutôt préculturelles, et exercer de ce fait cette 'pression de la sélection' qui provoque chez de nombreux êtres supérieurs leur évolution (...). Comme on le sait, Darwin avait lui-même posé le problème et avait déjà donné une réponse satisfaisante : il est toujours avantageux pour l'avenir de l'espèce, que de deux rivaux, le plus fort conquière le territoire ou la femelle convoitée. Cette vérité d'hier reste encore vérité d'aujourd'hui." : Konrad Lorenz, **L'agression. Une histoire naturelle du mal**, Flammarion, Paris, 1977, p. 37. Selon le même auteur, l'agression oblige également les congénères à se disperser géographiquement, permettant ainsi une meilleure utilisation du milieu (on pourrait rajouter, dans une optique néo-darwinienne, que la dispersion géographique va entraîner une certaine diversification du milieu de vie et donc une sélection différentielle, mais K. Lorenz ne le dit pas).

- (73) **op. cit.**, p. 53. A noter que, l'on ne sait trop pourquoi, les plus forts deviennent les plus sages et se dévouent pour la communauté.
- (74) Lorenz (Konrad) : "Evolution de la ritualisation dans les domaines de la biologie et de la culture" in **Le comportement rituel chez l'homme et chez l'animal**, sous la direction de Sir Julian Huxley, Gallimard, Paris, 1971, p. 55.
- (75) Konrad Lorenz cherche manifestement à éviter toute notion de comportement finalisé, et lorsqu'une finalité semble quand même apparaître dans un comportement, il se hâte de déclarer qu'elle est fautive ; par exemple, le comportement sexuel ne vise pas consciemment à la reproduction, mais au soulagement de tensions internes.
- (76) Pour une analyse du kantisme juridique et de son influence, voir Villey (Michel) : "Kant dans l'histoire du droit" in **Leçons d'histoire de la philosophie du droit**, Dalloz, Paris, nouvelle édition, 1962.
- (77) La soumission des facultés de droit françaises à l'autorité politique du XIX<sup>ème</sup> siècle n'y est peut-être pas étrangère ; sur ce point, voir Arnaud (André-Jean) : **Les juristes face à la société du XIX<sup>ème</sup> siècle à nos jours**, P.U.F., Paris, 1975, pp. 56-74 et 123-124.
- (78) Gallimard, Paris, 1981.
- (79) Kojève (Alexandre) : **Esquisse d'une phénoménologie du droit**, Gallimard, Paris, 1981, p. 195.
- (80) **op. cit.**, p. 192.
- (81) **op. cit.**, p. 180.
- (82) **op. cit.**, p. 21.
- (83) Ici encore, l'ambiguïté domine car A. Kojève utilise tantôt un langage biologique innéiste, tantôt un langage métaphysique qui explique l'idée de justice par la lutte de l'individu prêt à mourir pour obtenir d'autrui la reconnaissance de sa valeur (dialectique hégélienne du maître et de l'esclave) (**op. cit.**, p. 249).
- (84) A la différence de Hegel, A. Kojève estime cependant qu'il peut y avoir décalage entre la justice et l'Etat, car leur évolution vers l'absolu est parallèle, mais pas nécessairement simultanée (**op. cit.**, p. 206).
- (85) **Op. cit.**, p. 243.
- (86) **Op. cit.**, p. 255.
- (87) **Op. cit.**, p. 257.
- (88) La situation historique de cette école et de l'école ethnologique au sein de la pensée biologique et organiciste a été étudiée plus haut ; notre but est présentement d'en préciser les implications en ce qui concerne la théorie du droit.

(89) Sur l'évolution de l'évolution de l'école historique allemande, son unité (ou son manque d'unité), voir Dufour (Alfred) : "De l'école du droit naturel à l'école du droit historique" in **Archives de philosophie du droit**, Sirey, Paris, T. 26, 1981, pp. 303-329.

(90) Constantinesco (Léontin-Jena) : **Traité de droit comparé**, T. 1, L.G.D.J., Paris, 1972, pp. 79-82.

(91) Voir Constantinesco (Léontin-Jean) : **Traité de droit comparé, op. cit.**, T. 1, pp. 114-126 ; on s'est également appuyé sur un article non publié, "Maine's social evolution", que le professeur B.S. Jackson nous a aimablement communiqué.

(92) Bien entendu, les conceptions idéalistes du droit ne disparaissent pas purement et simplement au XXème siècle ; la phénoménologie et le néo-kantisme produisent encore des doctrines juridiques opposées au courant matérialiste et sociologique dominant.

(93) Rappelons que la théorie des jeux est un modèle dérivé des doctrines économiques utilitaristes et employé en psychologie sociale pour "établir sous forme de théorèmes mathématiques, les 'stratégies' ou politiques d'actions optimales dans des situations conflictuelles comprenant deux ou n participants" ; définition donnée par Michel Plon : "Jeux" et conflits in **Introduction à la psychologie sociale**, sous la direction de Serge Moscovici, T. 1, Larousse, Paris, 1972, p. 245.

(94) Wilson (Edgard O.) et Lumsden (Charles) : **Genes, mind and culture : the coevolutionary process**, Harvard University Press, 1981.

(95) Voir Thuillier (Pierre) : **Les biologistes vont-ils prendre le pouvoir ? La sociobiologie en question**, Editions Complexes, Bruxelles, 1981, pp. 25-28.

(96) Pierre Thuillier, **op. cit.**, note 35.

(97) On pourrait procéder ici à une comparaison intéressante avec la pensée écologique d'Edgar Morin, qui se prononce en faveur du maintien de la diversité culturelle ; voir Morin (Edgar) : **La méthode**, T. 2, **La vie de la vie**, Seuil, Paris, 1980.

(98) Ernst Mayr : **La biologie de l'évolution**, **op. cit.**, p. 73.

(99) **Op. cit.**, p. 71.

(100) **Op. cit.**, p. 39.

(101) Les thèses de B.F. Skinner ont suscité des prises de positions passionnelles au même titre que celles d'E. Wilson. On en trouvera une présentation et une défense dans Richelle (Marc) : **B.F. Skinner ou le péril béhavioriste**, Mardaga, Bruxelles, 1977.

- (102) Kalinowski (Georges) : Théorie, métathéorie ou philosophie du droit. Réflexions sur **The concept of law** de H.L.A. Hart et **On law and justice** d'Alf Ross in **Archives de philosophie du droit**, Sirey, Paris, T. XV, 1970, pp. 179-195.
- (103) Le professeur B.S. Jackson, de Liverpool, doit publier prochainement un ouvrage sur structuralisme et droit, où les points communs entre ces penseurs juridiques et la linguistique de Noam Chomsky sont analysés.
- (104) Ces positions ont fourni l'occasion d'un débat entre Noam Chomsky et Jean Piaget ; voir Piattelli-Palmarini (Massimo) (sous la direction de) : **Théories du langage, théories de l'apprentissage. Le débat entre Jean Piaget et Naom Chomsky**, Seuil, Paris, 1979.
- (105) Perrott (David L.) : "Has law a deep structure ? The origin of fundamental duties" in **Fundamental duties**, sous la direction de D. Lasok, Pergamon Press, Oxford et New York, 1980, p. 10.
- (106) *Op. cit.*, p. 7.
- (107) Massimo Piattelli-Palmarini : "Introduction. A propos des programmes scientifiques et de leur noyau central" in **Théories du langage, théories de l'apprentissage. Le débat entre Jean Piaget et Noam Chomsky**, précité, p. 34.
- (108) Petitot (Jean) : "Hypothèse localiste et théorie des catastrophes, note sur le débat", in **Théories du langage, théories de l'apprentissage...**, *op. cit.*, p. 516.
- (109) Changeux (Jean-Pierre) : "Déterminisme génétique et épigénèse des réseaux de neurones. Existe-t-il un compromis biologique possible entre Chomsky et Piaget ?" in **Théories du langage, théories de l'apprentissage...**, *op. cit.*, pp. 276-289 ; voir également, du même auteur, **L'homme neuronal**, Fayard, Paris, 1983, notamment pp. 250 et 271.
- (110) Jean Piaget : "Remarques finales" in **Théories du langage, théories de l'apprentissage...**, *op. cit.*, p. 408.
- (111) I. Asimov est surtout connu en Europe pour ses romans, mais c'est également un homme de science, docteur en biochimie (1948), assistant à la chaire de biochimie de l'université de Boston, qui s'est consacré à des recherches en chimie organique ; il est l'auteur d'importants ouvrages de vulgarisation en biochimie, anthropologie, physique, astronomie, mathématiques. Source : article Asimov dans **Berets (Stan) : Catalogue des âmes et cycles de la SF**, Denoël, Paris, 1979.
- (112) C'est pour cela que la formulation adéquate de cet impératif est l'interdiction de vivre seul.
- (113) Ces thèses ont en particulier été développées par Seymour Papert, notamment dans sa contribution à **Logique et connaissance scientifique**, sous la direction de Jean Piaget, Gallimard, Paris, 1967.

- (114) Scheurer (Paul) : **Révolutions de la science et permanence du réel**, P.U.F., Paris, 1979, p. 190.
- (115) Doise (Willem) : **L'explication en psychologie sociale**, P.U.F., Paris, 1982, pp. 63-64.
- (116) Maitland (K.A.) et Goldman (J.R.) : "Moral judgement as a function of peer group interaction" in **Journal of personality and social psychology**, 1974, pp. 699-704.
- (117) Erikson (Erik H.) : **Adolescence et crise, la quête de l'identité**, Flammarion, Paris, 1972.
- (118) E. Erikson, **op. cit.**, p. 28-29.
- (119) Voir entre autres Zaleska (Maryla) : "Les problèmes du leadership" in **Introduction à la psychologie sociale**, sous la direction de Serge Moscovici, T. 2, Larousse, Paris, 1973, pp. 80-113.
- (120) Voir Paul Scheurer, **op. cit.**, pp. 86-87.
- (121) Piaget (Jean) : **Epistémologie génétique**, P.U.F., Paris, T. 1, 1973, p. 38.
- (122) Mayr (Ernst) **La biologie de l'évolution**, Hermann, Paris, 1981, p. 51.
- (123) Paul Scheurer, **op. cit.**, p. 187.
- (124) Jacob (François) : **Le jeu des possibles. Essai sur la diversité du vivant**, Fayard, Paris, 1981, p. 116.

## BIBLIOGRAPHIE

ARISTOTE,

**Les parties des animaux**, traduction de Pierre Louis, Les Belles Lettres, Paris, 1956.

**De l'âme**, traduction de E. Barbotin, Les Belles Lettres, Paris, 1966.

**Histoire des animaux**, traduction Jean Tricot, Vrin, Paris, 1957.

ARNAUD (André-Jean),

**Les juristes face à la société du XIXème siècle à nos jours**, P.U.F., Paris, 1975.

**Critique de la raison juridique 1. Où va la Sociologie du droit ?** L.G.D.J., Paris, 1981.

ARON (Jean-Paul),

Préface à la **Philosophie zoologique** de Lamarck, U.G.E., Paris, 1968.

BARTHELEMY-MADAULE (M.),

**Lamarck ou le mythe du précurseur**, Seuil, Paris, 1979.

BERNHARDT (Jean),

Chimie et biologie au XIXème siècle in **Histoire de la philosophie**, Hachette, Paris, T. 6, 1973, pp. 66-122.

BRIMO (Albert),

**Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat**, Pédone, Paris, 2ème édition, 1968.

CANGUILHEM (Georges),

**Idéologie et rationalité dans l'histoire de la vie**, Vrin, Paris, 1977.

CARBONNIER (Jean),

**Sociologie juridique**, Armand Colin, Paris, 1972.

CHANGEUX (Jena-Pierre),

Déterminisme génétique et épigénèse des réseaux de neurones : existe-t-il un compromis biologique possible entre Chomsky et Piaget ? in **Théories du langage. Théories de l'apprentissage. Le débat entre Jean Piaget et Noam Chomsky**, Seuil, Paris, 1979, pp. 276-289.

**L'homme neuronal**, Fayard, Paris, 1983.

- CHAUVEAU (Geneviève) et autres,  
**La linguistique**, Larousse, Paris, 1977.
- CHOMSKY (Noam),  
**La linguistique cartésienne**, Seuil, Paris, 1969.
- CLAVAL (Paul),  
**Les mythes fondateurs des sciences sociales**, P.U.F., Paris, 1980.
- CONSTANTINESCO (Léontin-Jean),  
**Traité de droit comparé**, L.G.D.J., Paris, T. 1, 1972.
- CORNEILLE (Jean-Pierre),  
**La linguistique structurale, sa portée, ses limites**, Larousse, Paris, 1976.
- DOISE (Willen),  
**L'explication en psychologie sociale**, P.U.F., Paris, 1982.
- DUFOUR (Alfred),  
"Droit et langage dans l'école historique du droit" in **Archives de philosophie du droit**, T. XIX, Sirey, Paris, 1974, pp. 151-180.  
"Rationnel et irrationnel dans l'école du droit historique" in **Archives de philosophie du droit**, T. XXIII, Sirey, Paris, 1978, pp. 147-174.  
"De l'école du droit naturel à l'école du droit historique" in **Archives de philosophie du droit**, T. 26, Sirey, Paris, 1981, pp. 303-329.  
"La théorie des sources du droit dans l'école du droit historique" in **Archives de philosophie du droit**, T. 27, Sirey, Paris, 1982, pp. 85-119.
- ERIKSON (Erik H.),  
**Adolescence et crise, la quête de l'identité**, Flammarion, Paris, 1972.
- HARRIS (J.W.),  
"A structuralist theory of law : an agnostic view" in **Sociological approaches to law**, sous la direction de A. Podgorecki et C. J. Whelan, Londres, 1981.
- HEGEL (G.W.F.),  
**Précis de l'encyclopédie des sciences philosophiques. La logique. La philosophie de la nature. La philosophie de l'esprit**, traduction J. Gibelin, Vrin, Paris, 1967.

- JACKSON (B.S.),  
Structuralisme et "sources du droit" in **Archives de philosophie du droit**, T. 26, Sirey, Paris, 1982, pp. 147-160.
- JACOB (François),  
**La logique du vivant**, Gallimard, Paris, 1970.  
**Le jeu des possibles. Essai sur la diversité du vivant**, Fayard, Paris, 1981.
- KOJEVE (Alexandre),  
**Introduction à la lecture de Hegel**, Gallimard, Paris, 1947.  
**Esquisse d'une phénoménologie du droit**, Gallimard, Paris, 1981.
- LABORIT (Henri),  
**L'agressivité détournée**, U.G.E., Paris, 1970.
- LAMARCK (Jean-Baptiste),  
**Philosophie zoologique**, U.G.E., Paris, 1968.  
**Lamarck et son temps, Lamarck et notre temps**, ouvrage collectif, Vrin, Paris, 1981.
- LEVI-STRAUSS (Claude),  
**Le regard éloigné**, Plon, Paris, 1983.
- LIMOGES (Camille),  
**La sélection naturelle**, P.U.F., Paris, 1970.
- LORENZ (Konrad),  
**L'agression**, Flammarion, Paris, 1969.  
"Evolution de la ritualisation dans les domaines de la biologie et de la culture in **Le comportement rituel chez l'homme et l'animal**, sous la direction de Julian Huxley, Gallimard, Paris, 1971, pp. 45-62.  
**L'envers du miroir. Une histoire naturelle de la connaissance**, Flammarion, Paris, 1976.
- MAYR (Ernst),  
**Populations, espèces et évolution**, Hermann, Paris, 1974.  
**La biologie de l'évolution**, Hermann, Paris, 1981.
- MENDEL (Gérard),  
**La chasse structurale**, Payot, Paris, 1977.

- NOEL (Emile) (sous la direction de)  
**Le darwinisme aujourd'hui**, Seuil, Paris, 1979.
- PERROTT (David L.),  
 "Has law a deep structure ? The origin of fundamental duties" in  
**Fundamental duties**, sous la direction de D. Lasork, Pergamon Press,  
 Oxford et New York, 1980, pp. 1-15.
- PETIT (Claudine) et ZUCKERKANDL (Emile),  
**Evolution. Génétique des populations. Evolution moléculaire**, Her-  
 mann, Paris, 1976.
- PIAGET (Jean) (sous la direction de),  
**Logique et connaissance scientifique**, Gallimard, Paris, 1967.  
**Epistémologie des sciences de l'homme**, Gallimard, Paris, 1972.  
**Le comportement, moteur de l'évolution**, Gallimard, Paris, 1976.
- PIATTELLI-PALMARINI (Massimo) (sous la direction de),  
**Théories du langage, théories de l'apprentissage. Le débat entre  
 Jean Piaget et Noam Chomsky**, Seuil, Paris, 1979.
- POLIN (Raymond),  
 "Y a-t-il chez Bergson une philosophie de l'histoire ?" in **Les études  
 bergsoniennes**, Vol. IV, Albin Michel, Paris, 1956, pp. 9-40.
- RICHELLE (Marc),  
**B.F. Skinner ou le péril behavioriste**, Mardaga, Bruxelles, 1977.
- RUFFIE (Jacques),  
**De la biologie à la culture**, Flammarion, Paris, 1976.  
**Le traité du vivant**, Fayard, Paris, 1982.
- RUSSO (François),  
 "Pour une histoire de la conception des types généraux de systèmes  
 et de processus de la nature", in **Archives de philosophie**, Beau-  
 chesne, Paris, T. 46, cahier I, janvier-mars 1983? pp. 105-128.
- SCHEURER (Paul),  
**Révolutions de la science et permanence du réel**, P.U.F., Paris,  
 1979.
- SKINNER (B.F.),  
**L'analyse expérimentale du comportement**, Mardaga, Bruxelles, 1971.

THUILLIER (Pierre),

**Les biologistes vont-ils prendre le pouvoir ? La sociobiologie en question**, Editions Complexes, Bruxelles, 1981.

Sociobiologie : la tyrannie des savants "neutres", in **Autrement**, Paris, 1981, pp. 203-211.

VACHON (Max), ROUSSEAU (Georges), LAISSUS (Yves),

**Inédits de Lamarck**, Masson, Paris, 1972.

VILLEY (Michel),

**Leçons d'histoire de la philosophie du droit**, Dalloz, Paris, nouvelle édition, 1962.

**La formation de la pensée juridique moderne**, Montchrestien, Paris, 1968.

**Philosophie du droit**, T. I Définitions et fins du droit, T. II Les moyens du droit, Dalloz, Paris, 1975 et 1979.

WILSON (Edgar O.),

**Sociobiology. The new synthesis**, Harvard University Press, 1975.

**On human nature**, Harvard University Press, 1978 ; traduction française : **L'humaine nature**, Stock, Paris, 1979.

WILSON (Edgar O.) et LUMSDEN (Charles),

**Genes, mind and culture : the coevolutionary process**, Harvard University Press, 1981.

R. R. J. 1985  
Pages 265 à 342

E T U D E S



# LE "DUTY OF CARE" ET LE DOMMAGE PUREMENT FINANCIER EN DROIT COMPARE (\*)

Par le Professeur Jacques H. HERBOTS

Le droit de la responsabilité civile anglais, comme le droit allemand, suisse ou néerlandais, a une exigence inconnue en droit français, notamment le "*duty of care*", l'aspect relatif du devoir de prudence, ce dernier existant -ou plutôt créant une obligation d'indemnisation- envers certaines personnes mais pas envers d'autres.

Cette relativité de la responsabilité est parfois confondue par des comparatistes avec une autre règle, tout aussi inconnue du droit français : la règle qu'un dommage purement économique ne donne en principe pas lieu à dédommagement (1). Cette règle découle en Angleterre de la jurisprudence telle qu'elle s'est développée historiquement ; le dommage purement financier n'est pas une cause d'action sur la base du **tort de négligence** ; en Allemagne elle découle du texte même du § 823, al. 1, du Code civil.

La meilleure preuve que les deux règles sont indépendantes l'une de l'autre est que le droit néerlandais contient une de ces règles, mais pas l'autre.

---

(\*) Professeur Jacques H. Herbots (K.U. Leuven), professeur associé à la faculté de droit d'Aix-Marseille en mai 1984.

## PREMIERE PARTIE

### LE PREJUDICE PUREMENT FINANCIER EN DROIT

#### ANGLAIS ET ALLEMAND : Un type de dommage non reconnu

1. Si un câble électrique est coupé à cause d'une négligence et qu'à cause de cette coupure une fabrique est privée d'énergie durant un certain temps, ce qui cause une paralysie de la production, cela signifie pour cette fabrique, dans l'hypothèse où personne n'a été blessé et où aucun bien n'a été endommagé, une perte purement financière. Pendant ce laps de temps on aurait pu produire ; ces produits, on aurait pu les vendre à profit. Cette perte purement financière est appelée en Allemand "**reine Vermögensschade**" et en Anglais "**financial loss**" ou "**pure economic loss**". Mazeaud parle de "**préjudice commercial**" (1 bis) et G. Viney de "**préjudice économique**" (2). Il n'y a dans ce cas donc que le portefeuille de la victime qui subit une perte. En droit français, comme dans tous les droits de la famille française, cette perte purement financière n'est pas considérée comme un problème spécifique. Une telle perte peut fonder une action en responsabilité civile comme n'importe quel autre dommage éprouvé.

Songez à l'hypothèse dans laquelle une faute prive d'électricité non pas une seule fabrique, mais des centaines de fabriques. La solution serait-elle la même ? La doctrine américaine distingue ici un problème spécifique : le "**widespread loss**".

Le droit français n'a pas de théorie spéciale pour limiter la responsabilité pour perte purement financière causée par négligence. Les Cours et Tribunaux ont bien sûr des moyens pour endiguer les actions en justice, s'ils le désirent. Si une telle responsabilité semble inéquitable, ils peuvent éventuellement refuser de considérer la conduite du défendeur comme fautive. Dans d'autres cas ils refuseront d'accepter l'existence d'autres exigences pour la responsabilité tel que l'exigence que le dommage

doit être certain, ou que le dommage doit être la conséquence directe de la faute, ou qu'il doit y avoir un lien de cause à effet entre la faute et le dommage.

## SECTION 1 - Le droit allemand

2. Le Code civil allemand de 1900 ne contient pas de principe général tel que celui contenu dans l'article 1382 C.c. Il contient par contre trois règles qui peuvent donner naissance à la responsabilité civile : le § 823 al. 1, le § 823 al. 2 et le § 826 (3).

On est responsable sur base du § 823 al. 1 B.G.B. quand un dommage est causé de façon illégale et injustifiée (4) dans un des intérêts suivants : la vie, le corps, la santé, la liberté, la propriété ou un droit similaire (**ein sonstiges Recht**). Le dédommagement de la perte purement économique est donc exclu.

Pour ne parler que de l'atteinte à la propriété d'une personne, celle-ci a lieu non seulement quand le défendeur endommage ou détruit un bien, mais aussi quand, sans causer de dommage matériel, il le prend ou l'emploie sans l'autorisation du propriétaire. La Cour Suprême (Bundesgerichtshof) a même décidé qu'il y avait atteinte à la propriété dans le cas où le bateau du demandeur avait été bloqué, sans aucun dommage matériel, dans un canal par la négligence du défendeur. En réalité, la Cour se trouvait confrontée avec un dommage purement économique qu'elle a voulu compenser par des dommages-intérêts.

A l'aide de la notion floue de "*droit similaire*", sur laquelle se termine l'alinéa 1 du § 823 B.G.B., la jurisprudence a tenté d'éviter l'interdiction de dédommager la perte purement économique. La notion "*ein sonstiges Recht*" vise en réalité les droits absolus qui sont opposables **erga omnes**, comme par exemple les droits réels, le droit au nom ou les droits intellectuels réglés dans des lois particulières. Mais on n'a pas une atteinte à un "*droit similaire*" quand le patrimoine d'une personne subit une perte financière par une faute d'un tiers.

La perte financière n'est dédommagée sur la base du § 823 al. 1 que si la perte est une conséquence d'un dommage à un des intérêts énumérés. Une personne, qui a été blessé dans un accident et dont la voiture a été détruite, peut ainsi obtenir des dommages-intérêts pour les frais d'hospitalisation, les frais de location d'une voiture de rechange, etc... Mais un acte fautif qui cause à la victime une perte purement économique, qui n'est aucunement la suite d'un dommage subi dans le corps humain ou dans un bien ou d'une atteinte à un droit similaire, ne permet pas d'action sur base du § 823 al. 1 B.G.B. Ainsi, si un entrepreneur creuse la terre, tranche par sa négligence un câble électrique et coupe ainsi l'énergie électrique fournie à une fabrique, sa responsabilité sur base du § 823 al. 1 dépendra essentiellement du type de dommage causé par l'interruption du courant. Si tout se limite à un arrêt des machines, causant une interruption dans la production, la fabrique ne pourra réclamer le gain manqué. Par contre, si la coupure d'électricité a fait refroidir des couveuses dans un élevage de poules, ce qui a causé la perte des oeufs, on se trouve devant une atteinte à la propriété (les oeufs pourris), et l'entrepreneur coupable devra payer non seulement les oeufs, mais également toute perte financière qui en est la conséquence.

Encore deux exemples :

- A blesse par négligence B, un musicien. Manifestement A est responsable de l'accident. Il sera condamné à payer des dommages-intérêts à B. Mais il n'est pas reconnu responsable envers le propriétaire du Music-hall où devait se produire le musicien quelques heures après l'accident, et qui, ayant du supprimer le concert prévu, a, de ce fait, souffert une perte considérable.
- A, par simple négligence, rend impossible l'exécution d'une créance contractuelle que B a contre C, en concluant par exemple un contrat avec C, qui se faisant rompt ses obligations contractuelles envers B. Le Code ne confère aucun droit d'action à B, parce que les créances n'appartiennent pas au "*Rechtsgüter*" protégés par le § 823 al. 1. La situation serait cependant différente si A avait agi **intentionnellement**, ce qui serait contraire aux bonnes moeurs selon le § 826 dont il sera question plus loin.

3. Les mots par lesquels se termine l'alinéa 1 du § 823 B.G.B. et qui protègent les "*droits similaires*" contre toute atteinte illégale et injustifiée sont assez vagues pour séduire les tribunaux à un exercice d'interprétation chaque fois qu'il n'y avait pas d'autres possibilités pour obtenir une décision équitable. Une expansion eut lieu en deux domaines. Depuis 1954 tout d'abord, la jurisprudence accepte de considérer comme "*droit similaire*" au sens du § 823 al. 1 le droit à la personnalité. On se base actuellement sur ce texte pour fonder une action lors d'une atteinte à l'honneur ou à la réputation, ou lors d'une violation de la vie privée.

Le second élargissement que la notion "*droit similaire*" a connu date encore des jours du **Reichsgericht** qui décida en 1901 qu'en principe le droit "*à une entreprise établie et opérationnelle*" (**Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb**) doit être considéré comme "*droit similaire*" au sens du § 823 al. 1 B.G.B. Ce que cela veut dire exactement a été longtemps l'objet de discussions, mais aujourd'hui le **Bundesgerichtshof** estime que la conduite du défendeur doit présenter une certaine connexité avec l'entreprise, qu'en d'autres mots elle doit être dirigée d'une certaine façon contre l'entreprise elle-même, et non contre des droits et des intérêts qui peuvent être séparés de l'entreprise comme unité fonctionnelle. Même pour les juristes allemands cette formulation est obscure. Voyons cependant quelques cas dans lesquels elle est employée. Dans une première catégorie de cas le défendeur était à l'origine de l'arrêt des activités productrices du demandeur, et se fondant sur un brevet, une licence ou un droit exclusif de ce genre. Si, peu après, cette action était déclarée non fondée, parce que par exemple la recherche du plaignant avait été trop peu poussée, ce dernier, même s'il avait été de bonne foi, peut être condamné à des dommages-intérêts comme responsable des pertes financières souffertes. Dans une autre catégorie de cas le demandeur cherche protection contre des critiques qui gênent son entreprise. C'est vrai que souvent dans ce cas la responsabilité pourra être fondée sur le § 826, que nous devons encore mentionner, ou sur le § 1 de la loi sur la concurrence déloyale, mais quand pour une raison ou une autre ceci n'est pas possible, le tribunal peut octroyer des dommages-intérêts sur la base du § 823, al. 1 qui protège entre autres contre les atteintes au droit du demandeur "*à une entreprise établie et opérationnelle*".

Il en est de même dans les cas dans lesquels le défendeur avait incité au boycott de l'entreprise du demandeur, ou avait publié d'une façon non acceptable et non justifiée par un droit quelconque ou un intérêt urgent des faits exacts sur l'entreprise du demandeur, lui causant ainsi un dommage.

Les cas mentionnés sont bien sûr intéressants, mais ne peuvent cacher qu'en pratique l'alinéa 1 du § 823 B.G.B. est avant tout appliqué quand le demandeur est victime d'un accident et cherche une compensation pour le dommage qu'il a souffert du fait de blessures ou de dommages à ses biens. Dans ces cas il n'y a pas de doute qu'il a été porté atteinte à son intégrité physique, à sa santé ou à sa propriété.

4. Dans l'arrêt **Konstanz Urteil** de 1951 (un cas de diffamation) la Cour tenta de donner une très large interprétation à la notion de "*droit similaire*" qui permettait de dédommager toute perte purement économique. Mais en 1958 déjà on assista à un revirement de jurisprudence. Les faits de la cause ressemblaient très fort à ceux de l'arrêt anglais **Spartan Steel** dont il sera traité plus loin, avec la différence suivante que, dans le cas allemand, le câble électrique tranché avait été installé exclusivement pour le bénéfice de la fabrique du demandeur. L'action en dommages-intérêts pour bénéfices manqués fut néanmoins rejetée, au motif que le droit à une entreprise établie et opérationnelle n'est protégé que contre une violation directe. Il n'est pas donné de définition de ce caractère direct (5).

#### § 823, al. 2 B.G.B.

5. La responsabilité sur la base de l'alinéa 2 du § 823 B.G.B. naît lors d'une violation injustifiée d'une loi qui a pour but de protéger une catégorie déterminée de personnes (**Schutzgesetz**). De telles lois protectrices sont toutes les règles de droit privé ou public, plus spécialement les règles de droit pénal, dont le but essentiel consiste à protéger un individu ou un groupe d'individus plutôt que le public en général. Le dommage souffert ne peut

être dédommagé que s'il s'agit précisément du type de dommage contre lequel la loi voulait protéger. Si une telle **Schutzgesetz** veut seulement prévenir des blessures et des dommages aux biens, on ne peut obtenir de dommages-intérêts sur base de l'alinéa 2 du § 823 B.G.B. pour une perte purement économique. Cela est par contre parfaitement possible si la perte purement économique se trouvait dans le collimateur du législateur. Ainsi, si le directeur d'une société à responsabilité limitée néglige d'entamer la procédure en déclaration de faillite quand la société devient insolvable, il viole le § 64 de la loi sur les sociétés. Il sera personnellement responsable envers les créanciers de la société qui ont subi par ce fait des pertes financières, sur base du § 823 al. 2 B.G.B. et du § 64 de la loi sur les sociétés. Le but du § 64 est justement de protéger cette catégorie de personnes contre ce genre de dommage.

6. On a déjà mentionné plus haut qu'il y avait eu plusieurs tentatives restées finalement sans succès pour octroyer des dommages-intérêts pour perte purement économique en se basant sur une violation du droit "*à une entreprise établie et opérationnelle*".

Ceci amena la pratique à chercher une autre voie, notamment la possibilité qu'offrait le § 823 al. 2 B.G.B. Ainsi, en 1968, la Cour Suprême fédérale accorda dans une affaire de rupture d'un câble électrique des dommages-intérêts sur la base de la violation d'un texte ayant pour but la protection du public en général, mais également des individus privés. Il s'agissait d'une mesure d'exécution d'une loi. L'innovation n'a cependant pas duré longtemps. En 1976 déjà le **Bundesgerichtshof** rejeta le raisonnement adopté. La motivation est d'ordre technique et concerne la formulation du texte de la mesure d'exécution. Quoiqu'il en soit, comme le remarquent Lawson et Markesinis, en Allemagne, la bataille pour le dédommagement de la perte purement financière doit encore avoir lieu (6).

**§ 826 B.G.B.**

7. On trouve la troisième possibilité pour intenter une action en responsabilité civile dans le § 826 B.G.B. On est responsable sur la base de ce paragraphe, lorsqu'on occasionne intentionnellement un dommage à autrui d'une façon contraire aux bonnes moeurs. La jurisprudence a employé ce texte dans des cas très variés pour imposer une responsabilité, quand une personne cause un dommage à une autre par une conduite tellement inadéquate qu'elle choquerait l'homme moyen dans le secteur considéré de la société. Le demandeur ne doit pas démontrer l'intention du défendeur d'occasionner le dommage ; il est suffisant qu'il était conscient de la possibilité d'un tel dommage. Un exemple : si en connaissance de cause on convainc un vendeur de faire remettre un objet déjà vendu à autrui ; ou si une personne fait des transactions pour son bénéfice personnel derrière le dos de son partenaire, alors qu'elles devraient profiter à la société.

Si la conduite du défendeur est contraire aux bonnes moeurs et qu'il avait l'intention de faire souffrir un dommage au demandeur, ou devait savoir que tel dommage pouvait s'ensuivre, il sera responsable sur la base du § 826 B.G.B., même s'il s'agit d'un dommage purement économique. Ainsi, si un comptable se fiche éperdument d'établir un rapport inexact concernant la situation financière d'une société, il sera responsable sur la base du § 826 B.G.B. s'il savait que le rapport était destiné à des tiers, et que ceux-ci ont souffert de ce fait une perte financière.

Résumons-nous. Une perte purement économique sera toujours dédommée sur base du § 826 B.G.B., et jamais sur base du § 823, al. 1. Sur base du § 823, al. 2 elle sera dédommée à condition que, selon l'interprétation du juge, la prévention de ce type de dommage ait été voulue par le législateur.

## SECTION 2 - Le droit anglais

8. Le droit anglais de la responsabilité civile s'est développé à partir du 12<sup>ème</sup> siècle de telle façon que des intérêts bien spécifiques étaient protégés par des actions adéquates, en ce sens qu'à l'occasion d'une atteinte à un intérêt typique, par exemple l'intégrité physique ou l'honneur, une action typique "*in tort*" était à la disposition du demandeur, et pas d'autres. Il devait choisir avec précision l'action qu'il allait intenter. Et ceci jusqu'à la grande réforme judiciaire de 1875.

Ce n'est qu'au courant du 19<sup>ème</sup> siècle que le *tort* appelé "*négligence*" s'est développé, pour protéger les personnes contre les atteintes causées par négligence ou imprudence à un bien ou à l'intégrité physique. Mais jamais la perte économique, la perte de revenus, ce qu'on appelle en anglais "*a pure economic loss*", n'était dédommagée, à moins qu'il ne s'agisse d'une "*consequential loss*", c'est-à-dire une perte financière comme conséquence d'une atteinte à la personne ou à un bien corporel. Les dernières années il y eût des changements dans la jurisprudence, et le moment est venu d'indiquer les arrêts les plus importants à ce sujet. La notion d'"*economic loss*" est une notion assez vague : différents cas sont traités dans la jurisprudence comme s'ils appartenaient à la même catégorie, et l'on a peut-être prêté trop d'attention au type même du dommage.

**Situation 1 :** Par sa négligence le défendeur ne réussit pas à fournir le résultat promis sur la base d'un contrat avec un tiers, et qui était destiné par les parties contractantes au profit du demandeur.

9. Cette situation est illustrée par l'arrêt récent de la **House of Lords, Junior Books Ltd. v. Veitchi Co Ltd.** (7). Les entrepreneurs généraux construisirent une fabrique pour les propriétaires fonciers. Les propriétaires indiquèrent les noms des sous-entrepreneurs spécialisés qui devaient être employés par les entrepreneurs généraux pour s'occuper du sol. Les propriétaires prétendaient que par défaut de mesures élémentaires de précaution des sous-entrepreneurs, le sol présentait des fissures et devait être remplacé. On n'invoquait pas un danger possible, dû au sol défectueux,

pour la santé ou la sécurité ni pour les biens des propriétaires. Les propriétaires intentèrent leur action sur la base de "négligence" pour les frais de remplacement et la perte financière qui en découlait pendant la durée des travaux de réfection (manque de bénéfices et dépenses gaspillées). Remarquons entre parenthèses que le droit anglais ne connaît pas la règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle. La majorité de la **House of Lords** estima qu'il y avait de nombreux éléments pour étayer le "**requisite degree of proximity**" (p. 546) pour la "**duty of care in negligence**". Ils soulignèrent surtout le fait que les sous-entrepreneurs "**were as nominated sub-contractors in almost as close a commercial relationship with the owners as it is possible to envisage short of privity of contract**" (per Lord Roskill, p. 542 ; voyez aussi p. 546 c ; 551 A). Les sous-entrepreneurs auraient du savoir comme sous-entrepreneurs nommés que les propriétaires se fiaient à leur savoir-faire et à leur expérience et que, s'ils bâclaient leur travail, les défauts occasionneraient à un certain moment une réfection qui coûterait de l'argent aux propriétaires, qui de ce fait souffriraient une perte financière (p. 546). Normalement les propriétaires auraient intenté une action contre les entrepreneurs généraux pour mauvaise exécution du contrat ; ces derniers auraient à leur tour intenté une action contre les sous-entrepreneurs. Pour des raisons non mentionnées (on croit comprendre qu'il s'agit de l'insolvabilité des entrepreneurs généraux) l'action quasi-délictuelle est intentée contre les sous-entrepreneurs (p. 532 A et 538 F). Les propriétaires gagnèrent leur procès.

10. On ne peut en déduire un principe pour l'ensemble du droit de la responsabilité civile en extrapolant vers les situations où des étrangers parfaits seraient parties à un procès. Considérer le cas **Junior Books** comme un simple cas de responsabilité civile prêterait à confusion. Il s'agissait ici d'une entreprise librement convenue pour l'installation d'un sol dans le cadre de relations tripartites. Il y avait une relation commerciale étroite entre les deux parties ; non seulement le sous-entrepreneur espérait être payé par l'entrepreneur général avec l'argent que lui serait sur base du contrat principal, mais les propriétaires avaient en fait choisi les sous-entrepreneurs et les avaient nommés expressément dans le contrat principal.

Malgré l'emploi d'une terminologie du droit de la responsabilité civile les tribunaux ne peuvent quand même pas perdre de vue la base consensuelle des obligations des sous-entrepreneurs.

En Allemagne, l'action du maître de l'ouvrage contre les sous-entrepreneurs sur la base de la faute quasi-délictuelle de ce dernier serait rejetée. Le demandeur ne souffre en effet qu'un dommage purement financier. Ceci aurait été également la solution anglaise avant **Junior Books v. Veitchi**.

En France, il n'y a pas de raison pour que l'action du maître de l'ouvrage contre le sous-entrepreneur sur la base de la responsabilité quasi-délictuelle de ce dernier ne puisse réussir. Remarquons entre parenthèses qu'en Belgique cette action ne pourrait aboutir qu'exceptionnellement, notamment si la faute du sous-entrepreneur n'est pas purement contractuelle et si le dommage subi n'est également pas purement contractuel ; ceci est la conséquence de la conception particulière de la Cour de Cassation belge depuis 1973 en matière de cumul de responsabilité, qui est étendue aux relations avec le sous-entrepreneur d'un contractant.

**Situation 2 :** Le défendeur a donné par négligence des informations incorrectes, sur lesquelles le demandeur avait l'intention de se fonder pour conclure certaines transactions financières, et ceci à la connaissance du défendeur ; le demandeur subit une perte financière en s'y fiant.

11. Dans le leading-case **Hedley Byrne and Co v. Heller and Partners Ltd.** (8), on se trouve comme dans le cas précédent clairement en présence d'une entreprise librement conclue, et le tort consistait à violer cette obligation. Hedley Byrne, une firme de publicité ne sachant pas très bien si elle pouvait se fier à la solvabilité de son client Easypower avec lequel elle était en pourparlers désirait, avant de faire crédit à ce client, obtenir des renseignements d'une banque concernant sa solvabilité. A cette fin elle demanda à sa propre banque, National Provincial, de téléphoner à Heller et associés, qui étaient les banquiers de Easypower. Comme il est d'usage, Heller

fit droit à cette demande, mais donna une information totalement incorrecte qui faisait conclure à la solvabilité de Easypower, alors que le contraire était vrai. En conséquence, Hedley Byrne ne supprima point les commandes de publicité qu'elle avait placées pour le compte de Easypower et pour lesquelles elle était tenue personnellement, ce qui lui causa une perte financière.

La **House of Lords** décida qu'une information incorrecte par négligence, quoique donnée de bonne foi, pouvait fonder une action en responsabilité quasi-délictuelle en cas de perte financière, quand le demandeur se trouvait par rapport au défendeur dans une relation particulière qui lui permettait d'agir raisonnablement en se fiant à l'information reçue et en courant de ce fait sciemment un risque financier.

La Cour accepta qu'une telle relation particulière existait entre Heller et Hedley Byrne, à moins que Heller se soit exonérer de cette responsabilité. Cette relation était qualifiée par Lord Devlin d'"*équivalente à un contrat*". C'était une relation commerciale, puisque Heller n'exerçait pas le métier de banquier comme philanthrope et était payé par son client. Easypower s'attendait à cela et avait sans doute donné le nom de sa banque à Hedley Byrne. Il s'agit comme dans le cas précédent d'une entreprise librement convenue.

**12.** La règle de Hedley Byrne ne peut être appliquée à des situations dans lesquelles n'existe pas cette confiance consciente et volontaire.

Cette situation se rencontre également dans les cas où une tierce personne souffre une perte financière comme conséquence du fait que la personne qui a reçu l'information ou l'avis erroné le suivit. La meilleure illustration est le cas du bénéficiaire désillusionné. Un testateur paye son **solicitor** pour rédiger son testament de telle façon que sa volonté sera exécutée sans aucune difficulté après sa mort. Ce contrat sera mal exécuté si ce résultat n'est pas obtenu du fait que la compétence normale d'un **solicitor** moyen n'a pas été employée. Si par un vice du testament le bénéficiaire ne reçoit pas le legs envisagé par le testateur, il pourra tenter une action quasi-délictuelle contre le **solicitor** pour non-accomplissement du contrat avec son client (9).

Dans notre droit cela ne ferait aucune difficulté. La violation d'une obligation contractuelle peut être en même temps une faute contractuelle vis-à-vis du cocontractant et une faute quasi-délictuelle vis-à-vis d'un tiers.

13. Quelle serait la solution française et allemande en ce qui concerne le cas Hedley Byrne lui-même ? Supposons donc que A demande une information à B concernant C ; celui-ci ne le sait pas lui-même et s'informe près de D. D donne l'information demandée à B, mais de façon étourdie ; il prétend que C est solvable, ce qui n'est pas vrai. Est-ce que A peut obtenir des dommages-intérêts de D ?

Dans notre droit on pourrait peut-être découvrir une relation contractuelle entre les parties. Ceci n'est pas possible en droit anglais, parce qu'il ne peut y avoir de contrat sans "**considération**" et parce que le droit ne connaît pas de l'autre côté du Canal l'institution de la stipulation pour autrui.

Dans le droit allemand, le cas de la perte financière causée par une information erronée n'est pas réglé dans le droit de la responsabilité civile, mais dans le droit des contrats. Ce glissement du problème vers le droit des contrats dans lequel la perte purement financière est toujours dédommagée, est d'ailleurs une technique employée par la jurisprudence quand le dédommagement d'une perte purement financière (**reine Vermögensschade**) semble souhaitable. Ceci n'est pas possible en **Common law**, comme nous l'avons dit, à cause de l'exigence de la "**consideration**".

**Situation 3 :** Un dommage raisonnablement prévisible, causé par négligence à la personne du demandeur ou à un de ses biens corporels, a comme conséquence une perte financière raisonnablement prévisible, comme suite donc du premier dommage ("**consequential upon the physical damage**").

14. Nous ne traitons pas ici la question de la perte purement économique qui est la suite de blessures ou d'un décès. La perte de la possibilité de revenus futurs est traitée comme suite tellement immédiate ("**consequential**") de l'atteinte à l'intégrité physique qu'elle donne lieu à dédommagement (10).

Si le demandeur a un droit réel sur une chose qui est endommagée de façon prévisible, il obtiendra des dommages-intérêts pour toute perte économique raisonnablement prévisible qui trouve son origine dans cette atteinte (11). Les tribunaux acceptent que l'atteinte physique à un meuble qui rapporte des bénéfices, ou à un immeuble qui rapporte des loyers, peut causer un dommage consistant en la perte des bénéfices ou des loyers, et des dommages-intérêts sont octroyés pour couvrir cette perte comme "**consequential upon the physical damage**".

La meilleure illustration de ce principe est donnée par l'arrêt **Spartan Steel**. Les ouvriers du défendeur creusant une tranchée avec une excavatrice endommagèrent par une négligence un câble transportant de l'électricité vers l'usine des demandeurs. Le résultat en était une coupure d'électricité de quatorze heures. Le travail était continu dans l'usine, de telle sorte que cela signifiait une sérieuse perte pour la production. Du métal fondu se trouvant dans les fourneaux à ce moment fut gâché ; la perte de bénéfices qui s'ensuivit, peut être considérée comme une première perte. Une autre perte de bénéfices était la conséquence de quatre fentes qui auraient normalement dû avoir lieu pendant la période de la coupure de l'électricité ; ceci est un deuxième dommage économique. La Cour d'appel accorda avec une majorité de voix des dommages-intérêts pour le métal endommagé et pour la perte de bénéfices sur ce métal, mais elle rejeta la demande de dommages-intérêts pour la deuxième perte de bénéfices. La solution aurait été la même en droit allemand, comme nous l'avons vu. Elle aurait été différente en France, en Belgique et aux Pays-Bas (12).

**Situation 4 :** Une perte financière raisonnablement prévisible est soufferte par le demandeur comme conséquence de la négligence du défendeur causant un dommage "**physique**" à un tiers ou à un de ses biens. En somme, le dommage "**par ricochet**" (12 bis).

15. Dans un tel cas on ne peut obtenir de dommages et intérêts. La raison qu'en donnent les tribunaux est l'absence d'atteinte "*physique*" à une chose appartenant au demandeur. Le **leading authority** est, à côté de l'arrêt **Spartan Steel** qui vient d'être mentionné, celui dans l'affaire **Cattle v. Stockton Waterworks Co** 513). Un contrat avait été conclu entre un entrepreneur de constructions et un propriétaire foncier pour creuser un tunnel sous une route pour un prix déterminé. Par la négligence du défendeur, de l'eau avait coulé dans le tunnel, ce qui rendait l'exécution du contrat beaucoup plus onéreuse. Le tribunal refusa à l'entrepreneur d'obtenir du défendeur une réparation pour sa perte de bénéfices (dépenses plus lourds que prévues).

Un beau cas récent est **Weller and Co contre Foot and Mouth Disease Research Institute** (14). Une maladie contagieuse se répandit à cause de microbes échappés de l'Institut de Recherches du défendeur. Le bétail de la région fut infecté et le Ministre de l'Agriculture ordonna légalement la fermeture des marchés de bétail, ce qui causa une perte sèche aux demandeurs qui gagnaient leur vie en organisant les marchés.

Comme les demandeurs ne possédaient pas eux-mêmes de bétail ou d'autres biens ayant été atteints par les microbes échappés, il fut décidé qu'il n'existait pas de "*duty of care*" envers eux. Le défendeur était sans doute responsable envers les paysans. Mais sa négligence avait changé la situation de marché ce qui causa du tort aux demandeurs. Ils ne purent néanmoins pas obtenir de dédommagement. Quelle serait la décision de nos tribunaux ? On se reportera à ce qui a été dit plus haut dans l'introduction. Peut-être sera-t-il jugé que le dommage est indirect. C'est une question de fait.

## DEUXIEME PARTIE

LA RELATIVITE DE LA RESPONSABILITE EN DROIT  
ANGLAIS, ALLEMAND ET NEERLANDAISSECTION 1 - LE "DUTY OF CARE" EN COMMON  
LAW (15)

16. L'origine du tort de "*breach of a statutory duty*" (violation d'un devoir imposé par le droit écrit) est fort ancienne. On peut remonter au second statut de Westminster de 1285. L'action sanctionne la violation d'une obligation imposée par la **statute law**, c'est-à-dire par la loi écrite, la loi du Parlement. Fort peu importante à son origine en raison du rôle restreint du Parlement et de la méfiance des Anglais à l'égard de la loi écrite, elle s'est fort développée avec la multiplication des textes légaux.

En Amérique cette action s'intègre dans l'action de "*négligence*" dont elle ne constitue qu'une variante, en ce que les obligations y sont fixées par la loi écrite au lieu d'être déterminées par le juge ou le jury. En Angleterre par contre, il s'agit d'une action distincte de celle de "*négligence*", et d'une action de responsabilité stricte (**strict liability**), c'est-à-dire que la responsabilité y est présumée.

Les éléments constitutifs du tort de "*breach of a statutory duty*" sont les suivants :

- 1) une loi écrite dont la jurisprudence accepte que -selon la volonté du législateur- la violation permet au demandeur de revendiquer la réparation du préjudice qu'il a subi ;
- 2) un "*duty of care*", élément qui va être décrit plus loin ;
- 3) une violation de l'obligation légale ;
- 4) un dommage ;
- 5) un rapport de causalité (**remoteness of damage**).

17. La notion de **duty of care** dans l'action de "**breach of a statutory duty**" s'apparente très fort à la théorie de la **Schutznorm** en droit allemand. En effet, en vertu du § 823, 2ème alinéa, du B.G.B., une responsabilité incombe à celui qui commet une infraction à une loi visant la protection d'autrui. Seul a droit à réparation celui que la disposition tendait à protéger.

Sous son aspect de "*relativité personnelle*", le **duty of care** exige que la victime établisse qu'elle fait partie des personnes que le législateur a entendu protéger en imposant l'obligation légale qui a été violée par le défendeur. Un bon exemple nous est donné par l'arrêt **Knapp v. Railway Executive** (16). Le conducteur d'un train accidenté intente une action contre son employeur, la Compagnie de Chemins de fer, sans pouvoir prouver sa négligence. Il se base sur une ancienne loi de 1844 qui impose aux Compagnies de Chemins de fer de munir les barrières des passages à niveau d'un système de sécurité. Ce système faisait en effet défaut. L'accident était arrivé parce qu'une voiture à l'arrêt devant la barrière, avait pour une raison inconnue avancé et poussé la barrière. Le demandeur fut débouté parce que la Cour estima que le législateur n'avait pas eu l'intention de protéger les conducteurs de train, mais plutôt les usagers de la route.

Le **duty of care** sous son aspect "*relativité matérielle*" exige que la victime établisse que le préjudice qui lui a été causé est précisément celui que le législateur a entendu faire éviter en imposant l'obligation qui a été violée par le défendeur. L'exemple indiqué est ici l'arrêt **Gorris v. Scott** (17). Le demandeur a expédié des moutons par delà les mers. Lors d'une tempête, les pauvres bêtes ont toutes été balayées du pont et sont tombées à la mer. L'armateur est assigné sur base d'une loi, la **Contagious diseases (animals) Act**, qui impose de compartimenter le pont du navire. Le demandeur est débouté, parce que le dommage que le législateur a voulu éviter est la propagation des maladies contagieuses, et non pas le fait de valser par dessus bord lors d'une tempête.

18. Résumons-nous. En parlant de responsabilité relative, il se présente donc deux questions. La première question est : en cas de violation d'une règle de conduite, des dommages et intérêts sont-ils dus à toute victime, ou **seulement à celles que la règle avait pour but de protéger** (une catégorie limitée de demandeurs) ? La seconde : la victime peut-elle demander des dommages et intérêts pour n'importe quel dommage ou **seulement pour le dommage que la règle avait pour but de prévenir** (dommage limité à certaines sortes) ?

19. Ultérieurement la théorie du **duty of care** fut étendue aux cas de violation du devoir de prudence, c'est-à-dire au **tort de négligence**, qui a pris naissance et s'est développé au 19<sup>ème</sup> siècle pour devenir le **tort** statistiquement le plus important de nos jours. Au 19<sup>ème</sup> siècle l'idée d'une responsabilité fondée sur la notion de faute se développe considérablement à partir des cas de responsabilité professionnelle. Il est certain que la machinisme et la multiplication des transports mécaniques avec les accidents qu'ils entraînent ne sont nullement étrangers à cette évolution.

Quatre éléments doivent être réunis :

- 1° Il faut que le défendeur ait été obligé par un **duty of care** à l'égard du demandeur ;
- 2° que la conduite du défendeur ait été imprudente ;
- 3° que le demandeur ait subi un préjudice ;
- 4° qu'il existe un rapport de cause à effet entre la faute et le dommage.

20. La nécessité d'un **duty of care** préalable à toute responsabilité est actuellement unanimement reconnue tant en Angleterre qu'en Amérique. La notion apparut pour la première fois comme exigence pour le **tort de négligence** en 1883 dans l'arrêt célèbre qui fut rendu en cause **Heaven v. Pender** (18).

Les faits étaient les suivants : un entrepreneur, qui avait été chargé de repeindre un bateau, avait pris

en location la cale sèche du défendeur. Le contrat de location prévoyait que ce dernier devait fournir tout le matériel nécessaire à l'entreprise et notamment les passerelles. Au cours des travaux, un câble qui soutenait une des passerelles se rompit provoquant la chute d'un peintre. Celui-ci réclama au défendeur **in tort** une importante indemnité. Dans l'arrêt qui fut rendu et qui condamna le propriétaire de la passerelle, le juge Esher précisa que : *"Le manque d'attention correspondant à l'absence de prudence normale n'est pas une bonne cause d'action même s'il en résulte un dommage, à moins que la personne coupable n'ait été tenue vis-à-vis du demandeur d'agir avec prudence en raison des éléments de la cause"*.

Dans un autre arrêt célèbre, **Le Lièvre v. Gould** (1893) (19), le même juge synthétisa la notion de **duty of care** de la manière suivante : *"Un homme est en droit d'être aussi négligent qu'il le désire à l'égard du monde entier s'il ne lui doit pas de **duty**"*.

Un arrêt très connu et très important, car il est à la base du droit de la responsabilité du fait des produits, est **Donoghue v. Stevenson** (1932) (20). La demanderesse alla dans un café avec une amie, qui lui commanda une bouteille de **Ginger-beer**. Quant l'amie lui remplit une seconde fois le verre, les restes décomposés d'un escargot glissa de la bouteille. La demanderesse, choquée à cette vue et songeant qu'elle avait déjà bu tout un verre de cette boisson immonde, eut une gastrite et attaqua le fabricant de cette bière. En première instance elle obtient gain de cause. La **House of Lords** confirma cette décision, trois voix contre deux. Lord Atkin précisa : *"Il doit y avoir et il y a un principe général concernant les relations qui donnent naissance à un **duty of care**, principe dont les cas particuliers cités dans les livres ne sont que des exemples... La règle qu'il faut aimer son prochain devient en droit : qu'il ne faut pas lui causer de dommage, et la question du juriste : qui est mon prochain ? reçoit une réponse restrictive. Vous devez agir avec une prudence raisonnable pour éviter les actes ou omissions qui vraisemblablement causeraient un préjudice à votre prochain. Qui dès lors est mon prochain en droit ? La personne qui est si directement affectée par mon acte qu'en y réfléchissant je devais raisonnablement prévoir qu'elle en subirait les effets"*.

21. Voyons encore quelque cas, pour nous familiariser avec cette notion de **duty of care** qui a essentiellement pour but de limiter la responsabilité civile. Le contenu de la notion du **duty of care** n'a pas été déterminé avec clarté, en sorte qu'une certaine confusion règne à cet égard. La doctrine et la jurisprudence admettent unanimement que la responsabilité présente un aspect de relativité personnelle, dans ce sens que l'obligation d'agir avec prudence dans des circonstances données ne peut se concevoir qu'à l'égard d'un groupe déterminé d'individus. Seuls ceux qui en font partie peuvent se prévaloir de son inobservance pour intenter une action contre son auteur. Elle se rattache en droit français à deux éléments de la responsabilité civile : la faute et la causalité.

Un cas américain est **Palsgraf v. Long Islands Railroad Co** (1928) (21). Deux employés d'une Compagnie de Chemins de fer aidèrent un voyageur à monter dans un train en marche, lorsque, suite à la maladresse de l'un d'entre eux, le paquet que portait ce voyageur tomba et, comme il contenait des artifices, explosa. Ni les employés, ni le voyageur ne furent blessés, mais à quelque distance de là, une balance se renversa et blessa le demandeur. Le jury estima que les employés avaient commis une faute, mais le Juge Cardozo écarta toute responsabilité en disant qu'ils n'avaient aucun **duty of care** à l'égard du demandeur, car ils ne pouvaient pas prévoir que leur négligence lui causerait un préjudice.

L'affaire **King v. Phillips** (1953) illustre bien l'analogie avec le rapport de causalité (22). A la suite d'une imprudence, un chauffeur de taxi heurta le tricycle d'un enfant. Indemne, ce dernier se mit à courir vers son domicile situé à 80 yards de là. En entendant le bruit de l'accident, la mère de l'enfant se précipita à la fenêtre, vit le tricycle sous le taxi, mais n'aperçut pas son enfant qui était déjà sur le point de la rejoindre. Elle crut qu'il était également sous le taxi et l'émotion la rendit malade. Son action en dommages et intérêts fut repoussée.

Dans l'affaire **Bourhill v. Young** (1943), un motocycliste qui roulait à une vitesse excessive entra en collision avec une voiture qui débouchait d'un carrefour et fut tué sur le coup (23). A une vingtaine de mètres de l'accident, une femme de pêcheur, enceinte de huit mois,

descendait d'un tram à l'arrêt. Elle en avait seulement entendu le bruit et aperçu les conséquences. Elle en éprouva cependant un choc nerveux et accoucha de ce fait un mois plus tard d'un enfant mort-né. L'action en responsabilité contre la succession du motocycliste fut rejetée.

Dans l'affaire **Roe v. Minister of Health** (1954), une infirmière avait en manipulant sans précaution des ampoules contenant une solution de Nupercaine, provoqué d'invisibles craquelures dans le verre de ces ampoules (24). Celles-ci furent ultérieurement, pour leur conservation, plongées dans une solution de phénol. Ce produit pénétra par les craquelures dans la solution de Nupercaine. Injecté à des malades, ce mélange provoqua leur paralysie. Jugé que l'infirmière n'était pas tenue d'un tel devoir de prudence à l'égard des malades.

Un enfant de deux ans jouait sur les voies du train à proximité d'une station dont le père était le chef de gare. Ce dernier vit arriver une motrice qui roulait à une allure excessive. Il tenta tout d'abord d'avertir le mécanicien et devant l'inutilité de ses efforts se sacrifia en sauvant son enfant. Sa veuve assigna la compagnie en responsabilité tant pour la mort de son mari que pour les blessures occasionnées à son fils. Jugé que le mécanicien n'avait pas à l'égard de l'enfant -personne non autorisée à se trouver sur les voies- l'obligation de rouler à une vitesse modérée, mais bien à l'égard du chef de gare qui dans l'exercice de ses fonctions pouvait se trouver sur les voies (**Videan and Another v. British Transport Commission**, 1963) (25).

22. Une affaire récente, **Dorset Yacht v. The Home Office** (1970) (26) démontre peut-être que la notion de **duty of care** peut servir d'instrument de la politique du pouvoir judiciaire. Les surveillants, ou appelons les moniteurs, d'une institution de redressement de jeunesse délinquante ("**borstal**"), qui se trouvait sur une île, laissèrent les enfants sans surveillance un soir. Ceux-ci prirent la poudre d'escampette, essayèrent de voler un petit bateau dans le port et endommagèrent ce faisant le bateau de demandeur, qui intenta de ce chef une action contre le Ministre de l'Intérieur, l'employeur des surveillants.

La Cour estime cependant que les surveillants n'avaient pas de **duty of care** envers lui. En toute logique on pourrait estimer que la Cour aurait tout aussi bien pu décider le contraire. Ce qui en fin de compte a fait fléchir la balance, n'est-ce pas la considération des conséquences qu'un arrêt incriminant les surveillants aurait eu ? Par crainte d'un dommage possible, la liberté des jeunes dans de telles institutions aurait tellement été limitée que ceci aurait mis en péril le but même de la rééducation (27).

Quoiqu'il en soit, pour savoir s'il existe un **duty of care**, le praticien consultera les précédents dans lesquels une telle obligation a été acceptée dans une situation donnée. Cette liste n'est cependant pas close. La jurisprudence peut accepter de nouvelles situations de responsabilité relative quand cela lui semble souhaitable.

## SECTION 2 - LE DROIT ALLEMAND

23. Le Code civil allemand contient trois principes qui peuvent fonder la responsabilité civile d'un défendeur. Un de ces principes, le § 823, al. 2 du B.G.B., concerne "la loi protectrice" (**Schutzgesetz**). Il s'agit comme nous l'avons vu de toutes les règles de droit privé et public, plus spécialement de droit pénal, qui ont essentiellement pour but de protéger un individu ou un groupe d'individus plutôt que le public en général.

Deux exemples :

- Selon un vieille loi, le **Reichshaftpflichtgesetz**, il pèse en cas d'accident une présomption de responsabilité sur les compagnies de chemins de fer. Par contre, le § 315 du Code pénal réprime le fait de mettre en danger le trafic ferroviaire par sa négligence.

Il a été jugé qu'une compagnie de chemins de fer ayant dédommagé la victime d'un accident, ne pouvait pas après se retourner contre la personne responsable de l'accident sur la base du § 823, al. 2 et du § 315 du Code pénal. Le but de ce texte n'est pas de sauvegarder les ressources financières des Compagnies de Chemins de fer. Il ne s'agit pas pour ces dernières d'une "**Schutzgesetz**", d'une loi protectrice.

- Par contre, les créanciers d'une société à responsabilité limitée qui souffrent une perte financière du fait de la faillite de cette dernière, peuvent obtenir des dommages et intérêts du Directeur de la société qui a trop tardé à commencer la procédure de déclaration de faillite, -ce qui est un délit selon le § 64 de la loi sur les sociétés. Ce texte est considéré être pour eux une "*Schutzgesetz*".

24. Cet aspect relatif de la responsabilité (**die Normzwecktheorie**) (28), tout de moins sous son aspect de relativité personnelle, n'existe pas pour l'application du premier alinéa du § 823 du B.G.B., ni bien sûr du § 826 du B.G.B., -les deux autres principes pouvant fonder la responsabilité civile. Pour l'application du premier alinéa du § 823 du B.G.B., la jurisprudence a pourtant accepté la relativité de la responsabilité sous son aspect matériel, en suivant ainsi la théorie téléologique proposée en 1936 par le professeur Rabel. Si une personne cause un dommage en violant une règle de conduite, elle doit payer des dommages et intérêts uniquement pour les conséquences que la règle de conduite voulait précisément faire éviter. Ainsi la responsable d'un accident de la route doit dédommager la victime de ses frais médicaux, mais pas des frais d'avocat occasionnés par la procédure pénale, nécessaire pour déterminer le coupable de l'accident. C'est un risque que tout citoyen court que de devoir se défendre en justice pénale.

### SECTION 3 - LE PROJET DE NOUVEAU CODE CIVIL NEERLANDAIS (29)

25. Les Pays-Bas furent annexés à la France en 1811 et le Code Napoléon y fut introduit, tout comme en Belgique. En 1838 le Code civil actuel fut promulgué et ne différait pratiquement pas beaucoup du Code Napoléon excepté en matière de contrats de mariage. En 1947, furent commencés les travaux préparatoires d'un nouveau Code civil. En 1961, le projet du Livre VI sur le droit des obligations parut. Il paraît intéressant de citer deux articles en matière de responsabilité civile, laissant apparaître la codification de la jurisprudence concernant la responsabilité relative. Il est à remarquer

que dans un pays qui en matière de responsabilité a les mêmes textes qu'en France, la jurisprudence a introduit sous l'influence du droit allemand cette idée de responsabilité relative. Ce greffe jurisprudentiel a abouti aux nouveaux textes suivants :

### Article 6.3.1.

- 1) Une personne qui commet envers une autre personne un acte contraire au droit qui lui est imputable est obligé de réparer le dommage que cet autre a souffert par voie de conséquence.
- 2) Par acte contraire au droit est visé toute violation d'un droit subjectif ou un acte ou une omission contraire à un devoir légal de droit écrit ou à ce qui est dicté par le droit non écrit dans les relations sociales, sous réserve toutefois d'un fait justificatif.
- 3) Un acte contraire au droit est imputable à son auteur s'il est la conséquence de sa faute ou d'une faute qui lui est imputable en vertu d'une loi ou des opinions qui prévalent dans la société.

### Article 6.3.2.

- 1) L'obligation de dédommager s'étend au dommage qui, au moment où l'acte a été commis, était avec un degré suffisant de probabilité prévisible comme conséquence, **à moins que la règle violée n'ait pas pour but de protéger contre tel dommage prévisible que la partie demanderesse a souffert.**
- 2) Une personne qui agit en violation d'un devoir légal de droit écrit est responsable envers quiconque à qui cet acte a causé un dommage qui au moment où l'acte a été commis était prévisible comme conséquence avec un degré suffisant de probabilité, **à moins qu'il n'apparaisse que la disposition légale violée avait un but différent.**

Ainsi, il a été jugé qu'une firme de transport a droit à des dommages et intérêts, si une personne qui n'a pas de concession, commence une entreprise de transport contrairement à la loi (30).

Mais un médecin ou un pharmacien n'ont pas d'action en responsabilité contre la personne qui a exercé illégalement la médecine ou a vendu des médicaments sans posséder les qualifications nécessaires selon la loi (31).

26. Notons, pour faire la liaison avec la première partie qui traite du dommage purement économique, que le droit Néerlandais, contrairement aux droits allemand ou anglais, ne fait en principe aucune différence entre le dommage à l'intégrité physique ou aux biens et le dommage purement financier. Ainsi, les bénéficiaires de courant électrique ont une action contre la personne responsable de la coupure du câble pour les pertes purement financières souffertes, ce qui n'est pas possible ni en droit anglais, ni en droit allemand, comme nous l'avons vu dans la première partie (32). Voyez cependant ce qui est dit dans le numéro suivant sub. 3.

27. Le raisonnement juridique aux Pays-Bas peut être résumé comme suit. Il faut d'abord établir que la conduite du défendeur était contraire au droit et lui était imputable. Puis il faut examiner les questions suivantes :

- 1° le défendeur a-t-il commis un acte contraire au droit **envers le demandeur** ?
- 2° En cas de réponse affirmative, le dommage souffert par le demandeur était-il prévisible par voie de conséquence avec un degré suffisant de probabilité ?
- 3° En cas de réponse affirmative, la règle violée avait-elle pour but de protéger contre le type de dommage souffert par le demandeur ?

#### SECTION 4 - LE DOMMAGE INDIRECT EN SUISSE (33)

28. La jurisprudence suisse a tendance à ne prendre en considération que le préjudice direct en laissant de côté le préjudice indirect. Cette exclusion du préjudice indirect se manifeste sous deux aspects :

- a) par rapport aux personnes pouvant être considérées comme lésées,
- b) par rapport aux dommages à indemniser.

Notons que le problème de la causalité médiate (par opposition à la causalité caractérisée d'immédiate (34)) est à distinguer de la question du dommage indirect.

#### a) Personnes considérées comme lésées

*"Le droit aux dommages-intérêts n'appartient qu'à la personne directement atteinte par l'acte illicite ; il n'existe nullement en faveur des tiers lésés indirectement et par contrecoup, notamment pas en faveur des créanciers du lésé qui subissent un dommage parce que le patrimoine ou la capacité de travail de celui-ci ont diminué" (35).*

Cette idée a été reprise par la jurisprudence du Tribunal fédéral en ces termes : *"l'art. 41 Code des obligations ne permet d'allouer des dommages-intérêts qu'à la personne directement atteinte par l'acte illicite ; des tiers lésés indirectement et **par ricochet** ne bénéficiant pas d'un tel droit" (36).*

Cependant, en vertu de l'art. 45 al. 3, ceux qui ont été privés de leur soutien doivent être indemnisés de cette perte par la personne qui en est responsable. Dans ce cas, ce n'est donc pas la personne directement lésée qui peut prétendre à des dommages-intérêts.

Cette jurisprudence ne considère comme ayant la qualité de lésé que :

- les personnes dont **les choses** ont été endommagées et qui, de ce fait, ont subi un dommage pécuniaire ;
- les personnes qui ont subi des lésions corporelles : seul le blessé peut demander une indemnité mais non son associé, ses créanciers ou son employeur ;
- les personnes qui, à la suite du décès de la victime peuvent prétendre à une indemnité pour perte de soutien et à titre de réparation morale : la jurisprudence voit là une dérogation au *"système général du Code des obligations"* et dans l'art. 45 al. 3, une règle exceptionnelle qui ne saurait être interprétée extensivement.

## b) Dommages non indemnisables

Il est arrivé à la jurisprudence de reconnaître la qualité de lésé à certaines personnes, par exemple aux enfants de parents décédés ou aux parents d'un enfant décédé, mais de leur refuser l'indemnisation de certains dommages pour le motif qu'en cas de mort, les ayants droit d'une personne décédée ne peuvent réclamer autre chose que les faits causés par le décès, la perte de soutien, une indemnité équitable à titre de réparation morale et la réparation des dégâts matériels causés directement par l'accident, car l'énumération des art. 45 et 47 serait limitative.

### *Remarques sur cette jurisprudence*

29. S'agit-il ici d'un problème de causalité ? C'est l'opinion de certains auteurs (37). Tel ne semble pas être le cas (38). Dans tous les cas où l'on est amené à parler de préjudice indirect, il est bien difficile de contester le caractère adéquat du préjudice causé. En réalité, le juge cherche à limiter pour des raisons qu'il estime équitables les préjudices donnant droit à indemnité. Le recours à la notion "*préjudice indirect*" ne repose sur aucune base légale, tout comme aux Pays-Bas avant le projet de nouveau Code civil ; aucune définition n'en a été donnée.

Depuis une vingtaine d'années, l'attention de nombreux juristes se penche sur la détermination des conditions auxquelles une personne se verra reconnaître la qualité de lésé indemnisable ou devra être traitée comme un tiers à qui, malgré son dommage, sera refusée toute qualité pour agir (39).

## NOTES

- (1) Cette confusion est normale quand c'est un tiers qui subit un dommage purement économique par ricochet. Voyez l'affaire **Cattle v. Stockton Waterworks Co**, infra n° 15.
- (1bis) Mazeaud H., "La responsabilité du vendeur-fabricant, **R.T.D.C.**, 1955.
- (2) Viney G., "Les obligations. La responsabilité : conditions", in Ghestin J., **Traité de droit civil**, 1982, 307.
- (3) Voyez Opuku K., "Delictual liability in German law", **I.C.L.Q.**, 1972, 230 ; Horn N., Kötz H. et Leser H., **German private and commercial law. An introduction**, Oxford, 1982, 146-157.
- (4) Le droit allemand fait une distinction entre "Rechtswidrigkeit" et "Verschulden", entre "illégalité" (absence de faits justificatifs) et "culpabilité" (conduite intentionnelle ou négligente selon le modèle abstrait du § 276 du B.G.B.).
- (5) Lawson F.H., et Markesinis B.S., **Tortious liability for unintentional harm in the common law and the civil law**, Cambridge, 1982, 91.
- (6) Lawson et Markesinis, *op. cit.*, 93.
- (7) **Junior Books Ltd. v. Veitchi Co Ltd.** (1983) A.C. 520.
- (8) **Hedley Byrne & Co Ltd. v. Heller & Partners Ltd.** (1964) A.C. 465.
- (9) **Ross v. Caunters** (1980) Ch. 297.
- (10) Harvey M. Gregor, **International Encyclopedia of comparative law**, XI, **Torts**, ch. 9, **Personal injury and death**.
- (11) **British Celanese Ltd. v. A.H. Hunt (capacitors) Ltd.** (1969) 1 W.L.R. 959 ; **S.C.M. Ltd. v. W.J. Whittall** ; **Spartan Steel and Alloys Ltd. v. Martin and Co (contractors) Ltd.** (1973) 1 Q.B. 27.
- (12) Hoge Road (Cour suprême Néerlandaise), 14 mars 1958, **Ars Aequi**, 1958/59, 72.
- (12bis) Voyez la note 10 pour le dommage par ricochet suite à un décès. Pour le droit suisse voyez infra n° 28.
- (13) **Cattle v. Stockton Waterworks Co** (1875) L.R. 10 Q.B. 453.
- (14) **Weller & Co v. Foot and Mouth Disease Research Institute** (1966) 1 Q.B. 569.
- (15) Grégoire P., **Le droit anglo-américain de la responsabilité civile**, 1971, Bruxelles ;  
... / ...

- .../... Markesinis et Dias, **The English law of torts : a comparative introduction**, 1976, Bruxelles, Bruylant ;  
Weir T.A., **Casebook on torts**, 1974.
- (16) **Knapp v. Railway Executive** (1949) 2 All E.R. 508 (C.A.).
- (17) **Gorris v. Scott** (1874) L.R. 9 Ex. 125.
- (18) **Heaven v. Pender** (1883) 11 Q.B.D. 503 (C.A.).
- (19) **Le lièvre v. Gould** (1893) 1 Q.B. 491.
- (20) **Donoghue v. Stevenson** (1932) A.C. 562 H.L.
- (21) **Palsgraf v. Long Islands Railroad Co** (1928) 284 N.Y. 339.
- (22) **King v. Phillips** (1953) 1 Q.B. 429.
- (23) **Bourhill v. Young** (1943) A.C. 92.
- (24) **Roe v. The Minister of Health** (1954) 2 Q.B. 66.
- (25) **Videan and Another v. British Transport Commission** (1963) 3 W.L.R. 374.
- (26) **Dorset Yacht v. The Home Office** (1970) A.C. 1004.
- (27) Voyez Van Gerven W., **La politique du juge**, Bruxelles, 1983 ;  
Tunc A., **La responsabilité civile**, Economica, Paris, 1981, p. 104, n. 134.
- (28) En Suisse on appelle cette théorie la **Schutznormtheorie**.
- (29) Voyez : **The Netherlands Civil Code. Book 6. The law of obligations. Draft text and commentary**, édité par le Ministère de la Justice des Pays-Bas, 1977, Sijthoff, Leyden.
- (30) Hoge Raad (Cour Suprême), 19 juin 1931, **N.J.**, 1931, p. 1303.
- (31) Hoge Raad, 17 januari 1958, **R.v.d.W.**, 1958, p. 23.
- (32) Hoge Raad, 14 maart 1958, **Ars Aequi**, 1958/59, p. 72.
- (33) Fiches juridiques suisses, Genève : Bussy A., **V<sup>o</sup> Responsabilité civile automobile, Lien de causalité**, 1965, p. 11.
- (34) Si, lorsqu'il y a causalité immédiate, la condition d'adéquance n'est pas discutable, il n'en est pas toujours de même si l'accident s'est produit de façon médiate.
- (35) Von Tuhr, 1ère éd., t. 1, p. 344.
- (36) Tribunal Fédéral, 1956, Rossier, RO 82 II 36.
- (37) Mazeaud-Tunc, 5ème éd., t. II, n<sup>o</sup> 1672 et s.
- (38) Voir Caemmerer, **RJB**, 100, 1964, p. 345 ; Giovannoni, "La causalité dans la responsabilité civile contractuelle", **RJB**, 98, 1962, p. 272, qui place la question exclusivement sur le terrain de la légitimation pour agir.

(39) Thorens J., "Le dommage causé à un tiers", Thèse, Genève, 1962 ; Voir Caemmerer, "Das Problem der Drittschadenserzatzes", **RJB**, 100, 1964, p. 341 ; Tandogan H., "La réparation du dommage causé à un tiers", Mélanges Roger Secretan, 1964, p. 305.

# "L'ACTE ADMINISTRATIF UNILATERAL CONJOINT"

Par Melle Geneviève KOUBY

*Assistante-Docteur à la Faculté de Droit de Dijon*

La distinction classique des actes juridiques en deux catégories -actes unilatéraux et contrats-, bien qu'elle soit de plus en plus critiquée par l'ensemble des juristes, notamment en droit administratif, ne saurait pourtant être totalement remise en cause par l'ensemble des travaux et recherches sur les "nouveaux" types d'actes juridiques (1).

La plupart des études spécifiques à certains actes édictés par les diverses autorités administratives, se contentent de signaler l'étroitesse, ou plutôt l'inadaptation des classifications juridiques traditionnelles. Elles se présentent le plus souvent sous la forme d'une mise en valeur d'un élément particulier de l'acte, tenant soit aux procédés de formation, soit aux règles nouvelles qu'il peut énoncer. De telles considérations peuvent ainsi aboutir à un remaniement des notions de base actuelles, sans, pour autant, bouleverser la présentation bipolaire des actes juridiques : elles n'ont nullement pour objet de combler les lacunes juridiques (2), mais de critiquer la rigidité des classements et des systématisations doctrinales, en révélant les difficultés juridiques propres à chaque acte - difficultés que le juge n'a pas aplanies, ou a accentuées, du fait de l'imprécision des termes qu'il emploie, à l'occasion de certaines de ses décisions (3).

En effet, le développement des techniques jurisprudentielles d'examen de la légalité des actes administratifs, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, et l'introduction de nouvelles méthodes de gestion des affaires administratives (4), invitent, en quelque sorte, les théoriciens du droit administratif à une extrapolation des concepts nouveaux, implicites, sous-jacents dans les hésitations de la jurisprudence.

L'ambiguïté des terminologies juridiques autorise, indirectement, une ouverture des réflexions théoriques sur les actes juridiques, et par voie de conséquence une analyse, parfois prématurée, des notions qu'elle sous-entend, notions elliptiques qui perturbent les classifications opérées par la doctrine et par le juge.

## DE LA NOTION IMPLICITE D'ACTE UNILATERAL CONJOINT

"Le juriste (de doctrine) est souvent aux prises dans son travail scientifique avec une difficulté dont on peut admettre qu'elle lui est propre ; ce sont les décisions de justice qui la lui posent ; on pourrait l'appeler le problème des 'concepts induits'..." (5). Dans ses relations avec la jurisprudence, la doctrine assure deux fonctions complémentaires : la première est la synthèse et la systématisation rationnelles des décisions juridictionnelles ; la seconde est la "*saisie*" des notions informulées, informelles mais souterraines, leur conceptualisation, et l'analyse de leurs éventuelles implications contentieuses. La notion d'"*acte unilatéral conjoint*" est, en l'état actuel du droit administratif, un concept "*induit*" dont la formulation théorique, sans remettre radicalement en cause les cadres généraux de la classification bipolaire des actes juridiques en deux catégories, pourrait, cependant, en préciser les contours et la substance.

Ainsi, une décision du Conseil d'Etat du 9 mai 1980 (6), à propos de l'exercice des pouvoirs de police municipale sur une voie intercommunale, admettait l'existence d'actes particuliers, dits "*conjoint*s", forme d'actes administratifs unilatéraux (7). La référence à un "*partage*" de pouvoirs entre deux autorités publiques, pour l'émission d'un seul acte administratif normateur, réactualise en quelque sorte, les analyses du Doyen Duguit sur l'acte "*collectif*", et plus précisément celle de l'auteur allemand Kuntze, de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, sur le "*Gesamtakt*"(8). Cette décision du Conseil d'Etat semble d'autant plus significative que, dans ses motifs, le juge use des termes mêmes que le Commissaire du Gouvernement avait catégoriquement rejetés, dans ses conclusions sur l'affaire, en soulignant leur caractère "*inopportun*".

Cependant, la reconnaissance "*imparfaite*" d'actes administratifs, issus d'une rencontre de volontés administratives, "*induit*" une notion nouvelle : "*...Considérant que la police de la circulation sur une voie communale dont l'axe délimite les territoires de deux communes, doit être exercée en commun par les maires de ces communes, et que la réglementation doit être édictée sous forme, soit d'arrêtés concordants, signés par chacun d'entre eux, soit d'un arrêté unique signé par les deux maires...*". Existe-t-il des actes administratifs qui, bien qu'issus de plusieurs déclarations de volonté, émanant d'autorités administratives distinctes, ne peuvent être considérés comme des contrats, actes bi ou multilatéraux (9) ?

"*Une difficulté naît de ce que notre droit public n'a jamais envisagé jusqu'ici qu'un même acte administratif puisse émaner de deux personnes distinctes*" objecte M. Genevois, et singulièrement, il poursuit ainsi son argumentation : "*...et cela n'est pas surprenant, car une telle situation serait par elle-même source de multiples complications*". Un tel raisonnement semble dépourvu de fondements juridiques ; ces affirmations sont révélatrices du "*conservatisme*" dont fait, parfois, preuve le juge administratif : notre droit public serait-il condamné à ne pas évoluer uniquement parce que certaines notions juridiques ont été appliquées, jusqu'alors, sans révéler de difficultés contentieuses (10) ?

Le juge administratif n'est pas seulement un "*contrôleur*", un "*censeur*", un "*régulateur*" de l'activité administrative, il est aussi un "*évaluateur*" des réalités juridiques : en admettant, parmi les actes administratifs unilatéraux, des actes "*issus d'une pluralité de déclarations unilatérales de volonté, ayant pour effet de produire une modification dans l'ordonnement juridique*", le juge ne ferait qu'adapter le droit à la réalité.

Cette attitude nouvelle de la juridiction administrative ne serait, évidemment, pas dépourvue de conséquences, mais encore faudrait-il que d'autres décisions interviennent pour la confirmer expressément.

En l'état actuel de la jurisprudence, il est, néanmoins, possible de s'interroger sur ces actes, dits actes administratifs unilatéraux "*conjoints*" :

- leur définition repose sur une caractéristique de leur processus décisionnel : l'imbrication des "*déclarations de volonté administratives*" conduit à une analyse spécifique des rapports de compétence entre les personnes publiques concernées (Ière Partie).

- la mise en valeur des éléments intrinsèques de ce processus modifie, sans aucun doute, les règles d'examen de leur légalité, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir (IIème partie), (11).

- I -

### **DEFINITION DE L'ACTE UNILATERAL CONJOINT**

Dans un "*essai sur la notion de co-auteurs d'un acte administratif unilatéral*", M. P. Ferrarri déplorait que les problèmes juridiques relatifs à la "*participation de plusieurs sujets à l'édition d'un acte administratif*" (12) n'aient jamais été directement abordés, ni par la majorité de la doctrine, ni par la jurisprudence. Ce défaut d'analyse sur les "*formes complexes*" de processus décisionnel révèle une certaine réticence à l'appréhension des techniques de "*fabrication du droit*". Aussi, parmi quelques interrogations spécifiques, la notion d'"*acte collectif*", telle qu'elle fut dégagée par Duguit, à partir des théories allemandes sur l'acte complexe, quelque peu réhabilitée en Droit privé par M. G. Roujou de Boubée (13), n'a eu que peu d'échos en France, dans le domaine du Droit public. Les raisons de cette méfiance reposent sur l'enracinement des conceptions d'administration centralisée, hiérarchisée (14), ainsi que sur les risques de confusion que pouvait susciter l'emploi du terme "*collectif*" dans le langage juridique contentieux et doctrinal (15).

-Pour éviter ces confusions terminologiques, pour clarifier les raisonnements et argumentations relatifs à cette étude, il était nécessaire de retenir le terme de "*conjoint*", employé à certaines occasions par le juge administratif, pour tracer l'importance de la "*connexion*" des signatures, expression de la volonté et révélation de la compétence des autorités impliquées dans la prise de l'acte en cause (16).-

L'élément fondamental de la définition des actes unilatéraux "*conjoint*s" résident donc dans la "*qualité*" des rencontres de volonté administratives, dans la particularité "*égalitaire*" des rapports entre les autorités administratives ; ainsi, il est entièrement contenu dans une notion délaissée du droit administratif : la déclaration de volonté.

**\* VOLONTE ET DECLARATION DE VOLONTE DANS L'ACTE ADMINISTRATIF UNILATERAL CONJOINT**

La volonté, en elle-même, n'est créatrice de droit, soit ne produit d'effets juridiques, que lorsqu'elle se dépasse dans une extériorisation formelle et effective, dite "*manifestation*" de volonté. Dans tout acte administratif unilatéral, la mesure de la volonté n'est juridiquement appréciable que si la déclaration de volonté émane d'une autorité "*compétente*", habilitée à l'exprimer et à lui donner une fonction objective normative.

La volonté, considérée comme une intention d'action, comme une volition intérieure n'est source de droit que lorsqu'elle est "*matérialisée dans une déclaration extérieure*" : "*la volonté n'existe que par la déclaration et que dans la mesure de cette déclaration*". La déclaration de volonté formelle est ainsi la première condition d'existence de l'acte juridique, que cette formalisation soit verbale (17), ou écrite -instrumentum-, puisque seule l'extériorisation confère à une intention d'action un "*caractère objectif qui la rend susceptible d'efficacité*" (18).

Néanmoins, la portée juridique de cette déclaration de volonté, et sa valeur, dans le système de droit contemporain, en France, n'ont pas la même signification en droit civil et en droit administratif ; il serait, certes, erroné de toujours vouloir analyser les données du droit administratif, comme exorbitantes de droit commun, mais une relative comparaison entre les deux régimes peut éclairer le "*caractère spécial*" de la notion de "*déclaration de volonté*" en droit public.

## L'ACTE CONJOINT ET L'ACTE UNILATERAL

En droit civil, les notifications ou manifestations de volonté obéissent à un certain formalisme : elles sont écrites, "visibles", créatrice de règles juridiques subjectives dès leur réalisation, ce, malgré le relatif déclin du "*principe de l'autonomie de la volonté*", dû notamment à une transformation des rapports sociaux, interpersonnels. Leurs effets juridiques sont cependant soumis à certaines conditions : ils ne sont reconnus que si l'expression des volontés est "*exempte de vices*" (19) : tout vice de consentement conduit le juge, saisi par l'une des parties intéressées à l'acte, à en déclarer la "*nullité*" (20).

En droit administratif, la théorie de la déclaration de la volonté est indissociable du principe général de la soumission de l'activité administrative au respect des règles de droit supérieures (21) ; dès sa manifestation, la volonté "*administrative*" est soumise à la "*légalité*" : il n'y a pas de "*vouloir*" administratif sans "*pouvoir*" juridique reconnu par une norme supérieure, dite norme d'habilitation. La notion d'habilitation dépersonnalise le pouvoir exprimé ; ainsi, les actes administratifs, expression d'une "*volonté de puissance*", sont dotés d'une valeur juridique, parfois appelée "*force exécutoire*", parce qu'ils sont présumés répondre à la "*raison d'être*" des interventions de l'administration - selon les termes mêmes de Jèze.

Actes normateurs, les actes administratifs sont, à l'origine, une "*manifestation de volonté*" qui se traduit effectivement dans une "*déclaration unilatérale de volonté*"; unilatérales, ces déclarations ne peuvent provoquer d'effets juridiques subjectifs et personnalisés ; elles sont l'expression d'un pouvoir légal, révélateur de la puissance publique, et elles se dépassent, en tout état de cause, dans une "*norme*" qui leur est indépendante (22).

Dès lors, l'acte administratif unilatéral, de type classique, serait issu d'une seule et unique déclaration de volonté, émanant d'une seule partie, d'un seul côté. "*L'acte unilatéral conjoint*" en tant que "*combinaison objective de déclarations unilatérales de volonté indépendantes entre elles*" ne saurait répondre à ce schéma traditionnel de l'acte juridique, pas plus qu'à celui de l'acte contractuel.

## L'ACTE CONJOINT ET L'ACTE CONTRACTUEL

L'acte contractuel, en droit civil comme en droit public, est le résultat d'un "accord" de volontés, accord qui exprime une "conciliation" d'intérêts, plus ou moins divergents, entre des parties "virtuellement" opposées, signataires de l'acte du seul fait d'un échange juridique d'obligations et de droits - subjectifs (23).

Les effets juridiques du contrat sont propres aux parties participantes à la transaction : *"Dans un contrat, les parties contractantes conviennent qu'elles devront se conduire l'une à l'égard de l'autre, d'une certaine façon", "il faut que l'une des parties ait déclaré sa volonté à l'autre, et que l'autre l'accepte dans la déclaration qu'elle a fait à son tour dans l'intention de la première"* (24). Le contrat est donc directement issu de l'interaction "offre-acceptation" des déclarations de volonté dont il est la réunion formelle : cette particularité est la cause essentielle d'une exigence formaliste : l'"écrit" consigne la nature des rapports entre les co-contractants - ce qui est strictement vérifié par le juge administratif, notamment en ce qui concerne les marchés de travaux publics, et qui donne lieu à une jurisprudence rigide sur les modalités de paiement des travaux supplémentaires effectués par l'entrepreneur, chargé de la réalisation du marché, donc co-contractant de l'administration (lien direct).

Dans le cadre d'un contrat administratif, même si la déclaration de volonté de l'administration est "unilatérale", la validité de l'acte est conditionnée par l'acceptation de la part du co-contractant des clauses et conditions de l'échange : le contrat est indissociable des consentements à finalité bilatérale, sur un objet commun, et équilibré en fonction des forces en présence.

L'acte conjoint ne se réalise pas suivant ce processus : il n'est pas le résultat d'un "croisement" de volontés, point de rencontre de l'offre et de l'acceptation, il n'a pas pour objet de régler les conduites des signataires de l'acte, entre eux. Les diverses déclarations de volonté qui le composent, à l'origine, sont indépendantes les unes des autres : elles sont strictement unilatérales, et ne traduisent, en conséquence, aucun "échange" de consentements. (25).

## L'ACTE CONJOINT ET L'ACTE UNILATERAL PRIS SUR AVIS...

L'acte unilatéral classique est le produit d'une seule déclaration unilatérale de volonté, exprimée par une partie unique, dotée d'un seul pouvoir juridique. Dès lors, peu importe le nombre plus ou moins grand des sujets-auteurs d'un acte administratif unilatéral : si la déclaration de volonté est exprimée en vertu d'une seule habilitation juridique, pour l'exercice d'un seul domaine de compétence, même si elle est formée d'une multiplicité d'interventions, plus ou moins volontaristes, elle n'est que la résultante d'un phénomène de "*participation*" à l'élaboration de l'acte normateur (26). Les notions d'adhésion, de consentement unilatéral, de participation sont inhérentes à la définition de "*co-auteurs*" d'un acte unilatéral.

La participation, comme le consentement unilatéral, supposent la préexistence d'une norme à l'état latent, qui concrétise l'adhésion des intervenants sur l'effet juridique à venir, soit la préfiguration d'un effet de droit général sur lequel s'engagent des négociations, conduisant à l'édition de l'acte (27).

L'acte, ainsi, issu d'une addition de déclarations de volonté successives, différenciées sur le plan organique, mais conditionnées les unes les autres, est le produit d'une interaction de volontés interdépendantes ; cette interdépendance est flagrante dans les mécanismes de consultation préalable, puisque l'initiative revient à l'autorité détentrice du pouvoir décisionnel, c'est-à-dire du pouvoir juridique normateur, et de plus, -notamment, dans le cas plus particulier des propositions-, seule, cette autorité dispose du pouvoir d'émission de l'acte, donc, de la possibilité d'extérioriser les déclarations de volonté dont il est l'union. En vertu de ces caractéristiques, le juge administratif maintient la qualification d'acte unilatéral à de tels actes.

Le "*parallélisme*" des déclarations unilatérales de volonté, lors de la formation de l'acte conjoint, ne peut être assimilé à cette union : il n'y a ni consentement sur une norme préélaborée, ni participation négociée à la formulation d'une norme future, ni adjonction de volonté décisionnelle à une proposition normatrice. L'acte unilatéral

classique, quand bien même il serait édicté à la suite d'une consultation, exprime toujours une seule volonté décisionnelle, celle d'un seul pouvoir légal exercé par une autorité administrative.

## L'ACTE CONJOINT

La "*qualité*" de la réunion des déclarations unilatérales de volonté est un élément fondamental de la distinction des actes conjoints par rapport aux actes unilatéraux classiques et aux actes contractuels.

En effet, il n'existe ni transaction, ni discussion négociée, ni procédure consultative préalable des signataires entre eux : l'acte conjoint est le produit "*spontané*" d'une "*jonction*" de déclarations parallèles. Cette spontanéité des déclarations de volonté suppose l'existence d'une "*simultanéité*" d'intérêts combinée avec la nécessité d'une action administrative : il n'y a pas de sollicitations extérieures. Les déclarations de volonté dérivent d'un ensemble de mouvements indépendants, et relatifs à un état de faits concomitants. Dans ce laps de temps évènementiel et juridique, les déclarations de volonté émanent de personnes juridiques, d'autorités dotées de pouvoirs de décision administrative : ces autorités sont distinctes, égales entre elles, puisqu'elles sont, chacune, investies de fonctions juridiques équivalentes (28). Le deuxième fondement à la distinction des actes conjoints, parmi les actes juridiques est donc corrélatif à la "*qualité*" de la rencontre des volontés : l'absence de relations de dépendance, de contrôle, de subordination juridiques et objectives entre les autorités-auteurs.

L'acte conjoint se distingue des actes contractuels par son processus d'élaboration, mais surtout par sa finalité normative objective : n'ayant pas pour objet de régler les rapports entre ses signataires, il serait ainsi doté du caractère propre des actes unilatéraux de droit administratif. Son objet final est la création d'une norme qui s'incorpore à l'ordre juridique préexistant, norme qui s'impose indépendamment du consentement de ses destinataires, norme dont la validité est indépendante du comportement des individus, mais dont l'efficacité réelle est une mesure de relations sociales (29). Le critère de discer-

nement entre ces deux actes à même effet unilatéral est d'ordre "*qualitatif*" et non quantitatif : les déclarations de volonté détiennent un même objet, une même motivation, un même but ; leur rencontre est fonction de cette unification d'intérêts 'prenant appui sur la réalité' (30). La jonction de ces déclarations en un acte normateur unique ne se crée, ni ne crée de liens entre les personnes publiques ayant contribué à sa formation (31).

De ce fait, sont aisément exclus de la catégorie nouvelle des "*actes unilatéraux conjoints*", tous les actes pris à l'issue d'une procédure consultative, ou constitutifs d'une opération complexe. Cependant, ainsi que le remarque M. Bellanger, à la suite des objections du Commissaire de Gouvernement Genevois, sur l'affaire Commune Champagne de Blanzac (précitées), "*notre droit administratif envisage avec réticences qu'un même acte administratif puisse émaner de personnes morales distinctes*".

Le juge administratif a, comme souci constant, le maintien d'une cohésion des réglementations ; or, la réalisation d'une cohérence juridique l'oblige à une application sévère des principes de répartition des activités administratives et des règles de distribution de compétences. Mais, de toute évidence, il ne saurait faire obstacle à la coordination des services : il ne peut s'octroyer le droit de freiner la tendance actuelle à la collaboration d'activités diversifiées, souvent complémentaires, où la réunification des compétences guidées par les mêmes motifs d'intérêt général peut s'avérer utile (32).

Le but fondamental, la raison d'être de tout acte administratif est de "*satisfaire*" certaines exigences sociales, d'ordre général : le Conseil d'Etat a déjà, non seulement reconnu la validité d'actes concertatifs, des actes mixtes, mais encore il a admis les "*ententes*" entre les collectivités locales, en refusant l'appréciation étroite des compétences territoriales (33). Tout acte s'évalue à partir de la détermination relative des sphères sociales et humaines envers lesquelles il s'institue (34) ; le juge est, à plus ou moins long terme, conduit à dégager de nouvelles règles de compétence.

La relation entre la "*qualité*" de la rencontre des déclarations unilatérales de volonté et la "*compétence de leurs émettants*" constitue, ainsi, la base juridique de la définition des actes unilatéraux conjoints.

## \* **CONCOURS DE DECLARATIONS UNILATERALES DE VOLONTE ET COMPETENCE**

Par une subtile distinction entre l'opération normatrice et la norme, entre le negotium et la disposition normative, entre la procédure d'élaboration de l'acte, le juge administratif a élaboré les fondations d'une future démarche face aux actes unilatéraux conjoints, il lui faut maintenant valoriser substantiellement la notion de "qualité", qui est la caractéristique intrinsèque de la rencontre fortuite des déclarations de volonté, comme spécifiquement révélée dans les signatures figurant sur l'instrumentum.

La "signature" est la première "preuve" de l'exercice d'une compétence, elle traduit formellement la volonté originelle d'émission d'un acte ; les "signatures" dans le cas de l'acte conjoint, sont donc la "preuve" de l'existence d'un concours de volonté dans la formation de l'acte (35).

### **SIGNATURES ET COMPETENCES**

La décision du Conseil d'Etat du 9 mai 1980 (précitée), fait expressément référence à l'obligation de signatures concomitantes des autorités concurrentiellement compétentes ; la formulation "...que la réglementation doit être édictée sous forme... (...)... d'un arrêté unique signé par les deux maires" équivaut à la reconnaissance du caractère fondamental de la signature, en tant qu'elle est située à mi-chemin entre les "formes instrumentales" et l'exercice de la "compétence". La signature est l'extériorisation formaliste de la manifestation de volonté administrative.

Cependant, une jurisprudence nouvelle relative au "partage" équilibré et égalitaire de pouvoirs obligerait un réaménagement des règles d'examen contentieux sur la répartition des compétences entre les diverses autorités investies de prérogatives de puissance publique (36). La recherche de critères de discernement entre "empiètement sur les pouvoirs d'une autorité de rang égal" et les cas de vices de compétences propres à l'acte unilatéral conjoint peut effectivement se présenter, ainsi que le craignait M. Genevois, comme "source de compli-

cations". Mais, ces difficultés pourraient être surmontées en admettant, sans réserve conservatrice, l'introduction d'une théorie de la déclaration unilatérale de volonté dans le droit administratif.

La déclaration de volonté est un élément inhérent à tout acte juridique, même expression d'une volonté de "*puissance*" (37), elle est un élément constitutif de l'acte administratif, particulièrement spécifiée à travers la "*signature*" : la signature permet d'évaluer la situation d'une personne par rapport à son "*pouvoir*" en vertu de sa volonté propre.

Isoler l'acte administratif des actes juridiques uniquement en fonction de son effet réglementaire serait inconcevable : tout pouvoir est à sa base un "*vouloir*", ce vouloir n'est pas indépendant de la capacité, de la compétence mais, il est conditionné par la conception que le signataire a de son attribution légale d'action : cette particularité est aisément perceptible dans le cadre du "*pouvoir discrétionnaire*" ; car, à l'encontre de M. Py (38), il serait erroné de ne considérer la volonté que dans un rapport d'obligation ou de liberté de "*vouloir*" : la volonté ne peut s'évaluer en fonction des concepts classiques de compétence plus ou moins réglementée ; sa valeur dépasse les cadres d'action administrative puisqu'elle est l'expression d'une "*volition*" objective d'activité, dont l'élément moteur se constitue sur un noyau de motifs de faits ou de droit. L'acte à effet unilatéral, quelle que soit sa figuration, est toujours l'expression d'une "*volonté de puissance*".

Suivant la mise en valeur de l'importance des volontés dans l'acte conjoint, le juge administratif devra analyser le "*contenant*" de chacun des pouvoirs, et appréciera à travers le "*contenu*", la qualité du concours de volontés.

Indépendamment de toute répartition hiérarchique, la compétence se définit globalement comme "*l'aptitude légale d'une autorité administrative à prendre une décision, à édicter un acte en rapport direct avec ses attributions*". En ce qui concerne la formation de l'acte conjoint, chaque autorité administrative doit pouvoir justifier d'une partie de l'aptitude légale, qui conditionne, en fin de compte, la substance de l'acte ; le fait à l'origine de son intention d'action, de sa déclaration de volonté, ainsi que le but

de l'acte doivent s'incorporer dans les données de l'habilitation première. Si les règles de compétence tenant à la séparation entre les fonctions législatives, juridictionnelles et administratives demeurent inchangées, celles relatives aux relations entre "autorités" administratives sont destinées à évoluer, à être modifiées.

## SIGNATURES ET COMPETENCES CONJOINTES

Ainsi, par exemple, même investi de fonctions de réglementations dans son propre département ministériel, un Ministre ne peut statuer seul, sur des matières relevant des attributions d'un autre Ministre (39), mais il ne le peut pas, non plus, sur un ensemble d'attributions dévolues à plusieurs Ministres, dont il ferait partie (40). L'étendue réelle de la compétence du Ministre est appréciée suivant la détermination de la matière, de l'objet de l'acte, ainsi que par la définition de la sphère sociale, humaine à laquelle s'adresse la norme -ou les normes-.

Lorsque le juge administratif est saisi d'un recours en annulation contre une décision ministérielle, il évalue la légalité de l'arrêté en premier lieu par la constatation des formes instrumentales, la signature, puis par l'analyse du contenu de l'acte (ce qui en serait le "*fond*", la "*substance*" juridique) : l'action solitaire d'un Ministre constitue une "*incompétence*" soit parce qu'un texte exigeait les signatures conjointes de plusieurs Ministres (41), soit que la norme incluse dans l'acte concernait un vaste domaine d'attributions communes à plusieurs (42). L'absence d'une signature révèle la carence d'une déclaration unilatérale de volonté : la sanction "*incompétence*" dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, considérée comme "*moyen d'ordre public*", est l'indice de la prise en considération de la manifestation de volonté administrative, régulièrement formalisée dans la signature.

L'arrêté interministériel constitue, dans cette optique, une illustration type des actes unilatéraux conjoints : des autorités, dotées de pouvoirs juridiques équivalents -Ministres-, émettent, chacune, une déclaration de volonté, dans un même but, guidée par un même souci d'intérêt général ; leur réunification a pour fonction d'assurer une cohérence dans l'activité réglementaire - interministérielle.

Les discussions préalables à la prise de "*décision conjointe*" ne saurait être comprises comme des négociations ou concertations : elles sont échanges de vues, sans transaction. La simple consultation d'une autre autorité, même de "*rang égal*", prévue, le cas échéant par un texte, ne peut constituer un élément déterminant de l'acte : sa signature n'a pas à être apposée sur l'*instrumentum* (Ministre consulté (43)).

La "*forme-signature*" est une des mesures essentielles de la juridicité des actes unilatéraux conjoints ; elle détient une place privilégiée dans toute analyse juridictionnelle éventuelle : librement libellée sur l'*instrumentum*, lors de la phase finale de l'édition normatrice, elle se distingue des "*contresesings*" qui, par leur objectif "*collégial*", soulignent le caractère unitaire de l'activité gouvernementale ; le formalisme attaché au contreseing réside en la nécessité de démonstration d'une collaboration de "*solidarité gouvernementale*", dans l'exercice du pouvoir réglementaire - gouvernemental, exécutif... (44). Le contreseing n'exprime pas l'exercice d'un pouvoir "*indépendant*", il n'est pas une prérogative "*ministérielle*" ; lorsque le juge administratif recherche les "*Ministres responsables*" ou "*chargés de l'exécution*" de l'acte, il n'attribue pas à la signature supplémentaire une valeur spécifique. Lorsqu'il annule un décret pour "*incompétence*" en faisant état d'omission de contresesings, ce n'est qu'en vertu d'un raisonnement logique : fonction d'un principe de "*volonté décrétale*", le contreseing ne peut être totalement isolé de la nature politico-administrative de l'action gouvernementale ; le décret est, en quelque sorte, une "*délibération exécutive*", qui en vertu de sa destination juridique normative, doit rassembler les signatures des "*Ministres intéressés*" (45).

Suivant une même démarche, les "*actes pris sur avis conforme...*" bien qu'ils aient une configuration particulière, ne peuvent être des "*actes unilatéraux conjoints*". Le juge reconnaît parfois à l'avis une influence déterminante sur la substance de l'acte, mais il ne le considère que comme un co-consentement à la norme, sans le définir en tant que déclaration unilatérale de volonté (46) : l'avis n'est qu'une "*préfiguration de l'acte juridique*", "*il est un acte possible qui peut être appelé ou non à l'existence juridique*" (47). L'organisme émetteur d'avis

ne dispose, par lui-même, d'aucune capacité juridique autonome, sur ce domaine de compétence donné : le "*pouvoir du consulté*" est lié indissolublement au pouvoir du "*consultant*" (48), le seul titulaire de la compétence est l'autorité qui édicte l'acte final, qui par sa déclaration unilatérale de volonté "*formalise*" seule les volitions dispersées. Cette autorité détient le vouloir et le pouvoir de prendre l'acte ou non, puisqu'elle est seule à apprécier sérieusement les circonstances déterminantes ; de ce fait, elle peut redemander, si la situation l'exige, un nouvel avis.

L'avis, même "*conforme*" ne dépasse pas le cadre procédural. Si le juge administratif estime que le "*défaut d'avis conforme est une question d'ordre public qui doit être soulevée d'office*" à l'occasion d'un recours en annulation (49), il justifie cette attitude par le principe d'une "*garantie*" supplémentaire accordée aux administrés : l'"*incompétence*", dans ce cadre, à propos de la carence d'une consultation, est établie par rapport aux destinataires de la norme. Le vice de procédure, ainsi constaté, affecte la régularité de l'opération normatrice et non les dispositions substantielles de la norme, nonobstant la notion floue des formalités substantielles (50). Les rapports entre l'acte et les déclarations de volonté ne sont pas définis en vertu de la norme finale, cela même si les vices relatifs à l'avis affectent le pouvoir décisionnel.

Ne sont "*actes administratifs unilatéraux conjoints*" que les actes nés d'un concours de déclarations unilatérales de volonté émanant de deux ou plusieurs personnes, autorités administratives investies de pouvoirs juridiques équivalents, indépendants et différenciés.

Le champ d'application de la notion d'acte administratif unilatéral conjoint est limité aux actes "*inter-administratifs*" selon une conception organique et territoriale des activités administratives. Sont actes conjoints les arrêtés interministériels, les arrêtés intermunicipaux, tels que nous les présente la décision précitée du 9 mai 1980 (il est parfaitement envisageable d'allonger la liste de ces actes à toutes les actions "*conjointes*" d'établissements publics administratifs, culturels et scientifiques...).

L'actuelle tendance à la décentralisation administrative, dont la loi relative aux droits et aux libertés des communes, des départements et des régions (51) est un premier indice, suscitera, peut-être, un accroissement des relations de collaboration entre collectivités décentralisées, entre établissements publics, en dehors des cadres traditionnels d'ententes contractuelles.

Au vu des liens particuliers entre les déclarations de volontés et les compétences, en fonction de la qualité des rencontres de volontés sur certains domaines d'activités d'intérêt général, le juge administratif, pour éviter le cloisonnement des actions essentielles, sera obligé d'admettre l'existence de tels actes.

Dès lors, il devra élaborer de nouvelles techniques d'analyse, c'est-à-dire construire une forme de contrôle contentieux plus approprié à la configuration de ces actes, intégrés, du fait de leur valeur normative, dans la catégorie des actes administratifs unilatéraux.

## - II -

### **LEGALITE DE L'ACTE UNILATERAL CONJOINT**

L'acte administratif conjoint est, comme tout acte administratif soumis au respect du "*principe de légalité*", et plus précisément du "*principe de juridicité*". Défini comme l'acte "*issu d'une pluralité de déclarations unilatérales de volonté émanant d'autorités administratives distinctes et égales entre elles dans l'exercice de leur pouvoir juridique, et qui a pour effet de provoquer une modification dans l'ordre normatif*", l'acte unilatéral conjoint incite le juge à préciser les cadres généraux du recours pour excès de pouvoir : le contrôle de la légalité de l'acte conjoint est profondément marqué par le caractère spécifique des manifestations de volonté insérée, à titre fondamental, dans l'opération normatrice.

La validité du concours qui détermine le régime juridique de l'acte conjoint, bien que formulée dans le cadre de la légalité externe des actes unilatéraux, doit conduire à une revalorisation importante de l'impact des "*formes*" sur l'acte juridique final.

Cette accentuation de l'influence de l'instrumentum -et du negotium- imprègne le contrôle de la légalité interne des actes conjoints, notamment par l'approfondissement de certains moyens d'annulation, sans pour autant inviter le juge administratif à pénétrer dans le cadre intimiste de l'opportunité.

### \* **REGULARITE EXTERNE DE L'ACTE UNILATERAL CONJOINT**

Suivant une classification classique -doctrinale et contentieuse- (52), les éléments de légalité externe sont les uns, relatifs à l'instrumentum, les autres, à l'opération normatrice, negotium.

Le concours de déclaration unilatérale de volontés ne peut se réaliser "*verbalement*", l'exigence d'un formalisme plus rigoureux doit être désormais retenu ; d'autre part, comme ce concours ne peut être assimilé aux méthodes procédurales non contentieuses, le contrôle du juge en sera plus complexe, mais certainement plus précis.

Etant donné la particularité de la formation de l'acte, le juge administratif devra se doter de moyens nouveaux pour vérifier la validité du concours de déclarations unilatérales de volontés ; l'examen de la qualité du concours nécessite donc la prise en considération des "*volontés*" administratives exprimées à l'occasion de l'acte conjoint.

### **CONTROLE DE LA QUALITE DU CONCOURS DE DECLARATIONS DE VOLONTE**

A cet effet, il conviendra de relever l'existence éventuelle de "*vices*" pouvant affecter la "*volonté administrative*", comme dénaturant la conjonction des déclarations unilatérales de volonté.

En Allemagne Fédérale, en Italie, le "*dol*", la "*violence*" sont des causes d'annulabilité d'un acte administratif (53) : l'administration victime d'agissements dolosifs, ou de menaces et pression, manoeuvres caractérisées de la part d'un ou plusieurs sujets (intéressés soumis au respect

de la décision) peut invoquer l'annulabilité de l'acte. L'application de ces données semi-contentieuses est envisageable, en droit administratif français, dans le cadre spécifique des actes unilatéraux conjoints.

Les auteurs ne peuvent s'obliger mutuellement à prendre une décision conjointe, ils ne peuvent y être contraints par le biais de sollicitations ou sommations extérieures ; dans le cadre de leurs attributions, chaque autorité dispose d'un pouvoir d'appréciation suffisamment autonome pour évaluer les éventuelles pressions, les abus de demandes impératives, ou intempestives, les tentatives de pression diverses ; (cela ne signifie nullement que les discussions égalitaires ne soient pas possibles entre les autorités créatrices de l'acte conjoint : les réunions préalables aux actes "*inter-administratif*" ont pour objet de préciser les aboutissants des volontés en instance de déclaration extériorisée, et de coordonner rationnellement les buts des autorités (54). Toute insistance continue, menace ou chantage déguisés sous les aspects hiérarchiques ou non, ou financiers, de la part de l'une des autorités concourantes nuirait à la "*finesse du concours*".

Le droit public québécois est, sur ce point, plus explicite : "*...une autorité qui a reçu la mission d'exercer un pouvoir comportant des éléments discrétionnaires ne peut légalement remplir sa responsabilité en agissant sous la dictée, sous le commandement d'une autre autorité ou d'une autre personne*" (55). En droit administratif français, ce moyen est abordé sous l'angle classique du droit positif : "*...en l'absence d'une habilitation légale formelle, l'autorité (supérieure) ne peut se substituer discrétionnairement à une autorité (inférieure)...*" (56). Mais, indépendamment des rapports hiérarchiques, si le juge administratif prend en considération l'"*équivalence*" des pouvoirs exprimés dans l'acte conjoint, la qualité intrinsèque de la rencontre des volontés est inévitablement viciée si l'une des autorités use d'un pouvoir incitatif anormal.

Cette qualité des volontés exprimées exige de la part des auteurs conjoints un "*comportement*" administratif respectueux des prérogatives de chacun : le juge administratif développerait sa fonction de "*régulation*" et de "*moralisation*" de l'action administrative, en introduisant, dans l'arsenal de moyens d'annulation des actes adminis-

tratifs unilatéraux, un nouveau concept relatif au "*comportement administratif irrégulier*". Ce nouveau moyen ne saurait strictement s'assimiler à la notion contentieuse de l'incompétence.

Distinct du contrôle du respect de la répartition formelle des compétences entre autorités administratives, l'examen du "*comportement*", des relations entre les personnes publiques, s'apparente à une observation psycho-juridique, à une évaluation des rapports entre les "*actions*" administratives. La fonction "*autoritaire*" des normes de droit administratif répond à une optique psycho-sociologique des processus décisionnels. La décomposition des activités est multicentraliste : les cloisonnements ne peuvent toujours se doubler d'une concurrence ; ainsi, la collaboration, la coopération, la coordination des commandements normateurs peut éviter les interactions contradictoires. Le respect de l'autonomie décisionnelle de chacun des pouvoirs, de la liberté de choix -pouvoir d'appréciation- est la base d'une réglementation cohérente sur toutes les matières intercompétentielles.

Si la "*volition*", volonté interne de l'administration ne peut faire l'objet d'une investigation systématique de la part du juge administratif, il est toutefois possible d'envisager la création d'un "*recours en appréciation*" de la liberté de "*vouloir*", de la spécificité autonome de chaque déclaration de volonté administrative. Mais un tel recours ne saurait être ouvert qu'à la demande d'une des autorités "*victimes*" d'un comportement irrégulier de la part des autres auteurs de l'acte conjoint.

Si la requête est jugée recevable, puis fondée, l'acte devrait, en tout état de cause être annulé (57).

Mais, ne faudrait-il pas doter le tribunal administratif d'une instance "*arbitrale*" ? Cette instance, section ou autre, serait alors chargée d'évaluer l'influence des manœuvres dolosives ou frauduleuses ; une telle activité ne saurait s'élaborer hors du cadre administratif (organique) (58).

Le contrôle de la légalité du concours de déclarations unilatérales de volontés administratives n'ayant lieu qu'à l'occasion d'une requête émanant de l'une des autorités

auteurs signataires, il ne peut être intégré au recours contentieux "*objectif*"; le juge administratif, lors d'un examen de la légalité externe -contentieux de l'excès de pouvoir traditionnel- sera ensuite, conduit à mettre en évidence la nature spécifique de la rencontre des volontés.

## VICES DE FORME

La vérification contentieuse du respect du formalisme par les autorités signataires de l'acte conjoint dépassera la simple constatation de leur "*visibilité*", c'est-à-dire de leur "*extériorité*" (59). Alors que le juge administratif ne délègue, en général, qu'une valeur minimale aux "*formes instrumentales*", les juristes s'empressant de justifier cette position au vu de critères aléatoires (60), l'examen de la régularité de l'acte conjoint obligera le juge à prendre en considération les implications légales sous-jacentes dans chacune de ces formes, ce d'autant plus qu'elles sont les mesures substantielles de la "*qualité*" du concours (61).

**La date :** Dans la mesure où l'acte conjoint n'est pas constitué d'une somme d'actes successifs, indépendants les uns des autres, produisant des effets juridiques (ou en instance de...) avant la réunification des déclarations de volonté, il ne peut y avoir mention d'une pluralité de "*dates*" dans l'écrit. Le juge administratif a, indirectement, appliqué cette démarche en refusant, lors de l'affaire précitée de "*Commune Champagne de Blanzac*", le recours à la théorie de la "*connaissance acquise*" (62).

La date doit être expressément mentionnée en une seule et unique inscription : elle signale la réalité factuelle commune aux déclarations de volonté, ainsi que l'effectivité du "*concours*", de la "*conjonction*" administrative.

La légalité d'un acte administratif s'apprécie à la date à laquelle il a été pris : l'omission de la date dans l'acte conjoint pourrait alors se définir comme une "*présomption d'illégalité*" quant aux motifs de faits (63), ou comme l'indice d'un défaut de relations égalitaires entre les autorités administratives-auteurs (du "*comportement irrégulier*" de l'une d'elles). Dès lors, la forme instrumentale "*date*" détient une valeur juridique nouvelle : forme substantielle détenant une influence sur la régularité de l'acte - indépendamment de toute perception juridique relative aux "*applications*" normatives.

**Les signatures :** La signature exprime l'extériorisation formelle de la volonté : l'acte conjoint est issu d'une pluralité de volontés ; les signatures de ses auteurs doivent toutes figurer sur l'instrumentum. La pluralité des signatures est exigée par la nature "*inter-administrative*" de la compétence concourante.

Le défaut de présentation de l'une des signatures peut signifier un "*vice*" de la volonté, ou dénaturer la substance de l'acte conjoint : il constitue un vice de forme "*substantiel*", cause d'annulation contentieuse.

Le juge administratif n'aura pas à rechercher les "*signatures déterminantes*" : toutes les signatures, dans un tel acte, révèlent l'exercice d'une part de compétence, d'un pouvoir juridique légal ; elles sont une référence "*objective*" qui permet de vérifier la matérialité des volontés, et la qualité de leur reconte. Cependant, il est possible d'envisager une extension du pouvoir juridictionnel au moyen de la "*substitution*", ou "*couverture contentieuse*" du vice, si l'absence d'une des signatures n'était que simple omission. Ce procédé doit alors demeurer rare et strictement justifié. En effet, le juge administratif n'étant pas un "*administrateur*" (64), il ne saurait, sans compromettre la séparation entre les activités administratives d'autorité et les fonctions juridictionnelles -dont il est investi-, prendre l'initiative de déclarer une décision conjointe "*non entachée d'excès de pouvoir*" en l'absence d'une des signatures obligatoires ; ce faisant, il imposerait l'acte à une autorité administrative, qui, impliquée dans l'effet normateur de l'acte incriminé, n'a pas expressément déclaré de volonté décisionnelle. La mise en oeuvre de son pouvoir de substitution ne saurait se doter d'un caractère d'injonction ; elle ne peut avoir lieu que lorsqu'une des déclarations de volonté administrative réelle n'a pas été traduite ni extériorisée dans la signature (ce pouvoir de substitution n'est alors envisageable qu'au niveau de l'instance arbitrale relative aux "*comportements*" inter-administratifs).

D'autre part, à l'égard de l'administré, la signature est un moyen de délimitation de sa soumission à la norme incluse dans l'acte, la signature est donc un élément d'appréciation de la sphère compétentielle et normative du concours.

La date et la signature sont les formes qui octroient à l'acte unilatéral conjoint une existence juridique positive. Ce sont des formes "*substantielles*" exigées par la nature de l'acte, car elles sont les mesures de références pour l'examen des "*compétences*" (concours) et l'analyse des dispositions normatives (de fond). Quant aux formes tenant aux "*visas*", elles ne détiennent de valeur indicative qu'au niveau des "*habilitations*" - mais c'est au juge d'en vérifier l'effective application (65).

**La motivation :** L'acte conjoint, s'il entre dans le champ d'application de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs (66), doit obligatoirement mentionner par écrit les motifs, c'est-à-dire les "*considérations de droit ou de fait*" qui constituent son "*fondement*", ses raisons d'être.

S'agissant d'un acte issu d'une pluralité de déclarations de volonté, la motivation expresse doit mettre en valeur l'unicité de la décision : motivation unique, unitaire traduisant les motifs communs ayant animé l'action des personnes administratives.

Le contrôle sur cette forme demeure ambivalent : le juge se borne à vérifier l'existence instrumentale de la motivation, mais il ne la conteste dans son contenu, que par un examen approfondi des motifs - donc, relevant de la légalité interne.

Tout au plus se contentera-t-il de s'assurer de l'unité, de l'identité de motivations en sanctionnant la pluralité, pour éviter les contradictions éventuelles, et pour faciliter les relations administrateurs-administrés. Cette délimitation de son rôle ne l'empêchera pas, cependant, d'évaluer la formulation des motifs, en refusant les "*motivations insuffisantes*" (67).

L'examen des formes externes permet au juge de fixer les cadres de son contrôle de la légalité interne de l'acte ; mais, il lui faut vérifier les éléments supplémentaires constituant l'opération normatrice.

## VICES DE PROCEDURE

L'analyse juridictionnelle de la procédure d'élaboration des actes administratifs conjoints mettra en évidence les particularités de l'opération normatrice, notamment en ce qui concerne la procédure consultative.

La distinction entre l'opinion émise par un organisme, sous la forme d'un "avis", et la déclaration unilatérale de volonté clarifie la marge qui existe entre "co-auteurs" (68) et "concours-auteurs", ou auteurs conjoints. Les liens qui se créent entre un avis et une décision ne sont que la traduction d'une "collaboration à l'élaboration de l'acte unilatéral, mais non (d') une participation directe à un pouvoir de décision" (69).

L'acte unilatéral conjoint peut être soumis au respect de règles procédurales consultatives dans deux hypothèses : soit l'une (ou plusieurs, indépendamment) des déclarations unilatérales de volonté ne peut être jointe au concours-auteur qu'après "avis", avis qui lui sera "personnel" ; soit l'acte conjoint ne peut être émis qu'à la suite d'une procédure consultative, donc, soumis en son intégralité normative à l'avis d'un organisme constitué.

Dans le premier cas, la procédure ne peut remettre en cause le concours de déclaration de volonté (70) ; cependant, s'il y a "irrégularité de procédure" personnelle, (omission ou défaut de consultation, composition irrégulière de l'organe consulté...), le juge mesurera l'influence de cette irrégularité sur le contenu normateur de l'acte conjoint. Dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, l'examen de l'observation des procédures est limité objectivement à son impact sur la "norme" : l'annulation de l'acte interviendra dès l'instant où l'irrégularité de procédure détient une valeur "substantielle" (influence sur la validité interne de l'acte normateur conjoint), et dans la mesure où la formalité était exigée par les textes (71). L'acte unilatéral conjoint est un tout indissociable : toute irrégularité entachant l'une des déclarations de volonté librement effectuée, affecte la valeur objective du concours, et, de ce fait, justifie l'annulation contentieuse de l'acte (72). Il serait, en effet, inconcevable d'envisager, en droit administratif français, un contrôle par "degré" : le juge analyse l'acte juridique, en son entité normatrice, s'il est amené à vérifier le respect

des règles procédurales, il le fait par rapport à la "norme", en fonction des administrés intéressés à son annulation éventuelle, et non selon les décalages pouvant exister entre les déclarations de volonté.

A l'occasion de l'affaire "*Association amicale des anciens élèves de l'Institut National Agronomique*" (73), le Conseil d'Etat avait implicitement admis ces distinctions : "...considérant que les modalités (du) concours sont fixées par arrêté conjoint du Ministre de l'Education nationale, et du Ministre de l'Agriculture, sur l'avis de la commission consultative prévue (...) et, après consultation des conseils compétents des deux ministères (...), l'arrêté du Ministre de l'Agriculture ne comporte pas la signature du Ministre de l'Education nationale, n'a pas été pris sur l'avis de la commission permanente, et n'a pas été précédé de la consultation des conseils compétents de chacun des deux ministères, (...) le Ministre a méconnu les règles de compétence et de forme...".

La superposition des règles de forme et de compétence, dans cet arrêt, est particulièrement explicite : chaque Ministre est tenu à la consultation de leurs conseils "propres" -hypothèse dans laquelle l'une des déclarations de volonté doit respecter "personnellement" les formalités consultatives-, l'ensemble de l'arrêté doit être précédé de l'avis d'une commission permanente -hypothèse dans laquelle l'acte conjoint est soumis à l'émission d'un avis préalable-, l'acte juridique doit être signé par toutes les autorités concernées par la sphère normative de la décision, par les deux Ministres, en l'occurrence : compétence révélée par les signatures conjointes.

Dans le cas où l'ensemble de la décision doit être soumis à l'avis préalable d'un organisme, les règles juridictionnelles ne subissent aucune modification : l'analyse sera similaire à celle déjà effectuée pour les actes unilatéraux de type classique (74).

Cependant, la présence d'un concours de compétences empêchera le juge d'élaborer opportunément une distinction entre formes "substantielles" et formes non substantielles, dès lors qu'une formalité est exigée par un texte réglementaire ou législatif (75).

L'acte conjoint administratif est soit un acte individuel, soit un acte réglementaire. Dans le cas où la norme qu'il introduit dans l'ordre juridique, est individualisée, destinée à des personnes nommées, désignées, il doit respecter les règles de procédure et de forme propres à ces décisions unilatérales. Qu'il s'agisse de la procédure contradictoire, ou de la motivation, le juge administratif maintiendra sa jurisprudence traditionnelle. Il en est de même en ce qui concerne la notification de cet acte à ses destinataires : la seule exigence nouvelle sera la mention de toutes les signatures, de chacune des personnes publiques ayant une part du pouvoir exprimé dans l'acte. Cependant, quelques particularités doivent être retenues en ce qui concerne les publications et l'application, l'entrée en vigueur des actes unilatéraux conjoints réglementaires.

## REGLES DE PUBLICITE

Le mode de publicité des actes conjoints à portée générale et impersonnelle doit obéir à des règles strictes de publication.

L'encadrement des formalités publicitaires est exigé par le caractère déployé de la norme, pour éviter les difficultés nées de la notion d'opposabilité des dispositions aux administrés. En effet, étant donné que les auteurs d'actes administratifs sont tenus à leur respect dès leur signature, les autorités conjointes doivent reconnaître la validité normatrice de l'acte dès l'instant où elles ont expressément déclaré leurs volontés ; mais, l'opposabilité d'une norme ne se conçoit que vis-à-vis des "hommes".

La pluralité des signatures laisse supposer une relative dispersion des individus, destinataires de la norme, car intégrés dans les sphères d'attributions de chacun des auteurs conjoints. La publication de l'acte doit être suffisante pour que chacun des sujets-administrés en soit régulièrement informé.

Les craintes du Commissaire du Gouvernement Genevois, à propos de l'affaire Commune Champagne de Blanzac (précitées), sont, sur ce point, effectivement fondées : "...si la publicité donnée à un arrêté intermunicipal est régulière dans une commune, et insuffisante dans une autre, faudra-t-il conclure à son application

*partielle, ou à son inopposabilité pure et simple ?*". Il serait inadmissible dans le cas de compétences partagées, que la publication par l'un des titulaires du pouvoir soit considérée satisfaisante pour accorder aux normes une applicabilité certaine, une valeur exécutoire rigide.

L'acte unilatéral conjoint devrait répondre à une "*publication conjointe*", par la voie la plus générale possible -publication dans le Recueil d'actes immédiatement supérieurs à ceux de la plus haute autorité concurrente (puisque l'égalité juridique des compétences ne s'apprécie pas en fonction de la place des auteurs dans l'ordre hiérarchique)-, suivie d'une série de publications traditionnelles à chacun des auteurs conjoints, pris isolément : ces deux séries (76) de publications devront obligatoirement être accomplies pour que l'acte juridique conjoint soit doté d'une efficacité et d'une effectivité normative.

Dès lors, si à la suite d'une publication commune, l'une des personnes administratives ne procède pas à la diffusion de l'acte, dans son secteur d'administration, l'acte serait déclaré en son intégralité, en sa totalité géographique et humaine, inopposable, donc inapplicable.

Pendant, une telle solution aurait pour effet de bloquer systématiquement toute activité interadministrative : pour éviter cette impasse, et pour prévenir tout risque de conflits d'action entre chaque signataire, il serait nécessaire de renforcer les cadres formalistes : fixation de délais de publication.

Ainsi, par exemple, à l'issue d'un délai plus ou moins long (77) établi par l'acte lui-même, ou par une loi (?), ou par le juge, en vertu de la publication conjointe et générale, l'acte serait doté d'une valeur exécutoire, opposable à tous les administrés. Quant à l'autorité qui n'aurait pas suivi la procédure publicitaire, sans contester la validité de sa déclaration de volonté initiale, elle serait, ipso facto, chargée d'assurer le respect de l'application de l'acte, son exécution, selon le principe aménagé d'une "*compétence liée*" (78).

Le contrôle juridictionnel sur les actes unilatéraux conjoints, quant à leur légalité externe, met ainsi en valeur la particularité du "*concours*"; le moyen d'annulation "*incompétence*" est alors absorbé par la nature "*inter-administrative*" de l'acte : cette caractéristique, qui conditionne l'observation de certaines formalités, ne peut être virtuellement évaluée qu'à travers l'examen contentieux de la légalité interne de l'acte.

#### \* **LEGALITE INTERNE DE L'ACTE UNILATERAL CONJOINT**

La distinction entre la "*forme*" et le "*fond*" d'un acte juridique n'est pourvue de valeur effective qu'en vertu de la classification des moyens d'annulation par le juge administratif, du fait de l'introduction de la théorie de la "*demande nouvelle*" dans le recours pour excès de pouvoir (79).

Alors que la légalité externe rassemble tous les éléments relatifs à la "*production*" de l'acte, la légalité interne réunit tous les facteurs de droit ou de fait utilisés pour la réalisation normative de l'acte. Tout élément de forme-instrumentum est l'écho d'une donnée de fond ; mais, en ce qui concerne l'acte conjoint, la norme a déterminé la forme comme la "*forme*" a conditionné l'intensité de puissance publique mise en oeuvre dans l'acte, pour chaque personne signataire. De ce fait, l'interaction "*forme-fond*" ne permet pas une séparation rigide entre les divers éléments constitutifs de l'acte ; seul, le juge peut utiliser ces différenciations classiques pour évaluer la compatibilité entre les normes posées par l'acte conjoint et l'ordre juridique qui lui préexiste.

Le contrôle de la légalité interne d'un acte administratif conjoint accentue l'investigation du juge dans le domaine "*réserve*" de l'administration. Cette insertion dans l'activité administrative connaît, cependant, des limites, dûes autant à la relativité fonctionnelle des juridictions administratives en face du pouvoir, qu'à la conception que le juge administratif a de son rôle de "*contrôleur*" de l'activité administrative. L'examen de l'acte conjoint oblige la recherche des "*causes*" de l'action, -cause antérieure, et cause finale-, mais il nécessite, de la part du juge, une attitude sévère dépourvue de toute équivoque ou ambiguïté.

## LE MONISME NORMATIF DE L'ACTE CONJOINT

Sans ignorer les caractéristiques nées du pluralisme des déclarations de volonté initial, le juge, dans le contrôle qu'il effectue sur la légalité interne de l'acte, doit en affirmer expressément le fondement unilatéral : l'acte conjoint est un acte unilatéral normateur. De ce fait, sont irrecevables les demandes fondées sur les "*vices de la volonté*", c'est-à-dire sur les comportements interpersonnels des autorités administratives lorsque la requête émane d'un particulier se prévalant d'un intérêt pour agir contre la décision. La contestation de la "*qualité du concours de déclarations unilatérales de volonté*" n'est ouverte qu'aux autorités concurrentes ; tout au plus, le requérant peut-il invoquer le défaut de signature de l'une d'elle, ou l'incompétence de l'une des autorités, en vertu de moyens de légalité interne relatifs aux motifs de droit ou de fait, ou en fonction des buts spécifiques de celle-ci.

En affirmant le monisme normatif (ce qui n'a pas pour conséquence de refuser la pluralité normative d'un acte juridique : un acte unilatéral peut effectivement introduire, dans l'ordre juridique, plusieurs normes), le juge confirme le caractère "*objectif*" de l'acte, et peut assurer le respect de la légalité dans le cadre du recours pour excès de pouvoir : la (ou les) norme(s) est (sont) identique(s) pour chacune des autorités signataires.

Dès lors, l'analyse des "*motifs*", des fondements juridiques et juridicisés de l'acte conjoint (80), ainsi que la détermination du "*but*" -intérêt général- exige l'emploi d'une méthode rigoureuse, excluant toute appréciation subjective des volontés.

## CONTROLE DES "CAUSES ANTERIEURES"

Les "*causes*" antérieures d'un acte sont tous les "*motifs*" ayant conduit à la prise de l'acte. Mais, dans le cadre de l'acte conjoint, la multiplicité des "*pouvoirs juridiques*" exprimés et manifestés ne peut faire référence à une stricte identité de base légale, ou encore, de motifs de droit. La nécessité du "*parallélisme*" des intérêts invoqués par les signataires, qui se traduit dans l'unité décisionnelle, ne peut cependant, se doubler d'un déploie-

ment de motifs de faits. Ainsi, à une pluralité de motifs de droit se greffe l'unicité de motifs de faits ; et, la régularité des objectifs n'est pas isolée des motifs : le but d'un acte administratif est nécessairement une réponse à un ensemble de raisons préalables.

**Motifs de droit :** L'étude juridictionnelle des "*motifs de droit*" s'élabore par étapes successives : le premier travail du juge sera de vérifier les habilitations légales de chaque autorité. Cette recherche équivaut à une appréciation, non seulement de la compétence, mais aussi des pouvoirs, en mettant particulièrement en valeur "*l'égalité entre ces pouvoirs*". L'exploitation du "*dossier*", conclusions, observations, l'information donnée par les "*visas*"... en seront maximales (81).

L'acte unilatéral conjoint n'est issu que de rapports égalitaires entre les signataires, indépendant de toute relation hiérarchique ou de surveillance. Le détail des composantes des "*pouvoirs*" en présence dans l'acte, permettra au juge de préciser les "*contours du domaine de compétences partagées*".

Les compétences propres à chaque autorité émettrice de l'acte peuvent résulter d'un texte législatif ou réglementaire (82), ou dépendre de la matière inter-administrative de la décision, sur laquelle le juge fonde sa norme de référence (83) - ainsi qu'il l'a déjà réalisé à plusieurs occasions, comme, par exemple, l'organisation de concours ou examens professionnels (84), et la réglementation de la circulation sur une voie intercommunale (85).

La vérification de la réalité d'une "*habilitation conjointe*" exprime la rencontre des compétences "*ratione materiae*", donc met en valeur la régularité des bases spécifiques aux déclarations unilatérales de volonté.

La validité de la "*rencontre objective*" est la première mesure du contrôle juridictionnel.

Mais, si l'une des "*habilitations*" paraît inappropriée à l'objet de l'acte, le juge pourrait-il opérer une substitution de "*base légale*", ou plutôt de base "*infra-légale*" ? : le juge administratif, à l'occasion de la vérification de tous les fondements textuels juridiques, a dégage

l'ensemble des règles et raisons de droit motivant la prise de l'acte, la substitution éviterait une réfection de l'acte, s'il parvient à les définir comme les "*conditions obligatoires de l'acte*" (86). Mais, cette intervention active ne peut s'effectuer que si les "*motifs de faits*" traduisent l'unité décisionnelle.

**Motifs de faits :** Si la pluralité de motifs de droit et de bases légales est inévitable du fait de la collaboration de plusieurs autorités administratives, distinctes et indépendantes, pour la fabrication normative, les "*motifs de faits*" explicitent l'unicité de l'acte conjoint, et par là même son maintien parmi les actes administratifs unilatéraux classiques.

La norme étant indivisible, elle doit reposer sur une situation de fait réelle, exacte, et correspondre à une appréciation "*correcte*" des circonstances. La multiplicité de motifs juridiques n'a pas pour conséquence la prolifération de faits ou événements à l'origine des actions administratives. Dans l'élaboration conjointe de l'acte, les faits ne peuvent être distincts les uns des autres, et justifier différemment chacune des déclarations unilatérales de volonté, et manifestations de pouvoir juridique : le parallélisme des intérêts commande l'unité des motifs "*antérieurs*".

Le juge de l'excès de pouvoir développera son examen des "*motifs*", et déterminera la fonction de l'"*erreur de faits*" dans l'illégalité des actes unilatéraux conjoints : la reconnaissance de la "*concordance*" des intérêts est préalable à tout contrôle contentieux approfondi.

Par la définition substantielle de l'"*unique catégorie de faits commune*", il y a vérification de l'"*exactitude matérielle des faits*", élément fondamental d'une analyse de la légalité des actes juridiques.

En établissant la réalité unitaire des facteurs fondant la décision, le juge introduirait le contrôle "*in concreto*" des éléments circonstanciels de l'acte administratif : évaluation de la "*concordance*" par l'estimation objective de la corrélation des faits avec les motifs juridiques. En effet, l'acte unilatéral conjoint semble n'avoir de place dans la classification qualitative des actes juridiques,

que dans les domaines du "*pouvoir discrétionnaire*", puisque l'autonomie de chaque autorité concurrente est irréductible ; le contrôle des motifs, par le juge de l'excès de pouvoir, dans cette matière, a connu d'importants développements : exactitude des motifs, qualification juridique des faits, appréciation de la proportionnalité mesure-faits, de leur nécessité,... ; à l'immixtion juridictionnelle dans un secteur réservé d'action s'est réalisée par la création de normes jurisprudentielles (87), et rien n'empêchera le juge d'ajouter au secteur "*adéquation mesure-faits*", un nouveau champ de juridictionnalité "*corrélation compétences conjointes-faits identiques*".

Dès l'instant où la rencontre est établie à partir d'un ensemble de motifs communs, le juge administratif pourra aborder l'analyse des cas de pluralité de motifs, en extrayant le "*motif déterminant*", unique et unitaire : la question de l'adéquation et de la corrélation des motifs à la norme ne peut porter que sur ce dernier motif (88).

Le motif déterminant est extérieur aux volontés intrinsèques, et ainsi se distingue des considérations accessoires : il justifie la décision finale de manière spécifique et autonome ; la confrontation "*fait-norme*" dans l'acte conjoint confirme la connexion "*compétences conjointes-motifs communs*"; sans cette unification, le juge censurerait l'acte en son intégralité soit pour violation de la loi (incompétences flagrantes matérielles), soit pour erreur de droit (absence de conjonction juridique des pouvoirs), soit pour erreur de faits (défaut de motif déterminant unificateur).

En précisant ces rapports juridiques, le juge administratif rattache les pouvoirs en un seul objectif, en un seul but.

## CONTROLE DE LA "CAUSE FINALE"

La "*cause finaliste*" est un but objectif visé par tout acte administratif unilatéral. Dans la recherche de l'ajustement des motifs de faits aux motifs de droit, conçu comme le "*domaine raisonnable du pouvoir discrétionnaire*" (89), le juge évalue la fonction de l'intérêt général, but commun réunificateur de l'acte, mais il pourrait être tenté par un contrôle subjectif des "*mobiles*" ;

cependant la circonstance de "*réalité de fait unique*" le contient dans les limites traditionnelles de ses fonctions (90).

Le caractère unilatéral de la norme imposera au juge une conduite strictement encadrée par la notion de "*finalité normative*" objective de l'acte conjoint : seul l'effet juridique fait l'objet du contrôle juridictionnel (91).

En dépit des allégations pessimistes de M. Genevois, il n'y aurait pas "*complication*" excessive de la tâche du juge administratif : le but de l'acte conjoint se définit en liaison avec le motif déterminant dégagé au préalable à l'aide d'une série de facteurs référentiels (de forme instrumentale : visas, le cas échéant, date, motivation, s'il y a lieu ; de procédure : avis préalables ; et événementiel, factuel : circonstances antérieures communes, puisqu'il est impossible de concevoir une série d'adhésions postérieures à l'acte lui-même (92).

Au motif déterminant correspond le "*but déterminant*", et dans ce cas, peu importe si l'acte normateur a pour effet de satisfaire à d'autres intérêts - d'ordre privé ou financier (93), ou même public, propre au domaine d'attributions d'une seule des autorités concurrentes.

En droit positif, à une seule et même situation de fait (ou de droit) ne correspond qu'un seul et unique but, obligatoirement d'intérêt général, cela même s'il est la résultante d'une série d'intérêts publics, locaux, spécialisés et similaires. Cette circonstance ne suffit pas, à elle seule, pour entacher l'acte conjoint de détournement de pouvoir. Le détournement de pouvoir ne pourrait se concevoir que dans le cadre des "*comportements administratifs*", c'est-à-dire les relations entre personnes administratives concurrentes : si la rencontre de volontés se réalise en fonction d'une "*entente illicite*", plus ou moins transactionnelle, l'acte sera annulé. Mais, alors, il serait plus approprié de nommer ce vice "*détournement de procédure*".

Le détournement de procédure équivaut au reniement du caractère "*fortuit*" de l'acte conjoint (marchandages), et à son utilisation volontariste dans des buts inavouables, mêmes communs (94).

En fin de compte, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, l'introduction d'un nouveau concept d'acte unilatéral ne provoquerait pas de bouleversements radicaux de la jurisprudence traditionnelle, qui a déjà, en quelques occasions, bâti les fondements d'une éventuelle reconnaissance de l'acte unilatéral conjoint.

L'acte administratif unilatéral dit "*conjoint*" (commun, collectif ou inter-administratif) n'est pas absent des techniques juridiques de l'action administrative : il a "*sa*" place dans la nomenclature des actes juridiques unilatéraux. La configuration pluraliste de son processus décisionnel, et l'unicité de son objectif, exprimée dans l'unité de la norme finale, le singularisent par rapport aux actes administratifs classiques.

Son étude pourrait apparaître comme dépourvue d'intérêt pratique, voire même inutile et absurde (95), elle pourrait n'être qu'une construction théorique, sans lien avec les réalités jurisprudentielles, mais l'appréhension des réalités juridiques conduit à une perception des modifications des méthodes politico-administratives. Ces transformations la justifient ; l'approfondissement de la notion de "*décentralisation*" par la mise en oeuvre de règles d'autonomie d'action et d'accroissement des pouvoirs, des compétences des autorités locales (96) accentuera inévitablement les phénomènes de participation, de collaboration et de coordination administrative.

Aujourd'hui, le Conseil d'Etat admet, indirectement, la notion de "*co-auteurs*" d'un acte unilatéral, surtout à l'occasion des procédures consultatives où il est lui-même, partie émettrice d'un consentement (97) ; il intègre au processus décisionnel l'adhésion de déclarations de volontés supplémentaires, indispensables à l'édiction de l'acte.

Demain, peut-être, suite au déploiement des actions interadministratives il enterinera la notion vieillie d'"*acte collectif*", d'acte conjoint, d'acte issu d'une pluralité de déclarations unilatérales de volontés autonomes. "*Tous les actes juridiques s'adressent à des hommes, à des sujets humains : tous consistent à poser des normes relatives à leur conduite ou à leur condition...*" écrivait C. Eisenmann (98) ; le juge administratif ne saurait se couper des fondements sociologiques du droit administratif :

ce sont les "êtres humains visés ou atteints en définitive, par les actes juridiques" qui déterminent le champ des compétences matérielles.

Dans tout domaine "*inter-administratif*", quelque soit l'objet de l'action (interministérielle, interpréfectorale, interdépartementale, intercommunale... ainsi qu'entre toutes personnes dotées de pouvoirs administratifs équivalents, en vertu de missions "*de service public*" : fédérations sportives, établissements publics administratifs...) seuls les actes unilatéraux conjoints pourront en régir les situations, en régler les conduites, en réguler les activités : le monde du droit est un monde d'hommes.

## NOTES

(1) Les deux catégories : acte unilatéral, et contrat, sont effectivement les cadres de référence auxquels la loi ou toute autre règle de droit attache des conséquences juridiques, c'est-à-dire dont elle fait la condition nécessaire et généralement suffisante pour que certaines solutions s'imposent au juge" M. Waline. "Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques" **Mel. Dabin**, 1963, p. 359 ; La recherche "d'éclatement" de ces catégories reste toutefois limitée, entre autres : acte prospectif (P. Chapal "Recherches sur la notion et le régime juridique des actes à caractère prospectif" AJDA 1968, p. 323), acte consultatif (Y. Weber **L'administration consultative** LGDJ 1966), acte mixte (Y. Madiot **Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français** LGDJ 1971), acte directif (F. Chevallier "Contribution à l'étude des actes directifs" Th. Paris 1976)... Ces actes "nouveaux" ne sont que des actes "dérivés" des deux catégories de base.

(2) Dans la mesure où le juge pourvoit aux "lacunes du droit" (normatives), si lacune il y a, en l'occurrence, elle n'est que de pure forme.

(3) V. Y. Gaudemet **Les méthodes du juge administratif** LGDJ 1972, p. 262 et s., de l'imprécision "volontaire" des règles jurisprudentielles.

(4) De la méthode analytique jurisprudentielle aux nouveaux procédés de management public...

(5) C. Eisenmann "Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique" Arch. de Philo. du Droit 1966 p. 26.

(6) CE 9 mai 1980 Commune "Champagne de Blanzac" (Charente) R.221, concl. Genevois (non publiées, req. 15533, séance du 25 avril 1980) ; note M. Bellanger, AJDA 1981, p. 403.

(7) Ce terme de "conjoint" a été énoncé par le Commissaire du Gouvernement Genevois, M. Bellanger (dans sa note précitée) fait appel à la notion oubliée d'"acte collectif" tandis que le Conseil d'Etat, refusant ces qualificatifs, évoque l'idée d'une "concordance" ("...police...exercée en "commun"...sous forme d'arrêtés "concordants"...(ou) arrêté unique signé par les deux...").

**N.B.** : l'ensemble des conclusions de M. Genevois, en ce qui concerne le problème spécifique du partage de pouvoirs sur un même domaine d'activité administrative, se révèle particulièrement hostile à toute appréhension d'un nouveau concept d'acte administratif unilatéral "conjoint".

(8) V. L. Duguit **Traité de Droit constitutionnel** ed. 1926, Tome I, Chap. III, p. 272, "Théorie générale de l'acte juridique" RDP 1919, p. 313, "Collective acts as distinguished from contracts" Yale Law Journal, April 1918, XXVII n° 6, p.753 ; V. Kuntze "Der Gesamtakt" cité par L. Duguit, et G. de Bezin "Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe" Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse 1905, p. 289. Le terme allemand "Gesamtakt" fut traduit "collectif", or, la racine "Gesam" évoque plutôt l'idée d'une "totalité", d'une "complétude", et non pas un "accord".

(9) V. G. Koubi "L'application de la notion d'acte collectif en droit administratif français", Th. 3ème cycle Paris 1978.

(10) Sur ces points v. Y. Gaudemet **Les méthodes du juge administratif** p. 158 et s.

(11) Dans ses conclusions sur l'affaire Commune de Champagne de Blanzac, précitées, M. Genevois recherche les difficultés que le juge aurait à surmonter s'il admettait l'existence d'actes "conjoint", mais il n'envisage nullement les problèmes relatifs au contrôle de leur légalité.

(12) P. Ferrari, "Essai sur la notion de co-auteurs" **Mel. Eisenmann**, ed. Cujas, 1977, p. 215.

(13) G. Roujou de Boubee **Essai sur l'acte juridique collectif** LGDJ 1971.

(14) La hiérarchie des normes -sur laquelle se fonde le principe de la soumission de l'activité administrative au droit- est fonction directe de la hiérarchie des compétences, des organes administratifs. Mais le concept juridique "d'administration générale" est indépendant de cette figuration : l'acte "collectif" était indépendant de toute référence "organique"...

(15) V. les définitions de l'acte collectif comme "assemblage de mesures individuelles absolument identiques..." J.M. Rainaud **Distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel** LGDJ 1966, p. 19/20, définitions retenues par le juge (v. la classification des actes aux Tables du Recueil Lebon).

(16) Notamment à propos des arrêtés interministériels...

(17) Ou même implicite : en droit administratif, la règle selon laquelle le silence gardé par l'administration équivaut à une décision de refus ne contredit nullement la formalisation de la volonté ; si un texte législatif ou réglementaire énonce une règle contraire en des domaines particuliers, l'autorité "volontariste" n'est pas "ignorante" de l'effet juridique que peut comporter son silence...

(18) V. M. Hauriou et G. de Bezin "La déclaration de volonté dans le droit administratif français" Rev. Trim. de Droit Civil 1903, p. 543, R. Goy "Les éléments psychologiques de l'acte juridique en droit public français" Th. Paris 1958 Tome I, p. 25 : "Les éléments psychologiques

.../...

.../... sortent du domaine juridique, si, internes, à une volonté, ils ne peuvent faire l'objet d'aucun contrôle juridictionnel, et réciproquement, les éléments semblent perdre leur caractère psychologique si, manifestés, ils s'incarnent dans une forme objective...".

(19) Le vice est une "imperfection" qui rend la volonté "impropre à sa destination". L'anomalie ainsi constatée entache la norme, et par voie de conséquence les actes matériels ou juridiques qui peuvent en être l'application ou le prolongement. V. Code Civil art. 1109 à 1118.

(20) V. G. Durry, rapport sur "l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français" Trav. Ass. H. Capitant 1961-1962, p. 611.

(21) Le principe de légalité exprime un rapport entre "normes" et non entre "compétences".

(22) V. G. Dupuis "Définition de l'acte unilatéral" **Mel. Eisenmann** Ed. Cujas 1977, p. 204 (critique de la notion de "volonté collective", et importance de la fonction "normative" de l'acte), v. H. Kelsen **La théorie pure du droit** Ed. Dalloz - trad. Eisenmann 1962, p. 286-287.

(23) V. J.L. Aubert **Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat** LGDJ 1970, J. Georget "Formation du contrat administratif : accord des volontés" J.C.A Fasc. 507.

(24) H. Kelsen "La théorie pure du droit" p. 343-345.

(25) V. G. de Bezin "Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe"... p. 339 et s. Tout "croisement", selon Brondi, est l'indice de la bi- ou multi-laréalité contractuelle de l'acte : il n'y a pas rencontre "fortuite" de volitions déterminantes, les volontés ne s'expriment qu'en vertu du point de rencontre "subjectif".

(26) V. P. Ferrari, "Essai sur la notion de co-auteurs d'un acte administratif unilatéral..."

Les avis, les propositions...sont des manifestations de volonté d'organes non investis de pouvoirs juridiques. Dépourvue de valeur "juridicisable" intrinsèque, ces déclarations ne peuvent être isolées de la procédure d'élaboration des actes administratifs -negotium-, elles ne peuvent non plus, être appréciées indépendamment de la norme -encore en devenir (analyse juridictionnelle de leur "influence" sur la "substance" de l'acte).

(27) Il faut néanmoins remarquer que le processus d'élaboration de tels actes induisent une idée paradoxale en droit administratif : l'autorité -auteur est appelée à consulter des organismes "intéressés" à l'acte -en devenir- alors que le juge n'hésite pas à qualifier l'acte final "à portée générale et impersonnelle", soit réglementaire. Certes, dans ces cas, seule la valeur normative est le terme de référence, mais la notion subjective de l'intérêt pour agir suppose encore que les organismes consultés représentaient les "futurs" et éventuels requérants contre cet

.../...

acte. On pourrait, dès lors, effectivement admettre la notion d'acte mixte étudiée par Y. Madiot (précitée), ou reconnaître la particularité "conventionnelle" de ces actes (v. M. Djuvara "L'idée de convention et ses réalités juridiques" Arch. de Philo. du Droit 1940, p. 9).

V. CE 23 octobre 1974 Valet et Association pour la défense des intérêts professionnels de la boucherie du Bassin Parisien, R.500, AJDA 1975, note Ch. L. Vier, p. 364 ; CE 4 juillet 1975 Syndicat National du Commerce de la Chaussure R.404 ; CE 18 mars 1977 Chambre de Commerce de La Rochelle, R.153, concl. Massot...

(28) La hiérarchie administrative s'établit en fonction de données organiques ou personnelles (statutaires). Virtuellement, il n'existe pas de hiérarchie entre les "compétences de réglementation générale" ; il y a pouvoir juridique "équivalent" entre toutes personnes publiques relevant de régimes juridiques similaires dans le cadre de ces compétences générales.

(29) V. H. Kelsen **La théorie pure du Droit**... p. 287 et s.

(30) \* Selon l'expression de P. Py **Le rôle de la volonté dans les actes juridiques unilatéraux** LGDJ 1976, p. 23. V. CE ass. 28 mai 1971, Min. de l'Équipement et du Logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet dénommé Ville Nouvelle-Est R 409, concl. Braibant, RDP 1972, p. 454 note M. Waline, JCP 1971-II-16873 note Homont... de la nécessité d'adapter le droit aux circonstances "réelles".

(31) Ce qui contredit les dires de G. Roujou de Boubée ("Essai sur l'acte collectif en droit privé"...), qui estime que la fusion des déclarations de volontés a pour effet de les absorber et de lier les personnes en l'acte - dans notre cas, les pouvoirs restent distincts. Le caractère objectif de la norme de base laisse aux signataires le pouvoir juridique d'adaptation et d'application, ce qui n'exclut par une collaboration à ce niveau, notamment sur le plan des exécutions ponctuelles.

(32) Selon Y. Gaudemet ("L'avenir de la juridiction administrative", G.P. 1979-II-511) l'origine jurisprudentielle du droit administratif dérive essentiellement de la conception réaliste que le juge a des actions administratives, ainsi le juge s'est donné la tâche d'élaborer le droit particulier applicable à l'administration...

(33) V. note J.M. Auby sur CE 6 mars 1981 Association de défense des habitants du quartier de Chèvre-morte RDP 1981, p. 1695.

(34) V. C. Eisenmann "Les fonctions des circonscriptions territoriales dans l'organisation de l'administration" Mel. Waline 1974, p. 415 notamment p. 428.

(35) "preuve" ou "présomption"... v. A. Calogeropoulos "Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux" Th. Paris 1975, p. 533 et s.

(36) Puisque le caractère décisif de l'acte ne dépend pas des "signatures", ni de la répartition des compétences, mais plutôt de l'objet de l'acte (compétence *ratione materiae*), il faudrait envisager ce problème en vertu des "attributions" et non de la sphère territoriale d'activité des personnes morales ; la "connexion" entre les matières pourrait-elle se traduire dans une collaboration ?

(37) V. M. Rousset **L'idée de puissance publique en droit administratif français** LGDJ 1959.

(38) "Le rôle de la volonté dans les actes juridiques unilatéraux"... -étude essentiellement axée sur les notions de "compétence" liée ou discrétionnaire....

(39) CE 6 janvier 1922 Aubrun R 15, ..., CE 12 janvier 1971 Syndicat national de l'enseignement technique agricole public R 50...

(40) CE 19 avril 1961 Union nationale des A.P.E.L. et Caille AJDA 1961 p. 483 ; CE 7 juillet 1965 Fédération nationale des transporteurs routiers R 413 ; CE 16 janvier 1970 Association générale des institutions de retraite des cadres R 23 ; CE 13 octobre 1976 Marcovici req. 98625 R. Tab. 723...

(41) V. P. Ferrari "Essai sur la notion de co-auteurs d'un acte unilatéral"... p. 220 notes et références 18, 19, 20 ; CE 29 juin 1979 Union des chambres syndicales d'affichage et de publicité extérieure req. 10556 R. Tab. 593.

(42) V. CE 1 mars 1974 Syndicat des médecins du Bas-Rhin R. 157 ; CE 16 octobre 1964 Min. de l'Intérieur c/ Commune de Longlaville AJDA 1965, p. 150...

(43) V. CE 27 janvier 1967 Syndicat national des importateurs français en produits laitiers et avicoles RDP 1967, p. 781....

(44) V. J.P. Timbal "Le contreseing ministériel" Th. Toulouse 1975, p. 14 et s. A. Bousquet "Les contreseings dans la Constitution de 1958" mem. D.E.S. Rennes 1968, p. 29 et s.

(45) Les formulations de A. Calogeropoulos "**Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux...** p. 580) sont sur ce point, quelque peu ambiguës : "L'organe compétent est donc composé tant par le signataire que par son contresignataire. Il s'agit d'un organe collectif..." - ce qui laisse supposer une certaine collégialité, mais s'agit-il réellement d'un "organe" compétent ?

Seraient ainsi annulables les décrets auxquels n'auraient pas participé les ministres intéressés - v. CE 25 janvier 1963 Lemaesquier AJDA 1963, p. 100 - CE 7 novembre 1969 De Sigala req. R. Tab. p. 709 - CE 13 février 1981 Association pour la protection de l'eau et des ressources naturelles du bassin inférieur du Doubs R. 88 - CE 1 juin 1979 Association "Défense et promotion des langues de France" R. 252 concl. Hagelsteen...

(46) V. Y. Weber **L'administration consultative...**, G. Isaac **La procédure administrative non contentieuse** LGDJ 1968 ; R. Hostiou **Formes et procédure de l'acte administratif en droit français** LGDJ 1975 ; G. Dupuis (études coordonnées par...) **Sur la forme et la procédure de l'acte administratif** Coll. Economica 1979, p. 80 et s., p. 112 et s.

(47) V. J.M. Auby "Le régime juridique des avis dans la procédure administrative" AJDA 1956, p. 53.

(48) Il ne faut pas en déduire que les pouvoirs du "processus" est soumis au pouvoir du "préposé" et inversement (cas des propositions incitatives...) : avis ou propositions s'insèrent dans un même schéma directeur : la liaison est "obligatoire", ce qui n'est pas le cas dans la réalisation de l'acte conjoint où les volontés sont libres de leurs déclarations ; seule la rencontre "fortuite" suffit à différencier ces deux catégories d'actes...

(49) CE 19 décembre 1956, Dame Lanctin R. Tab. 607 ; CE 29 janvier 1969 Dame Veuve Channebout R. 43 ; CE 12 janvier 1972 Caisse des Dépôts et Consignations c/ Picot R. 33 ; v. concl. Mosset sur CE 7 janvier 1955 Ged D. 1955, J. 69...

(50) L'avis ou le défaut d'avis peuvent-ils atteindre la "substance" de l'acte ? Si l'on considère que la substance juridique de l'acte est la "norme", la "formalité substantielle" aurait une définition autonome, or le juge se garde le droit de juger de lui-même, selon les espèces de la substantialité ou non d'une forme par rapport à une norme. Quoiqu'il en soit le rapport entre les déclarations de volonté dans un acte pris sur avis conforme est toujours conditionné par la "réunion" inégalitaire des manifestations volontaires, velléitaires.

(51) Loi du 2 mars 1982, modifiée par Loi du 22 juillet 1982 - Le phénomène "associatif" tel qu'il existe, dans les faits, aujourd'hui, est appelé à se développer... ce n'est qu'une prémisse de la nécessité de considérer l'éventualité de "relations ponctuelles en dehors des cadres contractuels. La suppression des pouvoirs de contrôle sur les organes décentralisés (substitution, approbation, autorisation...) conduit à une transformation des activités administratives : la décentralisation n'est réalisable qu'à travers la coopération, indépendamment de toute superstructure...

(52) V. F. Gazier "Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950" EDCE 1951, p. 77 ; M.J. Guedon "La classification des moyens d'annulation des actes administratifs - réflexions sur un état de travaux" AJDA, 1978, p. 82.

(53) V. J.M. AUby et M. Fromont **Le recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté Economique Européenne** Lib. Dalloz, 1971, p. 94 et s., p. 318 et s.

**N.B.** : En droit administratif français, ces notions "dol", "lésion", "erreur"

dans les rapports entre administrateurs, sont difficilement envisageables : dans la mesure où il n'existe pas de transactions préalables, les déclarations de volonté sont émises de manière autonome : seule, la "violence" peut ainsi recevoir une application contentieuse : interdiction des pressions extérieures émanant essentiellement des autorités concurrentes, et par suite, interdiction d'un quelconque pouvoir de substitution de la part d'une personne publique ou du juge... V. cependant, jurisprudence relative aux délibérations communales : CE 2 février 1938 Graulière R.117.

(54) Ce qui est parfaitement tangible en ce qui concerne les arrêtés interministériels, v. A. Delion "Les conseils et comités interministériels" AJDA 1975, p. 268.

(55) G. Pepin et V. Ouelette **Principes de contentieux administratifs...** Québec ed. Yvon Blais, Inc. 1979, p. 188 et s.

(56) G. Liet-Vaux et J. Georget Joa - Fasc. 660 - V. CE 7 juillet 1966 Fédération nationale des transporteurs routiers R 413.

L'aménagement des compétences s'établit toujours en fonction de la hiérarchie des normes, et non en vertu des rapports inter-administrateurs, dans le cadre objectif du recours pour excès de pouvoir.

(57) Ou annulé partiellement selon les circonstances et les personnes impliquées dans l'acte - en tout état de cause, l'acte est intégralement annulé si, seulement deux personnes administratives ont concouru à sa formation.

(58) En effet, les nouvelles dispositions tendant à la décentralisation des autorités administratives locales (voir Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 [art. 2.3.4.], modifiée par Loi n° 82-623 du 22 juillet 1982, et circulaire du Ministère de l'Intérieur du 22 juillet 1982) peuvent susciter une réforme des Tribunaux Administratifs. La mise en place de structures particulières et de procédures mixtes (contentieuses et administratives) pour la vérification de la légalité des actes unilatéraux locaux suppose la mise en oeuvre de processus d'ordre, d'auto-discipline dans les rapports administratifs semi-hiérarchisés (Etat-collectivités locales). Mais pour respecter l'autonomie des autorités locales, pour réaliser la décentralisation, il faudra admettre la possibilité pour les organes considérés de s'associer en des actions ponctuelles, de se rencontrer sur des actes précis. Ces associations, rencontres, concours sont d'ordre administratif et les tribunaux doivent alors faire face à des relations inter-administratives qui ne sont pas pour autant des usurpations de pouvoir, ou des empiètements de compétences.

(59) V. M. Stassinotoulos "Traité des Actes administratifs" Athènes 1954.

(60) V. Concl. Kahn sous CE 23 mars 1956 Dame Veuve Ginestet AJDA 1956 II p. 164 ; G. Berlia "Le vice de forme et le contrôle de la légalité des actes administratifs RDP 1940-1941, p. 370.

(61) Dans la mesure où le concours doit être exprès, il est difficile de concevoir l'existence d'actes conjoints oraux, tacites ; cependant, en certains cas, on pourrait estimer qu'à une série de demandes identiques (pétitions, demandes), l'opposition de refus identiques peut constituer un acte implicite conjoint.

(62) Bien que cette théorie n'ait jamais reçu une complète application, en droit administratif, et semble dépourvue d'efficacité dans les relations entre personnes administratives... v. note de O. Bellanger sur CE 9 mai 1980 : AJDA 1981, p. 103 - sur l'ensemble de la théorie, V. CE 29 octobre 1965 Dame R... concl. Ribaud :D. 1966, J. 105 ; CE 12 avril 1972, Drier, note J.M. Auby D. 1972 J. 601 ; J. Georget JCA Fasc. 665 n° 95 à 99...

(63) Dans le cadre de l'acte conjoint, la date aurait une fonction supplémentaire : vérification du "fait" commun, antérieur à la rencontre des déclarations de volonté. Ainsi, la date serait une forme "écho d'une donnée de fond", selon l'expression de G. Dupuis (cours 1975-76 DEA, poly. Paris I).

(64) V. J. Chevallier "L'interdiction pour le juge de faire acte d'administrateur" AJDA 1972, p. 67.

(65) V. G. Dupuis "Les visas apposés sur les actes administratifs" **Mel. Waline** LGDJ 1974, p. 409. Les visas ne sont que des références à un ou plusieurs texte en vertu du ou desquels l'acte aurait pu être pris ; s'agissant d'un acte conjoint, la pluralité de textes invocables ne saurait rendre compte de l'objet "inter-administratif" de l'acte.

(66) V. art. 3 - Loi du 11 juillet 1979 - JO 12/7/79 p. 1711 ; v. S. Sur "Motivation ou non-motivation des actes administratifs" AJDA 1979, p. 3.

(67) CE 24 juillet 1981 Belasri AJDA 1981, p. 473.

(68) V.P. Ferrari "Essai sur la notion de co-auteurs...." op. cit.

(69) V. R. Hostiou "Formes et procédure..." op. cit. p. 26 ; J.M. Auby "Le régime juridique des avis..." op. cit.

Cette distinction est fondamentale : l'acte conjoint ne peut être assimilé au "produit" fini d'une procédure institutionnalisée ; il est comme tout acte unilatéral le résultat d'un processus décisionnel unique.

(70) La remise en cause du "concours" de volonté ne peut avoir lieu que lorsqu'une des autorités invoque le "comportement administratif irrégulier" d'une autre autorité à son égard : elle ne saurait, sans se désavouer elle-même, fonder ce recours qui lui est "personnel" sur un vice tenant à l'avis qui lui a été donné.

(71) V. CE 27 janvier 1967 Syndicat national des Importateurs français en produits laitiers et avicoles et Sté Decker et Cie R. 41 ; CE 19 juin 1975 Association nationale des assistants en droit et sciences économiques R. 360 ; CE 6 avril 1972 Lepetre R. 149.

Alors que dans le cas de "vices de la volonté", le juge est appelé à sonder les rapports psycho-administratifs, dans le cadre du processus décisionnel dit "opération normatrice", aucune déclaration unilatérale de volonté ne peut être isolée de la norme, qui est la "substance juridique de l'acte".

(72) V. R.E. Charlier "La technique de notre droit public est-elle appropriée à sa fonction ?" EDCE 1951, p. 32 (v. notamment p. 56 : "... Normalement la censure d'un élément entraîne celle de l'acte tout entier, tout indissoluble"...). Il serait nuisible de recourir à la technique analytique des annulations partielles dans le contentieux de l'acte conjoint - ce qui pourtant, existe lors du contrôle juridictionnel d'arrêtés interministériels, lorsque le juge constate la "détachabilité" d'une norme. La logique d'un raisonnement unificateur est un prolongement de la recherche de cohésion des actions administratives, pour le maintien d'un strict rapport de légalité. V. CE 27 février 1981, Syndicat des naturalistes de France et autres R. p. 112-113.

(73) CE 13 janvier 1971 Association amicale des anciens élèves de l'Institut national agronomique R. 29. V. CE Syndicat des naturalistes de France et autres, précité, dans cette affaire, en vertu de l'irrégularité de procédure, l'arrêté interministériel "... doit donc être annulé dans son ensemble". (R. p. 113).

(74) Voir les manuels du Contentieux administratif, notamment : J.M. Auby et R. Drago **Traité de contentieux administratif** DGDJ Tome II, n° 1102 et s.

(75) Voir le problème soulevé par l'arrêt CE 7 mars 1975 Association des amis de l'Abbaye de Fontévrard R. 179, note R. Houstiou "L'omission d'une consultation obligatoire et la notion de vice de forme substantiel" AJDA 1976, p. 203.

Il faut remarquer que le juge se refuse à définir expressément les fondements de la distinction entre les formes substantielles ou non : il s'arroge le droit de les qualifier telles ou non, en vertu de critères imprécis qui relèvent de l'opportunisme.

(76) Du Recueil d'actes supérieur, aux publications "personnelles" (affichage, insertion dans la presse... etc.).

(77) Délai qui devra tenir compte des éventuelles réclamations contentieuses : inférieur à deux mois (?).

(78) Selon le principe de l'autorité de "chose décidée"...

(79) V. CE 20 février 1953 Société Intercopie R.88.

(80) La base légale est "constituée par l'ensemble des règles générales qui définissent les pouvoirs de l'administration" -juridiques- "et par la situation de fait particulière à laquelle les pouvoirs en l'espèce s'appliquent" -juridicisés-, v. F. Gazier "Essai de présentation des ouvertures du recours pour excès de pouvoir..." op. cit.

**(81)** V. Y. Gaudemet "Les méthodes du juge administratif"... ; B. Pacteau "Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif" Trav. et Rech. Clermont-Ferrand 1977, p. 69 et s. ; v. CE 21 juillet 1970 Parent req. 77166 (...en l'absence de réponse de la part de l'administration concernée, "...le juge n'a pas été mis à même d'exercer le contrôle de la légalité qui lui incombe...").

**(82)** V. CE 25 juillet 1975 Dame Akoa RDP 1976, p. 601 ; CE 20 octobre 1969 Société de meunerie R. 458 ; CE 7 juillet 1965 Fédération nationale des transporteurs routiers R. 413.

**(83)** V. C. Pasbecq "De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir" RDP 1980, p. 803 - le juge se crée ses normes de références pour affiner son contrôle de la légalité des actes administratifs. Ex. : CE 7 juillet 1978 Syndicat des avocats de France et autres R. 297, AJDA 1979 obs. Dutheillet de Lamothe et Robineau p. 28, RDP 1979 concl. Thery, p. 263 ; CE 21 avril 1971 Société Entrepris Galais-René et Cie R. 283.

**(84)** CE 30 juin 1978 S.N.E.S. req. 5410-5593 ; CE 8 février 1978 Syndicat des agents supérieurs des administrations centrales et assimilés C.G.C. req. 05949 ; CE 13 janvier 1971 Association amicale des anciens élèves de l'Institut national agronomique (précité).

**(85)** CE 9 mai 1980 Commune de Champagne de Blanzac (précité).

**(86)** V. M.J. Guedon "Régularité interne et pouvoir de substitution du juge administratif" AJDA 1981, p. 447 ; NB : v. CE 6 novembre 1970 Syndicat du personnel navigant commercial R. 650, sur un cas de substitution impossible. Dans le domaine de l'acte conjoint, les motifs de droit sont centralisés sur la notion de base légale, dans son sens le plus large, relative à la détermination des "affaires communes", laissant ainsi aux autorités administratives indépendantes, le libre choix décisionnel nécessaire, indispensable à la cohérence des concours de déclarations de volonté.

**(87)** V. C. Pasbecq "De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir"... RDP 1980.

**(88)** La recherche du motif déterminant est indépendante des considérations subjectives. V. A. Gandolfi "Les motifs déterminants dans le recours pour excès de pouvoir" JCP 1964 chr.1835 ; dans l'expression "motif déterminant" deux éléments co-existent "d'une part un motif de caractère objectif, d'autre part une qualité qui résulte de la prise en considération de ce motif". V. CE 22 mars 1968 Société des laboratoires Beytout req. 66842.

**N.B.** : L'exclusion des motifs surabondants est indispensable dans le domaine du contrôle contentieux des actes conjoints ; l'action et l'exercice de chaque pouvoir sont animés de multiples considérations de droit ou de fait : le juge doit les "réunifier" sur un seul élément, obligatoirement commun, et fondant strictement, objectivement la "norme" ; tel est le "motif déterminant" de l'acte conjoint.

(89) Selon l'expression de B. Pacteau ("le juge de l'excès de pouvoir et le contrôle des motifs..." p. 208).

(90) L'intérêt général peut aussi bien être des "motifs" que du "but" des actes unilatéraux ; le juge administratif l'érige en "règle" générale d'action, ainsi, il limite virtuellement son contrôle à la norme juridique.

(91) V. M. Virally **La pensée juridique** LGDJ 1970 (p. 93 : "Les conséquences juridiques attachées à un acte par la norme juridique se produisent sans intervention de la volonté..."). V. C. Eurieult "But et motifs de l'acte administratif unilatéral" Th. Paris 1972, p. 70 et s. Un acte unilatéral normateur est l'acte qui produit des effets "indépendamment du consentement des ses destinataires", et autonomes par rapport aux signataires : la norme transcende l'acte juridique, (v. C. Eisenmann cours 1953-54 **Régime de droit public et régime de droit privé** LGDJ 1982, tome I).

(92) En vertu de la définition même de l'acte conjoint.

(93) S'il n'existe pas de "présomption irréfragable d'intérêt public" (v. D. Truchet **Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat** LGDJ 1977, p. 224 et s.), si le but déterminant est effectivement d'intérêt général, même si l'acte vise supplétivement d'autres intérêts : v. CE 7 novembre 1979 Min. de l'Equipement et de l'Aménagement du Territoire c/ Association "La renaissance du Vieux Metz" R. Tab. p. 613 ; CE 3 février 1975 Rabot R. 82, note A. Sabiani AJDA 1975, p. 467 ; CE 20 juillet 1971 Ville de Sochaux R. 561.

(94) Seule cette "utilisation" illégale peut être invoquée par le requérant particulier intéressé à la norme ; le contrôle du "marchandage" est une variante du contrôle indirect des "mobiles" de l'auteur de l'acte unilatéral. La doctrine a depuis longtemps lié les composantes du détournement de pouvoir avec les données du détournement de procédure (v. F. Gazier "Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950" EDCE 1951...).

(95) V. C. Eisenmann cours 1953-54 : "... on s'excuse de ne pouvoir taxer autrement que d'absurde une distinction entre les accords de volonté... ; ...il ne peut y avoir de volontés concourrantes, accordées, concordantes qui ne veulent pas le même objet...".

(96) V. C. Atias et D. Linotte "Le mythe de l'adaptation du droit au fait" D. 1977, p. 251. La valeur sociologique du droit est dépassée par l'évolution perpétuelle des réalités ; l'acte conjoint serait plus "adapté" à celles-ci, v. CE 5 novembre 1980 Fédération nationale des Transports routiers et autres -req. 10.148.

(97) V. CE 16 novembre 1979 Syndicat national de l'éducation physique de l'enseignement public AJDA 1980, p. 195 (de l'utilisation de l'adverbe "conjointement" qui marque l'intransigeance du "consentement" - avis conforme). V. CE 22 janvier 1982 S.A. Allumettière Française R. 38 (de l'obligation législative d'une action conjointe interministérielle, explicitement relevée par le juge administratif).

(98) "Les fonctions des circonscriptions..." **Mel. Waline** 1974, p. 428.

Université de Droit, d'Economie et des Sciences  
d'Aix-Marseille

Faculté de Droit et de Science Politique

*Institut Portalis*

**CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT**

**Vème Colloque de l'Association Française de Philosophie  
du Droit**

**22 et 23 mai 1985**

**LA PHILOSOPHIE**

**à l'épreuve du phénomène juridique :  
DROIT ET LOI**

Mercredi 22 mai : Examen empirique

Présentation des réponses au questionnaire international relatif à la distinction du droit et de la loi.

Premier thème : Le droit privé français.

Rapport de M. le Professeur Christian Atias.

Deuxième thème : Les droits casuistiques.

- Droit et loi dans les civilisations de l'oralité.  
Rapport de M. le Professeur Raymond Verdier.
- Droit et loi à Rome à la fin de l'époque classique.  
Rapport de M. le Professeur J.-P. Coriat.
- Droit et loi dans le système juridique anglo-américain.  
Rapport de M. le Professeur John H. Crabb.

Troisième thème : Le droit public français.

Rapport de MM. les Professeurs Jean-Yves Chérot  
et Louis Favoreu.

Quatrième thème : Le droit international public.

Rapport de M. le Professeur Maurice Flory.

Jeudi 23 mai : Questions de philosophie du droit

Premier thème : Droit et loi chez Spinoza.

Rapport de M. le Professeur P.-F. Moreau.

Deuxième thème : Droit et loi dans les Ecoles du droit naturel.

Rapport de M. le Professeur Alain Sériaux.

Troisième thème : Droit et loi dans la pensée pré-révolutionnaire et les Déclarations des Droits.

Rapport de M. le Professeur Stéphane Rials.

Quatrième thème : Droit et loi chez les légalistes.

Rapport de M. le Professeur Jean-Claude Ricci.

Cinquième thème : Droit et loi chez Chaïm Perelman.

Rapport de M. le Professeur Luc Wintgens.

Rapport de synthèse par M. le Professeur François Terré,

Président de l'Association Française de Philosophie du Droit.

Assemblée Générale de l'Association Française de Philosophie du Droit.

\*\*\*\*\*

Les travaux se dérouleront :

du mercredi à 9 h. au jeudi à 18 h

à la Faculté de Droit et de Science Politique

3, avenue Robert Schuman

13628 Aix-en-Provence Cedex.

Inscriptions : écrire à M. C. Atias

Centre de Philosophie du Droit

Faculté de Droit et de Science Politique

même adresse.

---

Dépôt Légal - 1er Trimestre 1985

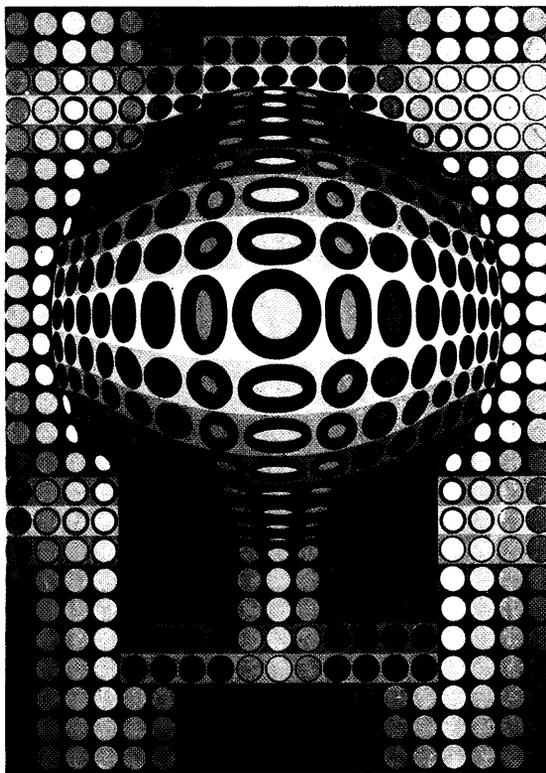




N° ISSN 0249-8731

---

# DROIT PROSPECTIF



A voir notamment :

**M<sup>me</sup> le Professeur Catherine LABRUSSE-RIOU :**

BIOLOGIE, ÉTHIQUE ET DROIT.

**M<sup>me</sup> le Professeur Jeanne PARAIN-VIAL :**

LA PERSONNE DANS LA PHILOSOPHIE DE GABRIEL MARCEL.

**M<sup>r</sup> le Professeur Georges W. PUGH :**

AN INTRODUCTORY ANALYSIS OF CHARACTERISTIC ASPECTS  
OF AMERICAN CRIMINAL JUSTICE WITH COMPARATIVE  
COMMENTS AS TO THE FRENCH SYSTEM.





La Direction de la Revue de la Recherche et la Faculté de Droit déclinent toutes responsabilités à la fois quant aux opinions émises par les auteurs et quant aux informations les concernant (grade - titre - affectation) ; ces dernières sont toujours, sauf erreur matérielle, celles fournies par les auteurs eux-mêmes.

La loi du 11 mars 1957 n'autorisant, aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article 41, d'une part, que les «copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective» et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, «toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite» (alinéa premier de l'article 40).

Cette représentation ou reproduction par quelque procédé que ce soit constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

**REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE  
DROIT PROSPECTIF**

**1985 - 2**

Publiée par la FACULTÉ DE DROIT et de  
SCIENCE POLITIQUE d'Aix-Marseille

**Abréviation de référence : R. R. J.**

## COMITÉ DE PATRONAGE

M. Paul AMSELEK	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Jean-Marie AUBY	Professeur à l'Université de Bordeaux I Président honoraire à l'Université de Bordeaux I Correspondant de l'Institut
M. le Doyen Henri BATIFFOL	Membre de l'Institut
M. Xavier BLANC-JOUVAN	Professeur à l'Université de Paris I
M. le Doyen Fernand BOULAN	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Doyen de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
M. Pierre CATALA	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Charles DEBBASCH	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. Roland DRAGO	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Louis FAVOREU	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président honoraire de l'Université
M. Maurice FLORY	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. André de LAUBADERE (†)	
M. Michel LESAGE	Professeur à l'Université de Paris I Directeur du Service de Recherches Juridiques Comparatives (C. N. R. S.)
M. Edmond LISLE	
M. le Doyen Guillaume MATRINGE	Professeur à l'Université de Paris II
M. Bruno OPPETIT	Professeur à l'Université de Paris II
M. François TERRÉ	Professeur à l'Université de Paris II
M. André TUNC	Professeur à l'Université de Paris I
M. Marcel WALINE (†)	

« — « — «

*Rédacteur en Chef* : C. ATIAS

*Secrétaire de Rédaction* : M. GARCIN

Directeur honoraire de la rédaction et de la publication : M. J.-M. ZAORSKI  
Fondateurs : MM. G. WOLKOWITSCH et J.-M. ZAORSKI

## COMITÉ SCIENTIFIQUE

M. le Professeur	D. BERRA	M. le Professeur	M. FLORY
M. le Doyen	F. BOULAN	M. le Professeur	D. LINOTTE
M. le Professeur	Y. DAUDET	M. le Professeur	J. MESTRE
M. le Doyen	Ch. DEBBASCH	M. le Professeur	J.-L. MESTRE
M. le Président	L. FAVOREU	M. le Professeur	C. MOULY

Service Commercial : Presses Universitaires d'Aix-Marseille  
3, Avenue Robert Schuman  
13628 Aix-en-Provence Cedex

**ABONNEMENT** : 3 numéros par an - Tarif 1985

Abonnement de Soutien : 350 F

Abonnement étranger : 300 F

Abonnement (France) : 200 F

Numéro (France) : 80 F

Frais d'expédition : 30 F

Chèques à l'ordre de M. le Régisseur des Presses Universitaires d'Aix-Marseille  
C. C. P. 9404 15 E - Marseille

### LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITÉ

12, RUE NAZARETH - AIX-EN-PROVENCE

Sciences Juridiques, Économiques et Sociales

Correspondant de

LA DOCUMENTATION FRANÇAISE

OCDE - INSEE - ONU - UNESCO

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

## TABLE DES MATIERES

<i>EDITORIAL</i> par D. LINOTTE .....	357
<i>METHODES DE LA RECHERCHE JURIDIQUE</i>	
- M. le Professeur E. WAGNER, <b>L'initiation au droit : propositions de méthode</b> .....	361
- P. JEAN, <b>Eloge du commentaire de texte en droit constitutionnel</b> .....	381
<i>ACTUALITES DOCTRINALES</i>	
- M. le Professeur J.-P. GRIDEL, <b>Les juridictions de l'ordre judiciaire et le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires de D. Cohen (Thèse)</b> .....	395
<i>EPISTEMOLOGIE</i>	
- Club Epistémologie : <b>L'Ecole au sens épisté- mologique et culturel</b> (recherche en cours)...	407
<i>PHILOSOPHIE DU DROIT</i>	
- Mme le Professeur C. LABRUSSE-RIOU, <b>Biologie, éthique et droit</b> .....	425
- Mme le Professeur J. PARAIN-VIAL, <b>La personne dans la philosophie de Gabriel Marcel</b> .....	473
- M. le Professeur J. HERVADA, <b>A propos d'un trait caractéristique de la notion de droits de l'homme</b> (Traduction de M. le Professeur A. SERIAUX) .....	495
- M. N. ROULAND, <b>Henry Lévy-Brühl et l'avenir du droit</b> .....	510
- R. P. Ph. ANDRE-VINCENT o.p., <b>Pie XII et la philosophie du droit</b> .....	531
- J. HOSPERS, <b>Le libertarianisme et le pater- nalisme légal</b> .....	538

## ETUDES

- M. le Professeur B.-S. MARKESINIS,  
**La notion de consideration dans la Common  
Law. Vieux problèmes ; nouvelles théories....** 559
- M. H. MATTILA, **L'intervention de l'adminis-  
tration en matière de filiation naturelle en  
Finlande .....** 602
- M. le Professeur G.-W. PUGH, **An introductory  
analysis of characteristic aspects of American  
Criminal Justice with comparative comments  
as to the French system .....** 625
- M. le Professeur Cl. SMITH,  
**Les quasi-contrats en droit comparé .....** 650
- C. MOULY et M. ROVINSKI,  
**La publicité foncière : Questionnaire .....** 668
- M. le Professeur R. SACCO,  
**Une première réaction au questionnaire ..** 678



This issue of the **Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif** sets out four different sorts of problems.

## 1. REFLECTIONS ON SCIENCES

The CLUB EPISTEMOLOGIE of the Law, Economy and Sciences University of Aix- Marseille announces the opening of a new research. After Edgar Morin (**Science and Conscience of Complexity**), after the centenary of Gaston Bachelard, the actual theme is : how a chemist physicist, jurist, economist, ... collects a following and how a theory gains widespread acceptance ? And why ? And with what effects ?

Norbert Rouland presents a reflection upon science of law and history of law : "*Henri Lévy-Briühl and the future of law*".

## 2. TEACHING OF LAW

Professor Emmanuel Wagner gives some indications on his conception of the initiation into law.

## 3. REFLECTIONS ON JURIDICAL NOTIONS : Family, Person and Liberty

Professor C. Labrusse-Riou, member of the national Ethic Board, can show the difficult problems provoked by some evolutions of medicine : "*Biology, Ethics and Law*".

Heikki Mattila describes a particular institution in the legal Finnish system. To protect natural children, a special administrative agent was instituted.

Professor J. Parain-Vial gives a philosophical contribution on the notion of person ; she studies the conception of the great French philosopher Gabriel Marcel.

Professor J. Hervada (translation : Professor A. Sériaux) points out a characteristic aspect of the notion of human rights.

John Hospers gives precisions on the relations between legal paternalism and the libertarian conception of individual liberty.

#### 4. COMPARATIVE LAW

Professor G. Pugh gives *"An introductory analysis of characteristic aspects of American Criminal Justice with comparative comments as to the French system"*.

Professor B. Markesinis compares the notions of *"cause"* and *"consideration"* and Professor Cl. Smith studies the quasi-contracts. These two studies shows how the same functions can be fulfilled by different institutions in different systems of law.

In answer to an important questionnaire prepared by Professor Christian Mouly, Professor R. Sacco can think about the particular French jurists' position and reactions.

This issue gives also bibliographical informations. Professor J.-P. Gridel presents an important doctoral thesis (Dany Cohen) on the French separation between administrative and judicial authorities.

## EDITORIAL

Le combat pour faire admettre la Recherche Juridique au sein de la Recherche tout court est à recommencer sans cesse et à tous les instants.

Déjà dépourvues, quasi totalement, de jeunes collaborateurs de recherche, les universités juridiques, économiques et politiques ont bien failli, à l'occasion du remplacement de l'assistanat par le système des allocataires d'enseignement supérieur, être définitivement dépouillées de toute possibilité de reconstituer le vivier nécessaire. Seule une bataille opiniâtre a permis de limiter les dégâts.

Quant au nombre des allocataires de recherche dévolus aux Sciences Juridiques, malgré les promesses gouvernementales formelles de l'augmenter substantiellement, ce n'est pas le passage d'une vingtaine à une cinquantaine -pour toute la France !- qui résorbera sérieusement le déficit. On restera encore à moins d'un allocataire par Faculté en moyenne.

Pourtant, l'un des fleurons de la politique actuelle de développement de la recherche et de la technologie n'est-il pas une **innovation dans l'ordre juridique** ? A savoir **le groupement d'intérêt public (G.I.P.)**. Eventuellement relayés par la constitution de véritables filiales, les universités et établissements de recherche pourront demain, avec d'autres partenaires publics et privés, réunis en un G.I.P., développer et valoriser des programmes de recherche. N'est-ce pas la meilleure preuve que l'innovation dans les structures juridiques peut être porteuse d'amélioration de l'efficacité et jouer un rôle bénéfique pour l'ensemble de la Recherche ?

\* \* \*

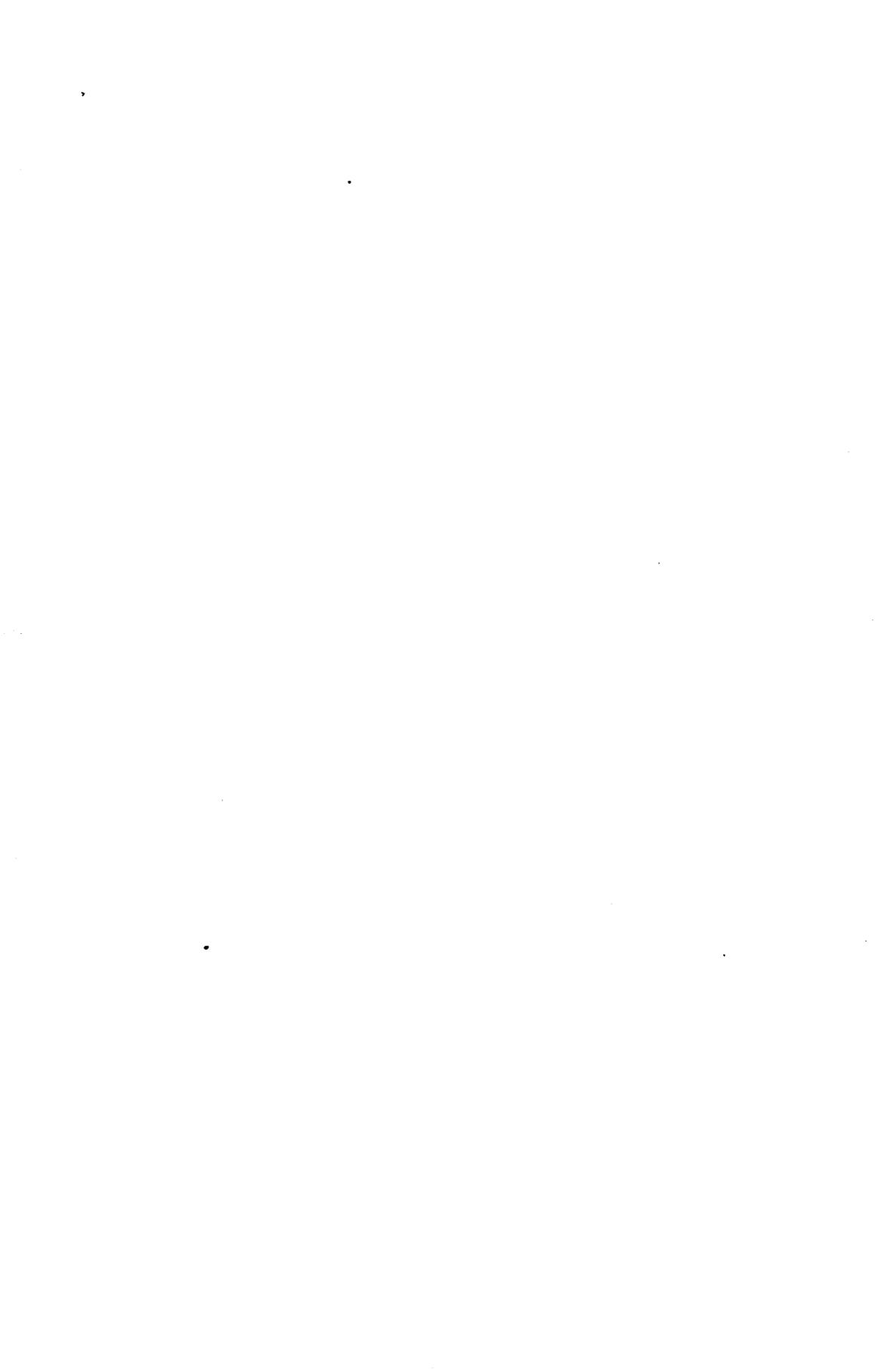
La technique juridique n'est pourtant pas séparable d'un effort de fondamentalisme. En se consacrant une fois encore principalement à la méthodologie, à la théorie, au droit comparé, aux rapports de la Science Juridique avec la Philosophie et les Sciences exactes, la Revue de la Recherche, dans le présent numéro entend le réaffirmer.

Didier LINOTTE



R. R. J. 1985  
Pages 359 à 392

METHODES DE LA  
RECHERCHE JURIDIQUE



# L'INITIATION AU DROIT :

## Propositions de méthode

Par Emmanuel WAGNER

*Professeur de droit privé à Clermont-Ferrand*

### I. PRECAUTIONS INTRODUCTIVES

\* Avant toute chose, je voudrais remercier Christian Atias de m'avoir proposé cette publication. Je devine la part qu'y a l'amitié. Mais ce serait, je pense, la méconnaître que de tout lui attribuer. Il y a aussi la passion pour l'enseignement dont témoignent suffisamment ses écrits.

Pour autant qu'on ne me suppose pas la présomption de vérités inédites ou révélées. S'il faut que j'ai péché, que ce soit par naïveté.

\* La réflexion sur l'enseignement n'est-elle pas, pourtant, une nécessité ? On ne peut pas, m'apparaît-il, ne pas être frappé par le faible "*rendement*" de notre enseignement universitaire : il y a une disproportion considérable entre les moyens investis (quantité des informations données, qualité des cours et des fiches de T.D.) et le résultat obtenu (quantité et qualité des étudiants admis à chaque cycle). Chacun en fait, je crois, la cruelle vérification lors des corrections d'écrits ou des examens oraux. La même constatation s'impose lorsqu'on s'interroge sur le caractère "*opérationnel*" de nos étudiants à la sortie de la faculté, à l'entrée de la vie professionnelle. J'entends bien qu'aucun enseignement universitaire ne peut être mis en demeure de former des "*professionnels*" immédiatement performants. **Le défaut est ailleurs, là où est notre vocation, dans le très faible niveau des acquis fondamentaux : Lire (c'est-à-dire comprendre) raisonner, argumenter, chercher, exposer.**

Pourquoi ? Voilà ce qu'il faut essayer de comprendre.

\* Parmi bien des raisons qui peuvent exister une m'apparaît primordiale qui m'a été révélée par l'une des expériences que je mène depuis deux ans dans un cours d'"*initiation aux méthodes de l'analyse juridique*" : on enseigne des connaissances mais pas le mode d'emploi de nos connaissances. On expose le droit mais on n'explique pas à l'étudiant le mode d'emploi du droit. Du moins ne le fait-on pas systématiquement, **principalement**. Tout se passe comme si, d'emblée, cela devait aller de soi pour chacun (comme cela ne l'est pourtant devenu que progressivement pour celui qui enseigne), devait s'acquérir de surcroît au cours de l'accumulation des données juridiques. Entassez, entassez et vous comprendrez !

\* Pourtant ce mode d'emploi est aussi complexe qu'essentiel.

- L'application du droit, par quoi le droit trouve à s'employer, me paraît en effet ce par quoi le droit se révèle et sans quoi il ne serait pas. Tout en provient et s'y ramène que l'on fasse de l'épistémologie ou de la philosophie du droit, que l'on soit chercheur, administrateur, théoricien ou praticien.

- Or les mécanismes de cette application sont complexes. Ils impliquent la compréhension de la technique de la **qualification des faits**, de l'**interprétation des notions** de façon à pouvoir maîtriser la **distinction entre le problème de fait** (l'objet du litige) et le **problème de droit**. Ces instruments conceptuels impliquent eux-mêmes de remonter à l'analyse de la **structure de la règle de droit**, de l'**office du juge** (Livre I, Titre I, chap. I, du N.C.P.C.) et du **rôle des parties** (mêmes références). S'ajoute à cela que le droit se meut essentiellement dans l'ordre du discours, c'est-à-dire apparaît sous la forme écrite ; le droit est dit. La lecture, c'est-à-dire la compréhension d'un texte, des énoncés qui constituent un texte, n'est pas un épiphénomène du droit mais le moyen incontournable de sa perception.

Enfin le droit est une somme, un ensemble de règles qu'il faut connaître ... ou pouvoir retrouver.

\* Or mon expérience personnelle (qui vaut ce qu'elle vaut) m'a convaincu que l'essentiel des difficultés rencon-

trées par les étudiants (que j'ai connus) provenait de la double impasse qui est actuellement faite par notre enseignement : impasse sur les instruments logiques de l'application du droit ; impasse sur les opérations intellectuelles nécessaires à la mise en oeuvre de ces instruments.

On fait partout des commentaires d'arrêts ou de textes, des cas pratiques ou des consultations mais il me semble qu'on n'explique pas suffisamment, systématiquement, méthodiquement, à travers ces exercices, les mécanismes juridiques, logiques ou intellectuels qu'ils imposent nécessairement pour être effectués. En un mot, il me semble qu'on "*fait*" des exercices ou qu'on "*donne*" des connaissances sans insister assez, car c'est là - de mon point de vue - l'essentiel, sur le pourquoi et le comment de ces exercices ou connaissances. Exercices ou connaissances ne devraient être que des moyens, des supports pour cette explication, ce dénuement, cette mise à plat, cette révélation. Ils ne sont pas une fin en soi.

J'indique plus loin une méthode possible pour essayer de faire découvrir ce mode d'emploi du droit. D'autres sont évidemment imaginables.

\* Avant de laisser le lecteur y parvenir et pour éviter si possible, malentendus ou incompréhensions, quelques remarques encore.

**a) L'ambition de ces propositions est volontairement limitée**

Au niveau choisi, celui du DEUG, il s'agit simplement de faire acquérir des outils d'analyse. Apprendre peu de choses (en quantité) mais bien les apprendre.

- 1) Apprendre à lire.
- 2) Apprendre à bien poser les problèmes de droit.
- 3) Apprendre à exprimer ce qu'on a compris.

Il ne faudrait donc pas faire à ces propositions un mauvais procès : il ne s'agit pas de diminuer le niveau des exigences pour le 1er cycle mais bien au contraire, en les concentrant sur l'essentiel, de le rehausser. C'est le DEUG dans son gigantisme et sa dispersion actuels qui habitue l'étudiant au bachotage, à l'à peu près, c'est-à-dire à la paresse intellectuelle.

Il ne s'agit pas non plus d'infuser une idéologie technicienne, positiviste ou "*professionnaliste*". Ni le droit ni l'université n'en sortiraient grandis. Il s'agit simplement de dissocier les étapes de formation. Il s'agit d'une progression et non d'une évacuation. L'apprentissage systématique des bases intellectuelles du "*procès*" juridique ne peut pas conduire à l'appauvrissement intellectuel de nos étudiants.

Ces fondations solidement mises en place, ce "*savoir-faire*" acquis, on pourrait dans le 2ème cycle monter les étages, faire accéder à la création en affinant la lecture et le raisonnement, en initiant à la recherche bibliographique, à l'argumentation (la controverse).

**b) La réussite de cette méthode me paraît subordonnée, entre autres facteurs, à deux conditions.**

1) La difficulté principale des étudiants tient à ce qu'ils ne savent pas lire, c'est-à-dire comprendre un texte. Il faut donc donner la priorité à ces exercices de lectures (cf. infra les indications à ce sujet). Lorsqu'on sera parvenu à ce que la plupart des étudiants de 2ème année, confrontés à n'importe quelle sorte de texte, sauront le résumer, en faire apparaître le problème traité, les arguments invoqués, les conclusions proposées, on aura fait la moitié du travail. Ensuite, il sera facile de leur apprendre à apprécier, à discuter.

2) Le danger principal qui guette l'enseignant est de théoriser d'abord et de proposer des applications ensuite. Mon expérience (mais elle vaut ce qu'elle vaut et ce n'est pas une clause de style dans mon esprit) m'a convaincu qu'une théorisation, une généralisation est d'autant mieux reçue qu'elle vient combler une attente, un besoin, un manque, donc qu'elle vient après. Ainsi, par exemple, expliquer abstraitement le procédé de qualification ou d'interprétation, la structure de la règle de droit ou l'office du juge avant tout exposé d'un cas réel, ne provoquera que l'indifférence ou le désarroi. Au contraire, partir d'un litige, même courant, et demander quelle solution est proposée, amènera assez rapidement l'auditoire à répondre ... qu'il ne peut pas répondre. Le voilà en train de découvrir la nécessité de connaître les règles. Et ainsi de suite : on lui fournira la règle mais qu'en faire, comment l'utiliser ? Le voilà sur la piste des problèmes de qualification, etc... Il faut laisser l'étudiant décou-

vrir le besoin de la connaissance (de la règle ou de la logique...) et non pas le gaver par avance, ce qui ne provoquera que rejet. En un mot, lui faire découvrir la nécessité du raisonnement juridique. Ce qui suppose d'entrée de jeu, au niveau de l'enseignement, une sensibilisation progressive, sans forçage, **à la présence du droit** dans notre univers social et à ses **caractéristiques internes de fonctionnement**.

**c) Cette méthode n'est pas sans conséquence sur les enseignements magistraux eux-mêmes.**

- Il conviendrait que leur **nombre soit très sérieusement diminué** dans le 1er cycle pour être ramené à 2 ou 3 par année. On choisirait les matières les plus aptes à se prêter à cette initiation.

- Il serait souhaitable que l'enseignement soit constitué par la combinaison d'un **polycopié de base** et d'**interventions orales** (amphi de 100 à 150 maximum), **essentiellement consacrées**, par **démonstration magistrale**, à l'explication des techniques de lecture et de raisonnement permettant de découvrir la règle applicable, les problèmes de qualification et d'interprétation. En s'appuyant sur les connaissances diffusées par écrit et par oral, le **cours serait essentiellement un moment de démonstration** des méthodes de lecture et de raisonnement **et l'occasion**, à partir de ces exercices pratiques, **de faire émerger progressivement**, sans jamais perdre le contact avec les exercices effectués, **la théorie fondamentale** du droit (structure de la règle, office du Juge, rôle des parties, place du droit dans l'organisation sociale).

- On pourrait alors prévoir l'intervention d'autres collègues venant apporter, dans le même esprit, des points de vue comparatistes, publicistes, philosophiques, sociologiques, etc....

- Dans cette optique, à partir du 2ème cycle on pourrait concevoir que l'enseignement ait pour but, au moins pour partie, d'apprendre aux étudiants à "**faire**" eux-mêmes le cours ou leurs fiches de T.D.

La longueur de cette présentation impose d'en rester là, de ne pas aller plus loin dans d'autres explications ... au risque d'être mal compris. Mais, il faut bien accepter ce risque qui est celui du genre. Fondamentalement, mon idée est pourtant simple : il me semble que l'enseignement, quelqu'il soit, consiste à apprendre à l'étudiant tout ce que l'on sait soi-même. De quoi avons nous besoin quotidiennement. Qu'avons nous dû apprendre à faire ? Voilà ce qu'il faut apprendre à nos étudiants par dessus toutes les connaissances positives (certes indispensables mais qui ne serviront jamais à rien sans les outils pour les utiliser).

Quoiqu'il en soit, l'adhésion me sera donnée de surcroît. Mais que l'indifférence me soit épargnée. Voilà toute mon espérance.

## II - PROPOSITIONS DE METHODE

### 1° Typologie d'exercices

N.B. : La numérotation n'est ni chronologique, ni préférentielle mais simplement référentielle (v. n° 3° pour la progression des exercices).

#### Exercice n° 1

- énoncé d'une situation de fait, tirée d'une situation réelle (décision) mais résumée pour en faire apparaître les éléments pertinents, c'est-à-dire litigieux.
- Énoncé de la règle de droit applicable à cette situation (sans soulever aucune difficulté sur le choix de cette règle).

Et demander alors : quel est le ou les problèmes que pose cette situation ?

#### Remarque 1 :

C'est l'enseignant qui fournit le résumé des faits et l'énoncé de la règle, directement, sans évoquer aucune des difficultés qui ont pu exister pour parvenir à ce résultat. Il livre directement un résultat présenté comme simple.

#### Remarque 2 :

L'essentiel dans cet exercice est d'apprendre à l'étudiant à distinguer le problème du fait, c'est-à-dire, l'objet du litige, ce qui est demandé.

du **problème de droit**, c'est-à-dire, le problème abstrait que soulève la demande.

Remarque 3 :

Il est alors, et nécessairement, amené à initier l'étudiant au **problème de qualification, c'est-à-dire d'interprétation**. Il le fera en multipliant d'abord les exemples pour susciter le réflexe de l'interrogation sur le sens des notions. Exemples qu'il choisira dans toutes les branches du droit. Il ne théoriserà que progressivement en revenant toujours, dès qu'il y a décrochage, incompréhension, fatigue, aux exemples déjà donnés et qui ont particulièrement intéressé l'étudiant.

Cette étape est capitale : il faut apprendre à l'étudiant que tout problème juridique est un **problème de conversion** : convertir une question concrète (ce qui est demandé) en une question abstraite (ce qui est demandé renvoie à l'invocation de tel effet juridique qui est prévu dans telle règle). Or, cette règle énonce des présupposés (repose sur des éléments générateurs). Quel est l'élément générateur qui soulève un problème d'interprétation, c'est-à-dire quel est le fait qui soulève un problème de qualification par rapport à cet élément générateur ?

Que donc **tout problème juridique se ramène à un problème de définition**. (Certes il y a d'autres problèmes comme celui de l'absence de texte ou de la contrariété entre les textes mais à la réflexion il s'agit encore de problème de définition).

On lui apprendra ultérieurement à opérer ce travail de qualification pour la recherche de la règle elle-même (qualification de la demande c'est-à-dire interprétation de l'effet juridique après identification de la matière dans laquelle intervient le litige et tâtonnements pour dégager les règles éventuellement applicables). Cette deuxième étape sera indispensable pour la position des problèmes dans un CAS présenté sans indication de la règle applicable.

Remarque 4 :

Il faut multiplier les exemples dans toutes les matières. Aussi l'étudiant prendra-t-il confiance dans sa capacité de réflexion avant toute question de mémorisation et découvrira-t-il la nécessité des connaissances puisqu'on lui montrera que, si on ne lui avait pas fourni la règle, il n'aurait jamais pu se poser la moindre question **utile**.

**Exercice n° 2**

Questionnaire sur le cours et les fiches de T.D.

- 1) Par oui-non, vrai-faux : il s'agit ici de contrôler l'acquisition des connaissances **minimales**. **Poser des questions pièges** (sortes de faux-amis) pour débusquer les hésitations, les flous ou les lacunes. Il faut ici insister sur l'essentiel (évidences fondamentales, erreurs grossières). Exemple : tous les enfants nés dans le mariage sont légitimes, vrai ou faux ? etc...
- 2) Par des questions qui impliquent des réponses nuancées, des débuts de raisonnement soit parce qu'il faut distinguer des situations de fait, soit parce qu'il faut préciser une notion présentée intentionnellement de façon floue ou non juridique, soit parce qu'il faut entrer dans le détail du régime juridique de la notion pour y puiser les éléments de réponse...
- 3) Par des questions sur les décisions ou les notes données dans les fiches (cf. exercice n° 3).

**Remarque 1 :**

Tout questionnaire doit servir à vérifier la compréhension des connaissances, c'est-à-dire la capacité de l'étudiant à les utiliser pour réfléchir.

**Donc tout questionnaire doit être suivi de cas pratiques ou de décisions soulevant des questions faisant appel pour leurs solutions aux connaissances mises en cause dans le questionnaire.**

Ce lien est fondamental car il permet de vérifier si l'étudiant sait qu'il sait, a compris ce qu'il connaît, sait utiliser ce qu'il apprend.

**Exercice n° 3**

Lecture et résumé de textes juridiques.

**Remarque 1**

Ne jamais faire de commentaire de texte, de loi, en tant que tel... C'est un exercice qui suppose :

- 1) Une connaissance consciente des problèmes théoriques de l'interprétation.

2) Une connaissance précise, actualisée et minutieuse de toutes les difficultés pratiques et théoriques soulevées antérieurement, actuellement et dans le futur, par le texte.

3) Une maîtrise de ces connaissances de façon à pouvoir les ordonner autour d'idées clés, de mots clés. Tout cela suppose une méthodologie et une maîtrise du savoir inaccessible à l'étudiant du 1er cycle.

## Remarque 2

Par contre on fait du commentaire de texte sans s'en apercevoir dès qu'on recherche les problèmes d'un cas pratique ! Et c'est bien suffisant au niveau du DEUG.

### a) **La lecture des décisions**

1) **Apprendre à localiser où sont énoncés les faits**

2) **Apprendre à trier dans les faits ce qui est utile, pertinent, c'est-à-dire litigieux.** (Distinguer les problèmes de preuve qui sont postérieurs des problèmes de qualification qui sont préliminaires).

Rappeler le rôle et le pouvoir du juge dans la qualification des faits.

Montrer que le problème de qualification suppose celui de la détermination de la règle applicable, résolu. Mais que le problème de qualification consiste précisément à résoudre le problème de l'application de la règle considérée comme applicable.

**Cette question du tri dans les faits est fondamentale.** En effet, elle ne peut être résolue qu'en contemplation de la règle applicable puisque c'est par un va et vient entre la situation de fait et la règle applicable que l'on découvre les problèmes possibles de qualification c'est-à-dire les problèmes juridiques à discuter.

Apprendre à trier les faits litigieux implique donc d'apprendre à découvrir la règle applicable. Or celle-ci fait parfois l'objet d'une discussion. Il y a donc un préliminaire à l'analyse même des faits litigieux qui peut apparaître : quelle est la règle juridique applicable c'est-à-dire sur quelle règle porte la discussion, quelles sont les règles invoquées et quelle règle a été retenue par le juge ?

Les choses peuvent se compliquer du fait qu'aucune règle n'aura été considérée comme applicable ou qu'au contraire une opposition de règle aura été soulevée.

Quoiqu'il en soit c'est à cette analyse qu'il faut amener l'étudiant : chercher les faits litigieux, c'est-à-dire les problèmes de qualification.

Pour déterminer avec précision la règle applicable et appliquée dans le litige par le juge.

**Donc apprendre à distinguer :**

- ce qui est avancé par les parties,
- ce qui est décidé par le juge,
- **et dans la décision du juge**, ce qui est la solution du problème concret (dispositif) et la solution des problèmes juridiques soulevés par la demande (motifs).

On s'aperçoit ainsi que lire une décision déjà à raisonner et à réfléchir. Apprendre à lire n'est donc pas comme à la maternelle, apprendre le sens des signes typographiques mais à comprendre le sens du texte. Pour un texte juridique comme une décision juridictionnelle cela signifie être en mesure de déterminer avec précision :

- l'objet de la demande,
- le problème juridique que soulève la demande,

c'est-à-dire quelle est la règle applicable à ce litige (qualification de la demande), quel problème pose l'application de cette règle à cette situation de fait (qualification des faits sur lesquels s'appuie la demande).

**3) Conclusion. Toute lecture doit partir d'une localisation** dans l'espace du texte, des endroits où sont exposés les faits, la ou les règles invoquées, la règle retenue par le juge.

**Elle doit se poursuivre** par un résumé concis de la situation de fait dans ses éléments litigieux et par l'énoncé exact de la règle applicable.

**Elle doit se terminer** par la réponse précise à ces trois questions qui doivent systématiquement être posées :

- 1] Qu'est-ce qui était demandé (objet du litige) ?
- 2] Quelle est la règle applicable ?

3] Quels sont les faits litigieux (problème de qualification et d'interprétation) ?

**On est alors en mesure d'exiger la mise en forme syllogistique** des questions de droit.

- "- *Si X est réclamé ..... X (objet de la demande)*  
 - *que Y est constaté ..... Y (faits)*  
 - *alors que Z dit que ..... Z (règle)*  
 - *alors il faut déterminer si... et si... pour pouvoir dire si oui ou non la demande est bien fondée".*  
 (Si et si sont les problèmes de qualification et d'interprétation).

Remarque 1 :

On remarquera que **la lecture sera facilitée dès que l'étudiant aura compris ce qu'on lui demande de trouver**, de chercher sinon il lira en aveugle tout le texte sans rien pouvoir en extraire.

Il faut lui apprendre la lecture par lectures successives.

1ère lecture : lire vite pour détecter ce qui est demandé, ce sur quoi porte le litige entre les parties.

2ème lecture : quelle est la règle retenue parmi celles invoquées.

3ème lecture : quels sont les éléments de faits que soulèvent un problème de qualification.

Remarque 2 :

**On notera que le problème de qualification** (qualifier les faits discutés) renvoie au problème de l'interprétation du concept catégoriel sans lequel on veut qualifier le fait.

Et il faut expliquer cela à l'étudiant. Que tout problème de qualification ne peut être résolu qu'après avoir résolu le problème d'interprétation du concept de référence.

Ce point, aussi, est essentiel et n'est jamais pourtant expliqué.

Remarque 3 :

**On apprendra aussi à l'étudiant à dissocier dans sa lecture**

- + ce qui est arguments échangés au niveau de la solution
- + ce qui dans les arguments est utile pour découvrir
  - . la règle invoquée ou retenue,
  - . les faits litigieux c'est-à-dire sur lesquels porte le problème de qualification,
- + et ce qui dans cette discussion relève de l'interprétation de la notion elle-même.

Il ne faut pas qu'il mélange arguments de solution et sources logiques du problème à résoudre (les premiers supposant le problème juridique résolu).

Or, le peu de formation théorique des avocats et des juges ou leur tactique contentieuse explique que ces préalables logiques n'apparaissent pas toujours clairement dans les décisions.

Mais c'est justement la première partie du travail d'analyse que de remettre à plat, de réordonner cet enchaînement des causes et des effets.

#### Remarque 4 :

On exigera toujours en fin de lecture et d'analyse en commun, la mise par écrit **après les T.D.**, des réponses aux 3 questions précédemment posées. On ne fera jamais répondre et recopier par écrit, pendant les T.D., qui ne devront donner lieu à aucune prise de note sinon on tombera dans l'exercice de bachotage, de mémoire et de passivité. Si l'étudiant a bien suivi, il doit être capable de retrouver par lui-même les réponses.

Mais ceci implique qu'on aille lentement, qu'on réponde à toutes les questions et qu'on soit complet et clair.

#### **b) La lecture des textes doctrinaux**

Les objectifs sont similaires. Il faut déterminer avec précision :

- le problème dont traite l'auteur,
- les problèmes particuliers qui se rattachent au problème général,
- les arguments invoqués pour la solution de chaque problème.

- + Il faut, ici encore, être intransigeant sur
  - la précision et l'exactitude des résumés,
  - la concision des résumés.
- + Ici encore, il faut insister :
  - sur la vitesse progressive de lecture,
  - sur la concision des résumés par maîtres mots, signes, abréviations, etc...
- + Il faut tester la lecture par des questions précises :
  - qui a utilisé tel argument ?
  - où se trouve tel argument ? (exiger la colonne et la ligne comme référence).
  - quels sont les arguments sur tel problème ?

Ceci implique évidemment un bon degré d'avancement dans la lecture des textes (cf. infra : progression) et une bonne préparation des documents.

- + On apprend à lire une note comme une décision, en classant et en résumant, en progressant partie par partie, en ne passant d'une partie à une autre qu'après **avoir résumé** et vérifié la qualité du résumé (en se reportant au texte après le résumé).
- + On liera toujours **note et décision**. Une bonne méthode est de lire un arrêt d'abord et une semaine ou 15 jours plus tard lire la note de façon à vérifier que ce lien est perçu par l'étudiant.
- + On liera toujours **note et cas** : même méthode ; on donne un cas. Plus tard on donne une note traitant le cas.
- + Mais par dessus tout on demandera toujours préliminairement à toute analyse de texte : quel est le problème dont traite la note ?
- + Le questionnaire pourra parfaitement inclure des questions sur les notes et décisions analysées. Ces 3 exercices sont des exercices fondamentaux. Ils apprennent à l'étudiant :
  - à analyser ce qu'il lit,
  - à réfléchir à partir de ce qu'il lit,
  - à comprendre ce à quoi lui servent ses connaissances.

On le prépare ainsi au raisonnement juridique, à l'argumentation. Ce sont les gammes du pianiste, préliminaires indispensables au concert total.

## 2° Autres exercices

### 1 - Faire résumer les décisions par maître-mots.

Aller du maître-mot général indiquant le domaine, la matière, au maître-mot particulier indiquant le problème exact posé et sa solution (oui, non, non traité, non résolu) **en passant par les "mots-maillons" du raisonnement (problèmes de qualification et solution).**

Ex : responsabilité civile. Fait de la chose, bouteille, enfant, coup de pied enfant gardien (oui/non) fugitivité de la garde (indifférence), pouvoir de contrôle et de maîtrise (oui), responsabilité (oui), etc...

### 2 - Demander où se trouve l'attendu de principe dans les décisions reproduites.

**(donc ne jamais reproduire ni les maître-mots ni le résumé).**

### 3 - Donner une décision et demander d'en extraire un cas pratique

avec des questions précises (que l'étudiant pourra choisir à son gré).

### 4 - Donner un cas et demander la rédaction d'un attendu en forme de syllogisme.

(la règle de principe + l'énoncé des faits litigieux + la conséquence qui en est déduite).

### 5 - Donner l'attendu de principe d'un arrêt de la Cour de Cassation et demander :

- a) quel est le problème de qualification ainsi réglé,
- b) quelle est la règle de droit appliquée,
- c) quelles ont été les critiques émises.

Ceci suppose évidemment une étude précise de la décision et de la doctrine.

### 6 - Donner une décision + 2 notes différentes ou 2 ou 3 décisions différentes sur un même problème et demander :

- a) quel est le problème posé,

- b) quelles ont été les solutions proposées,
- c) quels ont été les arguments essentiels invoqués,
- d) quelles ont été les critiques adressées.

7 - Demander de rédiger un texte de loi différent de celui qui existe et qui est critiqué.

L'exercice oblige l'étudiant à prendre conscience des problèmes de langage. L'enseignant l'y aide en critiquant les rédactions qui lui sont proposées.

8 - Apprendre à utiliser les tables des matières (ou alphabétiques) des manuels et des revues à partir d'exercices simples.

*"J'ai entendu parler de telle loi (on donne la date exacte) retrouvez-là". "Je voudrais savoir si j'ai le droit de... (indiquez un manuel) donnez-moi la réponse".*

9 - Consultations simples demandées par l'enseignant à ses étudiants avec séries de questions s'enchaînant les unes aux autres pour faire préciser certains points.

(Implique une bonne préparation du thème. Doit être vivant et amusant).

(Peut ultérieurement être fait entre étudiants sous contrôle enseignant. Les uns préparent des questions, les autres ont leur code, leurs cours, leurs manuels et cherchent la réponse. Puis le questionneur doit continuer à questionner à partir des réponses données.

10 - Simulation d'oral d'examen entre étudiants avec critiques et réponses.

**N.B. :** Les liens entre ces exercices et les exercices fondamentaux sont évidents. (Une analyse de décision sera suivie d'une demande de consultation sur le même problème par exemple ou close par un résumé en maîtres-mots, par exemple).

\* Imaginer - combiner en sachant exactement ce que l'on veut obtenir est une des clefs des progrès des étudiants.

\* L'autre est d'être exigeant sur la qualité du travail et l'attention portée aux exercices.

\* Mais la contrepartie est dans la patience de l'enseignant, sa simplicité, la solidité de ses connaissances... et sa modestie. Il ne faut jamais refuser de reconnaître qu'on s'est trompé ou qu'on ne sait pas sinon la confiance est perdue. Tout argument d'autorité destiné à faire taire et à dissimuler son embarras réintroduit la désaffection de l'intérêt et la passivité. C'est là une des grandes raisons de la situation actuelle. Un certain rapport de domination est inconsciemment institué par l'enseignant car il le protège des questions.

### 3° Progression des exercices/Fiches de T.D./Examens.

#### 1 - Progression.

Dans l'espace très large de liberté nécessairement laissé à l'enseignant respecter les règles ci-après :

- + Commencer par l'exercice 1 jusqu'à parfaite assimilation.
- + Lier 1 et 2 dès que possible pour faire comprendre l'utilité des connaissances. Faire en sorte que progressivement ce soit l'étudiant qui donne la règle et non plus l'enseignant. Alors on peut passer à l'exercice 3.
- + Dans les questionnaires, rester près des cas précédemment évoqués tant que l'étudiant ne fait pas le lien immédiat entre ce qu'il apprend et les questions concrètes qu'on lui pose.
- + Vers janvier - février, attaquer les "*lectures-résumés*" de décisions, vers mars seulement les lectures de notes.
- + Les consultations, conversions d'arrêts en cas, résumés d'arrêts en maître-mots seront faits en même temps que les exercices fondamentaux auxquels ils se rattachent.
- + Lier : lecture et cas (ou consultations)  
lecture et questionnaires.
- + En deuxième année, si tout va bien, commencer une initiation à l'argumentation vers avril à partir des décisions déjà étudiées ou des cas évoqués. Prendre des exemples pour chaque type d'argument avant de les expliquer théoriquement.

## 2 - Les fiches.

### a) **Jusqu'en janvier, pas de fiches** sauf pour les questionnaires ou les cas.

- Mais ne jamais les distribuer à l'avance (sinon copiage et bachotage).
- Associer, de temps en temps, cas et questionnaire entre 2 séances pour vérifier que la liaison est faite.
- Pas de thèmes techniques (de rattachement) par fiches, sauf pour les questionnaires qui intéressent le cours.
- Pour les cas, prendre des exemples dans toutes les matières.

### b) **A partir de janvier**

- + Fiche liée au cours mais sans indiquer le thème de référence. Ce sera à l'étudiant de le découvrir dans les questions, les cas, les exercices multiples proposés.
- + Ne jamais distribuer un questionnaire à l'avance.
- + Par contre, il est utile de donner les lectures à l'avance mais sans poser aucune question sur le document.
- + Ne jamais reproduire les maître-mots, ni le résumé des décisions.
- + Abandonner le souci de l'exhaustivité des documents c'est-à-dire des problèmes traités.
- La fiche est seulement un support matériel pour faire des exercices de lecture.
- Par contre, multiplier les questionnaires particulièrement après le travail de lecture ou de cas pour vérifier la compréhension et ce qu'il en reste.
- + Ne rien faire noter par écrit pendant la séance mais exiger la remise d'un travail écrit pour la séance d'après. (Résumé d'un texte étudié en T.D., problème d'un cas, etc...).
- + Possibilité en deuxième année de donner de temps en temps des fiches informatives de synthèse (dossier sur tel ou tel problème important avec décisions et notes). Mais vérifier l'assimilation par des ques-

tionnaires sinon temps et papier perdus ! Implique en tout état de cause un bon niveau de lecture acquis. Donc pas avant **avril**.

### 3 - Examens

Tout découle de ce qui vient d'être dit.

Simplement je propose d'abandonner le style "*exercice unique*" pour celui des exercices multiples.

#### **Exemples en 3 heures**

- 1 - Questionnaire portant sur des points qui vont servir aux cas posés dans l'exercice 2 (10 à 20 questions. Durée nécessaire 30 minutes).
- 2 - Cas pratiques (avec énoncé de la règle pour le premier contrôle continu), sans énoncé de la règle, mais celle-ci ayant été évoquée par le questionnaire précédent (2 à 4 cas. Durée 1 heure).
- 3 - Décision juridictionnelle - résumé en mots clefs 2 à 3 décisions **courtes**. Durée 30 minutes.
- 4 - Décisions juridictionnelles

Questions : a) Quel est l'objet de la demande,  
 b) Quelle est la règle retenue par le juge  
 c) Quel est le problème de qualification  
 d) Quel est le problème d'interprétation

Durée 1 heure - une seule décision.

Ou en deuxième année, donner (1 décision + 2 notes

(ou

(plusieurs décisions

et mêmes questions + questions sur les arguments avancés.

### **III - OBSERVATIONS FINALES**

a) On notera l'importance attachée à l'expression écrite et au contrôle des connaissances. Mais il ne s'agit ni d'un "*retour au formalisme*", ni d'un maintien du bachotage. Les exigences de concision, de netteté et de précision sont donc absolument indispensables pour éviter la perversion de ces exercices.

**b) On aura également noté la limitation volontaire des exercices proposés à la mise en évidence des problèmes juridiques.** Toute discussion sur la solution étant mise de côté. Ce point soulève généralement des objections. Chacun reste évidemment libre. Mais l'expérience (toujours elle et le refrain qui l'accompagne) m'a convaincu que vouloir tout apprendre en même temps aboutirait toujours pour l'étudiant, en tout cas, à privilégier la solution qui devient aussi sa hantise. Que chacun fasse ce test simple à partir d'une décision ou d'un cas : poser 2 questions : 1) Quel est (ou sont) le (ou les) problème(s) de droit soulevé(s) par....

2) Quels sont les arguments qui peuvent être invoqués à l'appui de telle ou telle solution (en indiquant les solutions). On vérifiera, je pense, que les notes sont meilleures sur la 2ème question que sur la 1ère ! La raison en est simple. La question 2 fait appel aux connaissances, c'est-à-dire à la mémoire (certains apprennent par coeur des notes). La question 1 fait appel en raisonnement, c'est-à-dire à l'intelligence.

**c) On notera enfin l'importance accordée à la technique du résumé de texte et au procédé systématique du questionnaire destiné, par des questions extrêmement précises, à vérifier la compréhension de la lecture.** Il me semble que c'est là un des exercices les plus formateurs... à condition... et ce sera ma dernière observation.

**d) Toute cette méthode repose sur le principe suivant : l'enseignant doit toujours :**

- 1) expliquer ce qu'il demande,
- 2) le faire faire,
- 3) expliquer comment il fallait faire, donc **le faire devant l'étudiant** dans tous les détails, en répondant à toutes les questions,
- 4) le refaire faire,
- 5) et le corriger encore une fois en le réexpliquant.

**Il faut aller très lentement au début si l'on veut aller vite plus tard.** Ceci implique évidemment l'abandon du système actuel des T.D. où, à chaque séance correspond un thème et une fiche qu'il faut expédier en 1 h 30.... !

Il faudrait, plus généralement, renoncer à l'encyclopédisme du savoir (déjà frappé d'obsolescence au moment où il est diffusé) à la course à l'accumulation. Tranchant dans l'épaisseur molle des programmes démesurés, apprendre peu de choses mais bien les apprendre. S'appuyant sur ces connaissances, apprendre aux étudiants à les cultiver, leur apprendre que là est l'essentiel de ce qu'il faut savoir, les seules choses qui réellement leur resteront et leur rendront indéfiniment le même service : la compréhension, l'intelligence du droit.

Il faudrait en somme enseigner, ce que nous ne sommes plus réellement en train de faire.

# ELOGE ET PRATIQUE DU COMMENTAIRE DE TEXTE EN DROIT CONSTITUTIONNEL

Par Patrice JEAN

*Assistant à la Faculté de Droit et de Science  
Politique d'Aix-en-Provence*

Le Droit constitutionnel est une discipline éminemment formatrice. En témoigne sa place en première année de D.E.U.G. Son enseignement, cours et travaux dirigés, semble indispensable pour développer au mieux les aptitudes intellectuelles de nos apprentis juristes, tant dans la matière que par la méthode.

La matière est fondamentale. Les premiers contacts peuvent toutefois être rébarbatifs. La lecture du Journal Officiel ou du Règlement de l'Assemblée Nationale, par exemple, manque d'attrait. Les articles de la Constitution ne se lisent pas comme un roman. Il faut pourtant acquérir au plus vite une capacité correcte d'analyse : pour aborder l'examen dans de bonnes conditions ; parce qu'il importe de pouvoir accéder sans trop de difficultés à la source des sources du Droit, au sommet de la hiérarchie des normes. La Constitution est la loi suprême. De la qualité de son interprétation peuvent dépendre les grandes orientations de la société, voire de la paix civile. Et nombre de coups d'Etat ou révolutions auraient sans doute été évités par des institutions mieux conçues. Excessive séparation des pouvoirs, révision trop difficile ont ainsi précipité des crises ... qu'elles devaient en principe éviter.

La Constitution idéale n'est qu'une utopie. Sa recherche dans l'absolu s'apparente à la quête du Graal ou au mythe de Sisyphe. Mais il s'agit d'approcher le régime le mieux adapté à tel peuple à tel époque, suivant le précepte du sage Solon, alors l'enjeu de la réflexion est décidément considérable. Le Droit constitutionnel ne connaît guère de limite de temps ni de lieu ; aucune période, aucun pays ne sont **a priori** écartés. Quelle difficulté documentaire, mais quelle richesse de références pour l'argumentation !

La méthode de travail doit être d'autant plus rigoureuse que la matière est abondante, les thèmes majeurs, les écrits ambigus ... et le commentaire de texte type de sujet le plus fréquent en épreuve de T.D. Il est donc essentiel pour l'étudiant d'en connaître les principaux pièges, et quelques techniques simples pour les éviter.

## I. LE COMMENTAIRE DE TEXTE EST L'EPREUVE-REINE DE DROIT CONSTITUTIONNEL

*"... j'ai pris parti de réserver une large part des T.D. au commentaire de textes : constitutions, lois, décrets, communiqués du Conseil des ministres, déclarations d'hommes politiques, opinions doctrinales. Outre que ce genre d'exercice possède l'avantage de former l'étudiant à l'exposition, au plan, au style, ... il l'entraîne à un effort d'intelligence et d'adaptation de son bagage théorique ; en ce sens, il est lui-même une épreuve pratique" (1).* Cet attachement du Recteur M.-H. Fabre au commentaire de texte n'est autre que l'expression d'une conception moderne des travaux dirigés : pas d'exégèse pour l'exégèse, mais la meilleure préparation possible de l'étudiant au contrôle de ses aptitudes.

A - La plupart des sujets d'épreuve dite pratique imposent ou impliquent un commentaire de texte.

### 1) Le commentaire imposé

Si l'on se réfère aux dix sujets-types recensés par le Professeur Ch. Cadoux (2), cinq sont manifestement des commentaires de texte, dont la technique sera directement utilisable. Il s'agit, en résumé, de textes qui peuvent être distingués au fond (textes d'auteurs, textes législatifs ou plus généralement émanés des pouvoirs publics supérieurs, textes constitutionnels, décisions d'organes juridictionnels, etc.) ou par l'importance quantitative (un seul texte ou deux ou plusieurs à comparer). Dans cette diversité, les difficultés sont évidemment variables : il est généralement plus facile d'analyser un extrait de presse qu'une décision du Conseil constitutionnel. Dans l'incertitude, il est à conseiller de s'entraîner à l'exercice le plus délicat.

## 2) Le commentaire impliqué

Assez fréquemment sont proposés des sujets consistant à élaborer ou transformer tout ou partie d'une Constitution. Ce ne sont pas, au sens strict, des commentaires de texte. Mais, il faut insister sur ce point, *une bonne rédaction d'articles n'est possible que si l'on maîtrise la technique du commentaire*. Ce n'est qu'après avoir analysé de très près des Constitutions que l'on saura en rédiger. N'est-ce pas par une lecture attentive que l'on apprend à bien écrire ?

B - Le commentaire de texte est l'épreuve la plus significative.

### 1) Désaffection relative à l'égard d'autres types de sujets

- **Le texte - prétexte** : on peut ainsi qualifier, par simplicité de langage et sans aucune prétention terminologique, un sujet comportant un texte, généralement court et clair, n'ayant d'autre intérêt que de susciter une réflexion sous forme de dissertation classique. L'épreuve n'est alors pratique qu'en apparence, elle n'exige de l'étudiant qu'une organisation de ses connaissances, voire la transcription passive du cours magistral. Exemple : "*Commentez cet extrait d'une déclaration de M. Debré lors des travaux préparatoires de la Constitution de 1958 : le référendum est la voie normale de la révision*". L'intérêt d'un tel sujet est indéniable ; mais il s'agit en réalité d'un exercice de mémoire plus que d'un contrôle des capacités d'analyse et de raisonnement.

- **La consultation, ou rapport**, à rédiger sur telle ou telle question, inquiète beaucoup les étudiants ; alors qu'il ne s'agit le plus souvent là encore, que d'un prétexte à dissertation, dans le respect d'une forme originale de présentation.

- **La série de questions** peut difficilement être appréciée sans nuance, en tant qu'épreuve, car naturellement son intérêt dépend des thèmes et formes retenus ; l'exercice peut être très révélateur, par sa variété, de l'ensemble des aptitudes requises d'un candidat... en particulier s'il comporte un commentaire ou une rédaction de texte constitutionnel.

- **Le "bêtisier"**, consistant à relever les erreurs glissées dans un texte imaginaire, peut lui aussi osciller, selon

la volonté de son auteur, entre contrôle des connaissances et des aptitudes, mélange souvent heureux entre les deux... surtout si le texte recèle quelques difficultés d'interprétation.

- **L'exercice électoral**, consistant, chiffres à l'appui, à calculer les résultats de tel ou tel scrutin, s'apparente à un problème arithmétique plus qu'à une question de Droit. Il est toutefois le plus pratique envisageable, et non dénué d'intérêt, encore qu'il soit à la portée d'à peu près tout étudiant de s'y préparer correctement et d'y réussir sans faute.

Si la forme des cinq types de sujets ci-dessus est souvent attrayante, le fond est parfois décevant. On constate que seuls le deuxième et le dernier sont vraiment éloignés du commentaire de texte, et que questions et bêtisiers peuvent en être proches. Décidément, au-delà d'une diversité de présentation, le commentaire de texte est bien l'épreuve de base de Droit constitutionnel.

## • 2) La meilleure formation

Former des juristes, c'est moins inculquer des connaissances toutes faites que d'apprendre à les acquérir, à s'en servir ... et à s'en passer, voire à s'en défaire. *"En droit, tout se discute. Le droit n'est pas une science exacte. La méthode française d'enseignement (cours magistral dispensé à un grand nombre d'auditeurs) impose au professeur de procéder plus souvent par affirmation que par démonstration. La méthode ne doit pas être copiée. L'étudiant doit, aussi souvent que possible, reconstituer le raisonnement ..."* (3). La méthode du commentaire de texte, élément essentiel de la méthode en Droit, n'est pas d'une utilité limitée à l'épreuve de T.D. Le cours est aussi un texte, qu'il vaut mieux commenter que chercher à savoir par coeur, pour l'apprécier et en retenir l'important. L'exégèse est d'ailleurs plus difficile que la récitation, il faut s'y prendre tôt ; elle est la clé des exercices considérés comme les plus délicats des études juridiques, toutes disciplines et années confondues ; elle est la démarche première et obligée qui précède l'approche synthétique et la construction du plan ; elle aiguise enfin le réflexe intellectuel de remonter, aussi souvent que nécessaire, à la source écrite de la règle étudiée. Assurément, le commentaire de texte est la voie royale de la formation de l'étudiant en Droit.

## II. LES PIEGES DU COMMENTAIRE DE TEXTE CONSTITUTIONNEL... ET COMMENT TENTER DE LES EVITER

Nous ne distinguons pas ici entre différentes catégories de textes, selon leur place dans la hiérarchie des normes ou leur objet. Bien sûr, on n'aborde pas l'étude d'une loi comme celle d'un décret ; mais cela s'apprend relativement facilement. L'important, c'est la plus ou moins grande difficulté de compréhension du contenu, quel que soit le contenant. Aussi prenons-nous le parti de nous limiter au commentaire de Constitution, texte souvent court et obscur et d'interprétation malaisée. Qui peut le plus peut le moins : en comparaison, l'analyse d'autres textes de Droit constitutionnel paraîtra généralement plus simple. Quant aux quelques pièges signalés, ils ne sont pas toujours propres à la matière ni à l'exercice, mais correspondent tout de même aux erreurs que nous y avons le plus fréquemment relevées.

### A - Le hors-sujet, l'accessoire et l'essentiel

+ On peut s'étonner qu'une erreur aussi grave que le hors-sujet soit aussi fréquent dans les copies corrigées à longueur d'année universitaire ; surtout à l'occasion d'un exercice tel que le commentaire de texte constitutionnel impliquant par définition la disposition d'article(s) généralement rédigé(s) avec rigueur et devant, semble-t-il, permettre une délimitation satisfaisante. Il est vrai que le hors-sujet majeur est relativement rare puisqu'une lecture même sommaire doit suffire à l'éviter : il paraît par exemple invraisemblable devant un sujet tel que l'article 6 de notre Constitution de ne pas percevoir le thème de l'élection présidentielle (4).

Le risque est beaucoup plus grand de succomber à la tentation du hors-sujet partiel, qui peut être quasi-général et donc presque aussi mal noté que le précédent. Exemple : sur le même sujet, consacrer les 3/4 du développement aux pouvoirs du Président, à ses relations avec le Premier Ministre, le Parlement, le peuple, etc. La genèse d'une telle déviation semble être la suivante : 1) Volonté d'étaler le maximum de connaissances, croyant que c'est le plus important ; 2) Isoler un ou quelques mots du contexte pour, en s'y rattachant, élargir - à tort - le sujet. Dans notre exemple, c'est le mot *Président* qui peut donner une fausse justification à un dépassement de la question principale.

La fréquence et la gravité de ce genre d'erreurs de conception justifient quelques conseils :

- On ne peut se passer d'un minimum de connaissances essentielles. Ici, il fallait au moins savoir que l'élection présidentielle sous la Ve République est une question importante qui fait partie des sujets classiques.

- Un hors-sujet est, à niveau d'intérêt égal, plus grave qu'une lacune, car le défaut de compréhension est moins excusable que le défaut de mémoire. Il est en tête des pièges à éviter.

- Il faut lire et relire le texte, même s'il est court et paraît clair, pour décider des limites à ne pas franchir.

- Dans le doute, il peut être utile d'essayer de reconstituer les grandes lignes des parties de la Constitution dont par hypothèse on ne dispose pas. L'erreur, dans notre exemple sur l'article 6, n'aurait sans doute pas été commise grâce au petit raisonnement suivant : **1)** il y a dans la Constitution des articles établissant des pouvoirs du Président ; **2)** ce n'est pas le cas de l'article 6 ; **3)** Ce n'est donc pas le sujet principal, puisque ce le serait à propos d'*autres* articles.

+ Il serait dommage, ayant bien délimité le sujet, de mal distinguer le principal de l'accessoire. Cela ne va pas toujours de soi. Il est facile de discerner, dans le même exemple, que la période précédant 1962, c'est-à-dire l'élection au suffrage indirect, est devenue d'intérêt secondaire ; il faut donc éviter la tentation du trop long rappel historique. Mais on peut légitimement hésiter à qualifier d'accessoire l'une de deux questions aussi importantes que l'élection au suffrage direct et le septennat. Sans doute la première est-elle un peu plus intéressante, parce qu'elle exprime à la fois une novation (sauf 1848) et une controverse (sur la procédure de révision) ; alors que la seconde concerne une ancienne institution (1873), discutée depuis quelques années. Surtout, la révision de 1962 a renforcé la légitimité présidentielle. Il reste que dans des hypothèses aussi délicates, il faut traiter... les deux thèmes.

+ Peuvent donc aider à la détermination de l'essentiel :

- Lecture et relecture orientées dans ce but ;
- Le caractère de nouveauté, ou exceptionnel ;
- Le caractère d'actualité ;
- L'existence d'une controverse ;

- L'influence sur la nature du régime ;
- L'appartenance à l'un des grands thèmes du Droit constitutionnel.

La délimitation du sujet du commentaire est ainsi affaire de raisonnement, mais aussi de savoir.

## B - La paraphrase

C'est le non-commentaire, ou commentaire de peu d'intérêt, la transcription sous une forme souvent obscure ou partielle d'un texte cohérent. Elle est explicable et inadmissible à la fois. Inadmissible car l'apport intellectuel est nul ou quasi-nul ; explicable car la fascination de l'écrit joue à plein devant l'acte fondamental d'une société. Il y a là une inclination naturelle, empreinte d'une saine modestie devant des articles si bien rédigés, mais qu'il faut combattre car elle annihile l'esprit critique.

Exemple : Loi fondamentale de la R.F.A., article 32 :

" 1. *La Fédération assure les relations avec les Etats étrangers.*

2. *Avant la conclusion d'un traité affectant la situation spéciale d'un land, ce land doit être consulté en temps utile.*

3. *Dans la mesure de leur compétence législative, les länder peuvent, avec l'assentiment du Gouvernement fédéral, conclure des traités avec les Etats étrangers".*

Mieux vaut ne pas proposer d'exemple de véritable paraphrase, qui consisterait à remplacer quelques mots par d'autres sans doute moins adaptés, et à rallonger l'ensemble par quelques ajouts sans intérêt.

Type de mauvais "commentaire", mêlé de paraphrase :

*Le Bund entretient des relations avec les autres Etats ; si un traité doit être conclu qui porte atteinte à la situation interne d'un land, il faut consulter celui-ci ; on constate qu'un land a le **droit de s'opposer** à la conclusion d'un traité, **ce qui est un élément de confédération d'Etats. De même les länder ont-ils la compétence internationale de conclure des traités.***

On constate que la volonté de se distinguer d'un texte qu'on ne sait par quel bout prendre aboutit tout de même à la paraphrase, mais aussi et surtout à des erreurs, par imprécision, manque d'attention, dont deux sont

importantes. De même ne faut-il pas essayer de tout commenter, lorsque le passage est clair et ne pose pas de problème.

Exemple de commentaire :

*La Fédération détient l'essentiel des compétences internationales, assure les relations diplomatiques et conclut les traités.*

*Les Etats-membres ne peuvent conclure des traités internationaux qu'avec l'accord de la Fédération. De même ne peuvent-ils pas s'opposer à la conclusion de traités affectant leur situation spéciale.*

*Ces règles sont conformes au caractère fédéral classique de la R.F.A., qui n'est pas une Confédération d'Etats.*

La paraphrase est un tel fléau, particulièrement en Droit constitutionnel, que l'on peut proposer une recette anti-paraphrase plus psychologique que juridique. Il ne faut pas se contenter de survoler le texte, de l'effleurer, il faut le conduire à un point de rupture ; il faut par principe envisager des situations conflictuelles (si Bund et land ne sont pas d'accord...) ; il faut rectifier les présentations orientées quand la réalité peut être décrite plus nettement (le land doit être consulté ... mais rien ne dit qu'il peut s'opposer, donc il ne peut pas). En somme, il faut troquer une certaine passivité contre une certaine agressivité pour mieux exprimer la vérité d'une Constitution, avec tout de même un sentiment de satisfaction si l'on a pu lever un coin du voile...

### C - Le contresens

L'interprétation erronée d'un mot, d'une phrase, d'un article, d'un ensemble, est la faute du commentaire de texte. En Droit, chaque mot, le plus petit soit-il, peut peser très lourd. En Droit constitutionnel, l'erreur est d'autant plus grave qu'elle concerne le pouvoir politique : à l'extrême, elle met en danger la société. Au modeste niveau des disciplines juridiques, elle est d'autant plus regrettable qu'elle est relativement facile - pas toujours... - à éviter.

+ En France, comme dans quelques autres Etats, le Droit écrit, c'est d'abord ... du français ! On ne va pas rappeler ici les quelques règles de syntaxe élémentaire

qui sont pourtant indispensables au commentaire sérieux. Pour motiver ceux qui hésiteraient à rafraîchir leur mémoire dans ce domaine, notons les grandes difficultés qu'éprouvent les étudiants étrangers qui ne possèdent pas bien notre langue pour réussir leurs examens écrits. Mais inversement, savoir lire et écrire correctement, c'est déjà, en exagérant à peine, être un juriste acceptable. Prenons trois exemples de contresens fréquemment rencontrés bien qu'aisément évitables :

- Art. 5 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 : "*Le Président de la République peut, sur l'avis conforme du Sénat, dissoudre la Chambre des députés avant l'expiration légale de son mandat.* (al. 1).

Commentaire erroné : "*Le Président doit demander l'avis du Sénat pour dissoudre la Chambre. Le droit **discrétionnaire** de dissolution par le président ne peut être exercé qu'avant la fin de son mandat de sept ans*". La première erreur est flagrante : si l'avis prévu est qualifié de *conforme*, c'est que la non-conformité empêche la décision. On peut donc traduire : *avec l'accord du Sénat*. La deuxième erreur devait être évitée par un minimum de réflexion : il s'agit non du mandat du Président - car ce serait une évidence - mais de la Chambre, que la dissolution interrompt.

- Art. 8 de la Constitution du 4 octobre 1958 : "*Le Président de la République nomme le Premier ministre. Il met fin à ses fonctions sur la présentation par celui-ci de la démission du gouvernement*". (al. 1).

Commentaire erroné : "*Le Président nomme et **révoque** le Premier ministre*". Cette fois, l'erreur provient sans doute ... de connaissances sur la pratique de la Ve République, mais dont la portée est exagérée. En Droit, le *Premier ministre peut se maintenir contre la volonté du Président, puisque la fin de ses fonctions ne peut intervenir que s'il décide, avec le gouvernement, de démissionner*.

- Art. 16 de la même Constitution (pleins pouvoirs de crise) : "... le président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des Assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel". (fin de l'al. 1).

Commentaire erroné : "*Le Président est cependant **limité pour décider de l'opportunité** de l'emploi de l'art. 16, car il a besoin de l'avis du Premier ministre, des présidents des Assemblées et du Conseil constitutionnel*". L'erreur

vient cette fois ... d'un excès d'imagination : rien ne précise que les quatre consultations doivent être positives ; c'est donc qu'il n'est pas nécessaire qu'elles le soient : *le Président est donc juridiquement entièrement libre de sa décision de recours à l'art. 16.*

+ Le contresens est parfois plus difficile à éviter :

- Art. 56 de la Constitution de 1958 : "*Le Conseil constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans*". (Al. 1, 2<sup>e</sup> phrase).

Commentaire erroné : "*Les membres du Conseil constitutionnel sont renouvelables*". En effet, si le Conseil est renouvelable tous les trois ans, *ses membres*, eux, ne sont plus renouvelables à la fin de leur fonction de neuf ans (art. 56, al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase). Dans ce cas, il apparaît qu'il est décisif de lire attentivement tout l'article... ou de le connaître... Souvent, l'interprétation d'un texte ne peut être valablement faite qu'à l'aide d'autres textes, le défaut de comparaison (v. infra, E.) entraînant le contresens.

Ajoutons enfin qu'il faut avoir toujours présente à l'esprit la règle selon laquelle le mode indicatif, dans nos Constitutions, vaut impératif.

#### D - L'erreur de qualification

Qualifier signifie, en Droit, et pour simplifier, classer dans une catégorie. L'erreur serait donc majeure : si le sujet est de qualifier le régime constitutionnel des U.S.A., à l'aide de leur constitution, et que l'étudiant, au terme de laborieuses "*démonstrations*", le définit comme un régime parlementaire classique... tout est faux, ou presque. De deux choses l'une : ou bien des contresens ont été faits à l'occasion du recensement et de l'appréciation des éléments de critère, et l'on rejoint les considérations précédentes (supra, C.) ; ou bien c'est la connaissance des catégories de classement (parlementaire et présidentielle) qui est insuffisante ou imparfaite. Par exemple : supposons un commentaire de la procédure de révision de la Constitution du 27 octobre 1946 (IV<sup>e</sup> République), avec l'art. 90, dont il suffit ici de dire qu'il institue une procédure plutôt longue et difficile. La bonne qualification sera : Constitution d'une assez grande rigité. Deux erreurs sont possibles : 1) la procédure est justement

considérée comme difficile ... mais la Constitution est qualifiée de souple ; 2) erreur inverse, soit la Constitution justement qualifiée de rigide ... mais au regard d'une procédure considérée comme souple.

Pour résumer l'ensemble, on peut distinguer entre :

- Un premier type d'erreur de qualification consiste à faire entrer à tort des éléments dans une sous-catégorie (par exemple, aux U.S.A, veto présidentiel, + accord du Sénat pour les traités, etc., = séparation des pouvoirs atténuée ; révision dans l'art. 90, à la majorité des membres, etc., = procédure facile).

- Le deuxième type d'erreurs est d'associer une sous-catégorie à une catégorie incompatible : séparation des pouvoirs atténuée = régime présidentiel, ou procédure facile de révision = Constitution rigide.

- Un troisième type d'erreur est la confusion entre catégories : par exemples : procédure de révision difficile (juste), = rigidité (juste) ... de la séparation des pouvoirs ... ce qui transforme la IVe République en régime présidentiel !

Un seul conseil pour éviter les erreurs de qualification : maîtriser la connaissance des catégories et définitions...

#### E - Les défauts de référence et de comparaison

C'est en quelque sorte l'opposé du hors-sujet, alors que nombre d'étudiants les assimilent. Pour ne pas les confondre, il importe de bien comprendre que c'est l'intérêt de la question qui place, déplace ou retire les limites du sujet. Autant il est déconseillé, s'il s'agit de traiter l'élection présidentielle sous la Ve République, de s'occuper des rapports Président-Premier ministre, autant est-il recommandé de comparer - brièvement - ce procédé d'élection avec d'autres, ailleurs ou dans l'histoire. Parfois même, la référence est indispensable pour éviter le contresens.

- Le défaut de référence peut entraîner une erreur d'interprétation, ce que nous avons vu pour le contresens avec le rappel de la nécessité d'examiner l'ensemble d'un article. Mais il est quelquefois nécessaire de se référer à d'autres articles, voire d'autres textes. Exemple :

Art. 61 de notre Constitution : "... les lois peuvent être déferées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, ... (al. 2). Commentaire fréquent, et en partie erroné : "Les lois ne peuvent être soumises au Conseil constitutionnel qu'avant leur promulgation", ce qui est exact dans la généralité, mais faux en ce qui concerne la protection du domaine réglementaire (art. 37, al. 2).

- Le défaut de comparaison ne semble grave que lorsqu'il s'agit précisément de comparer, par exemple deux articles constitutionnels entre eux. Mais il peut aussi, dans d'autres types de sujets, déboucher sur d'importantes lacunes. Par exemple, comment bien commenter l'article 5 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 (droit de dissolution présidentiel) sans comparer texte et pratique, celle-ci permettant, et elle seule, de constater la désuétude de ce droit sous la III<sup>e</sup> République et la transformation profonde de ce régime ?

Tout autre développement paraît superflu tant l'évidence est là. Tout texte constitutionnel à commenter doit systématiquement être confronté - au moins au stade de la recherche et de la réflexion, éventuellement dans la rédaction - avec d'autres textes d'intérêt commun, et avec la pratique - s'il en existe -. Cette démarche analogique n'est limitée, en Droit constitutionnel, ni dans le temps (comparaisons historiques) ni dans l'espace (systèmes étrangers).

Ces quelques conseils, que l'on a voulu simples dans le fond et la forme, ne sont que des recettes pratiques sans aucune prétention scientifique, et les pièges qu'ils ont pour but d'aider à éviter ne sont pas tous recensés ici, loin s'en faut. Espérons seulement que nos juristes en herbe en tireront quelque profit dans la poursuite de leurs études en Faculté.

ACTUALITES DOCTRINALES



LES JURIDICTIONS DE L'ORDRE JUDICIAIRE  
ET  
LE PRINCIPE DE SEPARATION DES AUTORITES  
ADMINISTRATIVE ET JUDICIAIRE

Par Dany COHEN

(Thèse dactylographiée, soutenue à l'Université de Paris II  
Le 12 janvier 1984 devant un jury présidé par  
Monsieur le Professeur F. Terré, et composé de  
Monsieur le Président Draï et de  
Messieurs les Professeurs J.D. Bredin, Y. Gaudemet,  
M. Grimaldi ; Prix RIPERT 1984).

*Présentation par J.P. GRIDEL*  
*Professeur à l'Université de Paris V - René Descartes*

Beaucoup de juristes voient dans la séparation des autorités administrative et judiciaire un principe posé par la Révolution française en corollaire d'un autre, plus fondamental encore, celui de la séparation des pouvoirs. Sa signification initiale aurait donc été d'assurer désormais l'indépendance de l'action administrative face à d'éventuelles obstructions judiciaires, et, depuis, l'évolution en aurait fait un simple mode de répartition matérielle des dossiers contentieux entre deux ordres juridictionnels, l'un traditionnel et de droit commun, l'ordre judiciaire, l'autre d'exception et progressivement apparu, l'ordre administratif.

L'un des intérêts de la thèse que nous présentons aujourd'hui est de réfuter cette présentation, historiquement fautive, intellectuellement incohérente, et peu perspicace dans son analyse de droit positif. Elle est *historiquement fautive* : s'il est vrai que la séparation des pouvoirs a été introduite dans notre droit par la Révolution (a. 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen), l'on ne doit pas en dire autant de la séparation des autorités administrative et judiciaire. Ce principe, apparemment dérivé, est, en réalité, beaucoup plus ancien : la Révolution l'a trouvé là, dans "*l'héritage*" monarchique, et n'a vu qu'avantage à le reprendre à son compte (a. 13 de la loi des 16-24 août 1790, décret du 16 fructidor an III).

C'est, en effet, le Roi Louis XIII qui, pour soustraire les intendants aux tracasseries et entraves des Parlements, avait décidé, par l'Edit de Saint-Germain en Laye, que la contestation de leurs activités ne relèverait que de lui seul. Parmi leurs multiples attributions, les Parlements du début du XVII<sup>e</sup> siècle comptent le contentieux de police (terme auquel s'est aujourd'hui substitué celui d'administration), la surveillance disciplinaire des agents royaux, la conservation des lois fondamentales du royaume et des coutumes locales, l'enregistrement des édits levant l'impôt... Que de chasse-trapes pour le corps des intendants de police, justice, finances, spécialement développé et affermi par Richelieu, et dont le roi attend, en ces périodes difficiles et de centralisation balbutiante, des actions administratives efficaces et des rentrées fiscales rapides (p. 19 à 58). Le péril sera, mutatis mutandis, pareillement ressenti en 1790 (p. 102 à 124) : comment entreprendre une profonde mutation politique, juridique, et sociale, si les décisions des organes nationaux ou locaux

d'exécution sont en permanence susceptibles d'être soumis à des tribunaux, devant lesquels il faudra débattre, argumenter, et à cause desquels l'on devra souvent surseoir et renoncer. En 1790 comme en 1641, la séparation des autorités administrative et judiciaire est *"exclusivement dictée par la volonté du pouvoir en place de garder à son Administration les coudées franches, fût-ce par rapport à la légalité"* (p. 110).

Toutefois, ce qui se conçoit parfaitement dans un régime de confusion des pouvoirs devient *intellectuellement incohérent* lorsque l'on prétend faire de leur séparation la pierre angulaire de tout l'ordre juridique (p. 1 et s., 170 et s.). En même temps qu'elle interdit aux juges de connaître de l'action administrative, la Constituante écarte pourtant les deux projets Thouret de création de tribunaux administratifs composés d'élus, craignant, là encore, une mise en tutelle juridictionnelle de l'Administration (p. 111 et s.). La conséquence pratique sera que les contestations de l'action exécutive ne pourront être soumises... qu'à l'Exécutif lui-même : aux directoires départementaux, puis, à partir de l'an VIII, aux conseils de préfecture et au Conseil d'Etat. Au sein de ces deux derniers organes, rien ne distingue, au départ, les délibérations menées sur un projet administratif de celles dont les objets sont *"de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative"*. (En l'an VIII, l'on évite même de parler de litiges) : les conseillers participent indifféremment aux unes et aux autres, et la décision finale est prise par le Chef de l'Etat, ou par le préfet dont la voix est prépondérante en cas de partage (p. 170 et s.). Cette totale confusion de l'Exécutif et du Juridictionnel - seuls ceux qui ont pris la décision peuvent connaître du bien-fondé de sa contestation par autrui, sans être tenus de la moindre spécificité organique ou procédurale - suscite le commentaire lapidaire et embarrassé de la doctrine du début du XIXe siècle *"Juger l'Administration, c'est encore administrer"*. Merveilleuse commodité du postulat, auquel M. Cohen ne peut s'empêcher de répondre que *"Juger l'Administration, c'est toujours juger"*, sauf à considérer que *"juger les commerçants, ce serait encore commercer, juger les viticulteurs, ce serait encore vendanger"* (p. 4).

Certes, au sein de l'activité administrative, une distinction s'amorce, sous l'Empire, entre l'activité d'administration et l'activité de contentieux administratif.

En 1872, l'acquisition, par le Conseil d'Etat, de la justice déléguée permettra d'isoler franchement la fonction juridictionnelle de la fonction administrative, même s'il faudra attendre 1926 pour que, dans les conseils de préfecture, le préfet et le secrétaire général cessent d'être respectivement... président et commissaire du gouvernement. Toutefois, la césure graduellement intervenue au XIXe siècle entre l'administration active et la juridiction administrative, si elle a effacé l'immunité originelle de l'Administration, n'a pas remis en question l'interdiction faite au juge judiciaire de connaître de ses activités. Ce n'est pas là le fruit du hasard de l'Histoire, mais celui d'un souci permanent de soumettre l'Administration à un régime autonome, fût-il désormais juridictionnel.

Il est donc *peu perspicace*, souligne l'auteur, (p. 4 et s., 193 et s.) de voir dans la coexistence des deux ordres juridictionnels administratif et judiciaire, aboutissement actuel du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, un simple mode fonctionnel de répartition du travail de juger, la compétence administrative n'étant que la conséquence de la technicité du droit applicable, tout comme la spécificité des relations commerciales ou salariées justifie l'existence des juridictions consulaires ou prudhomales, ou les petits procès celle des tribunaux d'instance. Pour l'Administration, c'est voir les contestations examinées non par des magistrats, mais par des fonctionnaires relevant du Premier Ministre ou du Ministre de l'Intérieur, tous "*mieux informés des nécessités de l'action administrative*" (p. 176) ; c'est soumettre le litige à un juge qui lui laisse de larges zones d'appréciations discrétionnaires, qui ne se reconnaît pas la possibilité d'assortir immédiatement ses condamnations d'injonctions ou d'astreintes, qui ne prononce que très exceptionnellement des mesures d'urgence à son encontre, qui, enfin, n'offre pas au particulier des garanties procédurales analogues à celles du droit civil (p. 385 à 423).

L'exclusion du juge judiciaire n'est donc pas seulement une règle technique. Elle est aussi une règle politique, celle de la mise à l'écart d'un imperium et d'une méthode dont l'exercice pourrait conduire l'Administration à l'impuissance. L'essentiel du propos de M. Cohen ne réside pourtant pas dans l'étude de cette signification toujours actuelle du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire. Il est, suivant sa propre

expression, "*d'en explorer la face judiciaire*" (p. 3 et 11 ; depuis 1945, 1 à 2 % des arrêts annuellement publiés aux bulletins civil ou criminel statuent sur sa mise en oeuvre). Et l'auteur de nous montrer, en 436 pages, la curieuse vitalité de ce vieux principe, qui, pris, repris, et utilisé dans la défiance du juge judiciaire, trouve parfois chez celui-ci une telle soumission (Première Partie de la thèse : la survivance paradoxale du principe de séparation), qu'il en vient à conférer la quasi-immunité à des décisions ou activités strictement privées et civilement dommageables, pourvu que l'Administration ait eu à les autoriser (Deuxième partie : transformation du principe de séparation des autorités). Certes, expose en substance M. Cohen, le principe existe, et fait défense au juge judiciaire d'examiner un recours en annulation de l'acte administratif, d'interpréter celui-ci lorsqu'il est individuel, de déliminer le domaine public, de prononcer une condamnation envers l'Administration (not. p. 213, 229, 281, 426). Mais la jurisprudence privatiste lui donne un champ d'application très étendu (I), sans rapport obligé avec les exigences interprétatives (II) et générateur de situations proches du déni de justice (III).

- I -

A côté des actes administratifs traditionnels et contraignants (règlements, nominations), notre siècle a vu l'essor considérable des actes administratifs permissifs. Ceux-ci, sous la forme d'autorisations, de licences, d'agréments, de permis, sont aujourd'hui, dans la vie civile, la condition préalable de multiples activités professionnelles et décisions ponctuelles (p. 320 et s.). Si l'activité ou décision donne ultérieurement lieu à litige avec une autre personne privée, le juge judiciaire la tranchera par application des solutions privatistes ordinaires : l'autorisation administrative obtenue par le défendeur n'empêchera pas le juge civil d'ordonner sous astreinte la cessation d'un commerce qui se révèle générateur de concurrence déloyale (p. 331), pas plus que le permis de construire ne sera un obstacle à l'injonction de démolir la maison édiflée en violation d'une servitude du droit privé ou du cahier des charges du lotissement (p. 254 et s.). Mais, en d'autres hypothèses de cet interventionnisme étatique dans la vie sociale et économique d'aujourd'hui, les cinq chambres civiles de la Cour de cassation confèrent au

principe de séparation des autorités administrative et judiciaire une telle intensité et une telle vigueur qu'elles font de l'acte permissif un véritable brevet d'irresponsabilité ou de semi-responsabilité civile. L'auteur mène sa démonstration à partir de deux exemples habilement choisis pour leur importance sociologique et leur accessibilité au généraliste.

Il s'agit, en premier lieu, du résultat de l'action pour troubles anormaux de voisinage engendrés par un établissement dont l'existence requerrait une autorisation administrative effectivement obtenue. Les tribunaux ordonnent à l'auteur des dommages d'indemniser les plaignants, mais refusent, sauf coût minime, de prescrire les mesures matérielles par lesquels cesserait la gêne. Condamner le défendeur à effectuer des travaux importants, voire à fermer ses installations, c'est ajouter aux exigences auxquelles l'Administration avait subordonné l'ouverture, et, dit-on, méconnaître la séparation des autorités administrative et judiciaire (p. 251 et s., 361 et s.). En second lieu, sont retenus les licenciements qui, fondés sur un motif économique ou atteignant des salariés investis d'un mandat représentatif, ont été, conformément aux textes en vigueur, prononcés avec l'aval de l'Inspection du Travail. La Chambre Sociale décide que l'intervention administrative interdit au juge judiciaire de contrôler la réalité et le sérieux des motifs avancés par l'employeur ou la régularité de la procédure suivie. En cas de contestation, il doit surseoir à statuer : se prononcer lui-même, ce serait, là encore, contester l'appréciation administrative, fût-elle implicite et déduite de la non réponse de l'Inspection du Travail dans le délai légal. Si grande est, en ce domaine la réserve judiciaire que, même en cas d'annulation ultérieure de la décision administrative par le ministre ou par le juge, le salarié n'est pas admis à soutenir rétrospectivement aux prudhommes que son licenciement était bien irrégulier : il y aurait mise en cause de l'Administration. L'intéressé pourra juste demander des dommages-intérêts pour refus de réintégration (p. 283 et s., 311 et s.). Heureusement, se prend alors à penser le pénaliste, que les textes autorisent expressément les juridictions répressives à retirer leur permis de conduire aux chauffards homicides... Réflexion inutile toutefois, la Chambre Criminelle s'étant, elle, vite et audacieusement affranchie du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire,

dès lors qu'il conduisait à un résultat manifestement contraire aux finalités du Droit. Il ne se présente donc pas comme une norme supérieure et incontournable.

- II -

Depuis 1810, en une jurisprudence bien connue, toujours reprise, étendue aux actes individuels, et insouciante d'une doctrine contraire donnée par le Tribunal des Conflits en 1951, la Chambre criminelle affirme le droit et le devoir du juge répressif de vérifier la légalité des règlements pénalement sanctionnés lorsqu'ils sont produits devant lui à l'appui des poursuites (p. 127 et s.). Si l'administratif tient le civil en état (p. 203 et s., 278 et s.), il ne tient pas le criminel. Le juge pénal, s'il ne se reconnaît certes pas le droit de prononcer l'annulation d'un acte erga omnes, s'estime néanmoins habilité à en constater pour l'espèce la nullité, refusant d'admettre que le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire puisse porter atteinte à sa mission et à sa responsabilité de mise en oeuvre du droit répressif. Cette position, qui affecte des actes administratifs impératifs, est le plus fantastique coup de boutoir jamais donné au principe de séparation. Elle trouve une solide et particulière justification dans un autre principe, premier aux yeux des pénalistes, celui de la légalité des délits et des peines (p. 154 et s. ; surtout, ajouterions-nous, si l'on songe à la place que lui a fait le Conseil Constitutionnel dans la hiérarchie des normes).

Les juges civils, eux, refusent d'examiner la validité d'un acte administratif, sauf, très indirectement, lorsque, écartant comme non sérieuse la contestation dont il est l'objet, ils refusent de surseoir à statuer (p. 272 et s., 296 et s.). Leur attitude, respectueuse du sens minimum et objectif du principe de séparation, ne peut qu'être juridiquement approuvée. Mais l'auteur leur reproche de ne pas s'interroger sur la nature et la portée des actes administratifs permissifs, et, partant, d'appliquer à cette catégorie d'acte un régime immunitaire en lui-même dépassé et, surtout, conçu à une époque où n'existaient que des actes administratifs contraignants. La séparation des autorités administrative et judiciaire ne devrait pas être comprise comme interdisant au juge civil d'appliquer les lois civiles à des litiges qui, opposant deux personnes privées sur une activité privée administra-

tivement autorisée, ne soulève aucune question propre de droit public. Ne paraissent donc pas justifiées les solutions qui disent l'employeur non tenu des conséquences d'un licenciement irrégulier dès lors que l'Inspecteur du Travail l'a avalisé, ou qui disent insusceptible de fermeture l'établissement troublant anormalement le voisinage, pour cette seule raison que l'Administration en a permis le fonctionnement.

En des développements qui constituent le morceau de bravoure de la thèse (p. 319 et s. "*Le dévoiement du principe de séparation*"), M. Cohen souligne que l'autorisation administrative, qui réserve toujours les droits des tiers, ne peut les avoir supprimés ou diminués ; qu'elle ne peut être tenue pour un fait justificatif libératoire ou exonératoire, car une faculté n'est pas un ordre (mais n'assimile-t-on pas, à cet égard, la permission à l'ordre ? Ne serait-il pas plus exact de dire que seule la loi formelle peut créer un fait justificatif en matière de responsabilité, puisque l'on touche aux principes fondamentaux des obligations et du droit du travail ?) ; qu'elle ne préconstitue en rien une preuve de l'absence de faute de son bénéficiaire, car les considérations qui inspirent la chose administrativement décidée ne coïncident guère avec les droits subjectifs dont le juge judiciaire doit assurer la protection. La décision juridictionnelle civile qui, malgré l'autorisation administrative, constaterait la nullité d'un licenciement ou prescrirait sous astreinte des travaux sur l'édifice bruyant ou polluant ne contesterait aucunement la validité même de l'autorisation. Ce n'est pas parce que les textes font de la permission administrative, souvent délivrée in abstracto, une condition nécessaire, qu'ils interdisent au juge, saisi d'un dommage, de compléter in concreto. On arrive donc à cette conclusion que, si le principe de séparation empêche le juge civil de connaître du contentieux des opérations administratives, il ne devrait affecter en rien le contentieux des activités privées autorisées par l'Administration.

Tout cela est intellectuellement bien mené, instructif et agréable à suivre. On nous pardonnera une remarque que nous tenons à faire en dépit de son caractère peu universitaire : N'aurez-vous pas du mal à expliquer au directeur de l'entreprise, principalement soucieux du bon fonctionnement de celle-ci, que le juge peut lui interdire de faire ce que les bureaux lui ont permis ?

Peut-être la considération de sa bonne foi se joint-elle tantôt au souci de protéger une certaine efficacité de l'action administrative, tantôt à la crainte des retombées économiques et sociales d'un jugement prenant en fait son contrepied. Il faut dire, aussi, que la timidité de cette politique jurisprudentielle n'est pas sans raison d'être. Ainsi, à partir des années 1960, les chambres civiles s'étaient enhardies à ordonner la démolition de bâtiments édifiés en vertu d'un permis de construire délivré dans la violation de règles d'urbanisme ou de servitudes d'utilité publique. C'est pour briser cette jurisprudence que la loi du 31 décembre 1976 est venue interdire au juge judiciaire d'ordonner *"la réparation du préjudice causé aux tiers par la méconnaissance des règles d'urbanisme ou des servitudes d'utilité publique"*, si la juridiction administrative n'a pas préalablement annulé le permis de construire ou constaté son illégalité (a. L 480-13 du Code de l'Urbanisme). (V. p. 258 et s.).

### - III -

La prudence du juge civil et la vigilance des gouvernants se conjuguent parfois pour conserver au principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire une large portée. Pour M. Cohen, celle-ci ne peut toutefois être assise sur une prétendue valeur supra législative. (La signification partiellement politique du principe ne pourrait-elle, toutefois, conduire à tempérer cette analyse ?). Selon l'auteur, la place du principe dans la hiérarchie des normes est simplement législative, comme le montre le fait que des lois ordinaires peuvent lui apporter des exceptions (p. 184 et s., 428 et s.). Aussi ne faudrait-il plus placer indistinctement sous cette ombre stérilisante toutes les hypothèses de l'interventionnisme étatique dans les relations des personnes privées ; il conviendrait de voir, dans les nombreuses exigences d'autorisation administrative préalable, une condition nécessaire, mais non suffisante de la licéité de l'activité entreprise. L'analyse inverse, outre qu'elle coûte fort cher, socialement et écologiquement, favorise un alignement de l'appréciation judiciaire sur l'appréciation administrative. Surtout, elle détermine parfois, au civil, deux sortes de défendeurs : ceux qui, brandissant l'autorisation administrative, se parent ainsi d'une immunité ou semi-immunité pour leurs activités ou décisions, et *"les autres"*, soumis, eux, aux règles communes de responsabilité (p. 325 et s.). On mesure

le déni de justice, déduit de la perversion du système : le principe de séparation a été édicté pour soustraire au contrôle judiciaire la seule activité administrative, non l'activité privée, si utile et respectable soit-elle par ailleurs.

Les voies d'un retour à l'équilibre (p. 424 et s.) sont à rechercher dans une compréhension claire et actualisée du principe de séparation, dans l'explication stricte des formules par lesquelles les textes de 1790 et de l'an III interdisent au juge judiciaire de "*connaître des actes d'administration*", de "*citer les administrateurs à raison de leurs fonctions*", de "*troubler les opérations des corps administratifs*". Pas plus que la liberté du commerce et de l'industrie, la permission administrative ne met la personne privée au-dessus des lois. Nous terminons en empruntant à l'auteur l'une de ses phrases : "*On nous fera difficilement admettre qu'il est conforme à une bonne administration de la justice qu'un demandeur ne puisse obtenir de son juge naturel ce que le droit privé lui permet d'exiger et que le juge administratif est radicalement incompétent pour lui accorder*".

R. R. J. 1985  
Pages 405 à 422

E P I S T E M O L O G I E



CLUB ÉPISTÉMOLOGIE  
CLUB ÉPISTÉMOLOGIE  
CLUB ÉPISTÉMOLOGIE

Le Club Epistémologie de l'Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille réunit des spécialistes de toutes les disciplines (physique, chimie, sociologie, économie, gestion, philosophie, géographie, droit, ...). Certaines de ses recherches ont déjà été publiées : voir **Echanges avec Edgar Morin, Science et conscience de la complexité**, Aix-en-Provence, Librairie de l'Université, Collection Cheminements interdisciplinaires, 1984.

Le lecteur trouvera ci-après les éléments sommaires de présentation d'une recherche commencée en 1985. Elle porte sur la notion d'école, école scientifique, école philosophique, ... Ce thème d'une importance majeure et qui ne semble pas avoir encore fait l'objet d'une étude approfondie en France sera étudié pendant une année ou davantage et pourra donner lieu à une publication.

\*\*\* \* \*\*\*

\*\*\*

## Recherche en cours

C.L.U.B. É.P.I.S.T.É.M.O.L.O.G.I.E.  
C.L.U.B. É.P.I.S.T.É.M.O.L.O.G.I.E.

### L'ECOLE AU SENS EPISTEMOLOGIQUE OU CULTUREL

#### 1. Généralité du thème

- # Ecoles scientifiques (sciences dures) : chimie, physique, mathématique, astronomie....
- # Ecoles philosophiques.
- # Ecoles artistiques.
- # Ecoles théologiques.
- ....

Sens des mots : écoles scientifiques et écoles de pensée.  
Des écoles à l'Ecole.

#### 2. Recherche d'une définition

- # Notion générale de l'école (scientifique ou de pensée).
- # Critères de l'école :
  - un maître-fondateur-père... ?
  - des disciplines-épigones-continuateurs... ?
  - une doctrine (fondamentale, méthodologique...)?
  - des adversaires ?

### Illustration

*Extrait de André-Jean Arnaud, Critique de la raison juridique, t. 1, Où va la Sociologie du Droit ?, Paris, 1981, L.G.D.J., Bibl. de Philosophie du Droit, vol. XXVI : voir annexe 1.*

Les membres de l'Ecole sont-ils toujours à peu près contemporains ? Est-il permis de penser qu'il y a des écoles à longue vie ou leur histoire est-elle toujours celle de dénaturations successives, de réécritures, de trahisons, ... ? Quel est le temps de l'école (celui qu'il faut envisager pour la comprendre sans déformer sa réalité) ?

Les membres de l'Ecole sont-ils toujours à peu près des spécialistes de la même discipline ?

### Illustration

*Au début de ce siècle, en matière juridique l'Ecole de Bordeaux (Léon Duguit) s'opposait à celle de Toulouse (Maurice Hauriou). Le Doyen Hauriou avait conçu sa doctrine en s'entretenant en particulier avec quatre professeurs de philosophie : Rauh, Jaurès, Dumesnil et Delbos.*

## 3. Histoire des écoles

# Caractère évolutif de la notion d'école.

- Les origines grecques (Présocratiques, notamment, ...).
- Rome.
- Le Moyen-Age.
- Les Lumières.
- Le XIXème siècle.
- L'époque contemporaine.

(découpage arbitraire).

# Facteurs d'évolution de la notion.

Culturels, économiques, ..

Y a-t-il des périodes de développement des écoles (en qualité ? En nombre ?) et des époques de raréfaction ?

- # Les écoles, comme signe.  
Les signes de l'école : une figure, un lieu, un événement, un chef d'oeuvre.  
Les écoles comme révélateur de l'image qu'une discipline a d'elle-même.

#### 4. Une école entre autres

- # Les écoles et les solitaires : renégats, exclus ou, au contraire, les solitaires innés.
- # Les écoles liées à une personne et celles qui sont liées à une doctrine, un thème, une hypothèse,...
- # Les personnages de l'école.
  - Le fondateur, visionnaire "intempestif", génie ou maître.
  - Les précurseurs.  
Sont-ils recherchés pendant la "vie" de l'Ecole ou à son déclin, voire à sa "mort" ?  
Qu'est-ce que "fonder" une Ecole ? La recherche de légitimité, de crédit, d'un alibi culturel, d'un père (argument d'autorité).

#### Illustration

*Extrait de Georges Canguilhem,  
Etudes d'histoire et de philosophie des sciences, Paris,  
5ème éd., 1983, Ann. 2.*

- Disciples, épigones et pasticheurs.

De Lubac, Paradoxes, Paris, 1983, Seuil, p. 79 :  
"Les systèmes de pensée n'existent guère, tout constitués, que chez les épigones - ou chez les adversaires. Rarement, ils y sont le fruit d'une fidélité profonde ou d'une hostilité perspicace".

Sainte-Beuve : "La tradition ne se continue jamais par les disciples mais par de nouveaux maîtres".

- Exclus et renégats. Voir *supra*.
- # Comment mesurer l'influence d'une école ? Dans sa discipline et hors de sa discipline ?

**Illustration**

*Influence de Bergson sur la pensée du Doyen François Gény.*

*Extrait de S. Rials, Le juge administratif et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité), Paris, 1980, Préface P. Weil, L.G.D.J., Bib. de Droit Public, t. CXXXV, Annexe 3.*

**5. Les moments de l'Ecole**

# Naissance, vie et mort.

La crise épistémologique initiale à résoudre.

La crise finale sans solution interne à l'école.

# La survie de l'Ecole.

Influences avouées et inavouées.

Filiales ?

# Ecole constituante et école constituée.

**6. Ecole et paradigme**

# Le paradigme, comme notion de substitution ?

Changements de paradigmes dans une même école ?

Passage des paradigmes d'écoles à écoles (opposées) ?

# Sont-ce les écoles ou les théories qui meurent ?

## A N N E X E S

## V° ECOLE

**Littre**

- Sens 8 : "Enseignement de la théologie et de la philosophie suivant la méthode et les principes des écoles du Moyen-Age".
- Sens 9 : "Secte ou doctrine de quelque philosophe ou docteur célèbre".
- Sens 10 : "Caractère commun à des oeuvres d'art, de de littérature ou de science".
- Sens 11 : "Ecole historique, manière d'écrire l'histoire où l'on cherche surtout à déduire les causes et l'enchaînement des événements, la suite des institutions et l'état des moeurs, par opposition à l'école descriptive, laquelle s'occupe surtout de raconter".

**Lalande**

- A. Au sens strict, groupe de philosophes ayant non seulement une doctrine commune, mais une organisation, un lieu de réunion, un chef et même le plus souvent une succession de chefs explicitement désignés.
- B. Au sens large, ensemble de philosophes professant une même doctrine, ou du moins admettant tous une certaine thèse philosophique considérée comme capitale.
- C. L'expression abrégée "l'Ecole" désigne spécialement la philosophie scholastique. Très usuelle au XVIIème siècle, elle tend à tomber en désuétude.

Observations de L. Lapie : "Au sens propre du terme, il n'y a pas d'écoles philosophiques".

de F. Mentré : "Il n'y a guère eu d'Ecoles au sens strict que dans l'antiquité. L'école positiviste orthodoxe est une exception parmi les doctrines modernes. Cette différence vient de la différence dans le mode d'enseignement" (oral et écrit).

## ANNEXE 1

André-Jean Arnaud, *op. cit.*, n. 2-3-1-2, p. 218 à 221.

2-3-1-2. *L'« école » française contemporaine de sociologie juridique.*

Ce tiraillement, parfaitement clair, entre la mesure et une certaine « déraison » (par rapport aux normes classiques des attitudes escomptées d'un professeur de droit civil français), explique le paradoxe qui éclate lorsqu'on cherche à cerner les contours d'une éventuelle « école » qui se serait formée autour des enseignements et des recherches de J. Carbonnier. Mais est-il seulement convenable de parler ici d'« école » ? De même qu'il avait refusé un maître, J. Carbonnier refuse d'agir en maître, tentant plutôt d'attirer et d'encourager ceux qui aimeraient s'aventurer dans les régions qu'il a aidé à découvrir. Et l'on se retrouve dans cette situation assez curieuse où les disciples reconnus sont ceux qui se sont engagés sur la voie du réalisme modéré, tandis que, plus proches peut-être pourraient être ceux qui, loin de perpétuer les vues du « maître », auraient résolu d'être sociologues pour cette raison que, de cette place seulement il serait possible de faire preuve d'une certaine imagination quand on traite de droit. Mais, sur ce point, pour l'instant, n'est-ce pas le vide ?

Le seul « disciple », à vrai dire, de J. Carbonnier, au plan tant de la sociologie juridique théorique que de la sociologie juridique empirique, semble être François Terré. Pour lui, la sociologie juridique n'est qu'une branche de la sociologie générale : quant aux fonctions et aux méthodes de cette discipline (qui ne mérite ce titre que par commodité), son avis ne diffère pas, apparemment, de celui qu'il considère <sup>106</sup> comme son « maître ».

Les travaux de F. Terré constituent essentiellement une sorte d'ébauche de sociologie juridique « spéciale » (personnes, biens, successions, contrats, régimes matrimoniaux, responsabilité civile – avec recherches empiriques sur plusieurs de ces thèmes, en vue de réformes législatives), à l'exception de quelques études générales, et notamment un article sur « Connaissance et conscience du droit », écrit en collaboration avec Alain Sayag <sup>107</sup>. Le fait est important ; en effet, A. Sayag ne se considère pas comme sociologue, mais comme « juriste soucieux par goût et par raison de sociologie, considérée comme instrument *indispensable* d'élaboration, d'interprétation et de critique de la règle de droit (la loi principalement) sans négliger pour autant les analyses historiques et comparatives plus traditionnelles » <sup>108</sup>. C'est sans aucun doute trop d'humilité de la part de ce dernier, qui travaille depuis des années à l'étude juridique et sociologique des sociétés <sup>109</sup>. Mais c'est aussi un élément d'appréciation sur la conception que se fait le coauteur de l'article, F. Terré, de la sociologie juridique, conception somme toute beaucoup plus restrictive que celle de J. Carbonnier.

106. Lettre à l'auteur.

107. Cf. 2312/019.

108. Lettre à l'auteur.

109. Cf. par ex. dans A.S. 0320/018 : 23, 1972, p. 409-421. A. Sayag dirige, depuis 1977, le C.R.E.L.A. de recherche juridique et sociologique sur le droit des affaires (Chambre de commerce de Paris).

F. Terré et A. Sayag paraissent acquis à l'idée que « le droit... tend à remplir un rôle de *social engineering* »<sup>110</sup>. « De manière générale, notre position ne consiste pas à prôner une législation platement sociologique, mais, en prenant parti sur les finalités propres de l'institution ou des règles analysées, à proposer les solutions législatives ayant les meilleures chances de prise sur le réel social »<sup>111</sup>. En somme, ce qui les intéresse par-dessus tout dans la sociologie juridique, c'est la possibilité de substituer dans le calme des rapports de participation à des rapports de hiérarchie<sup>112</sup>, de garder un certain rapport entre droit et économie, de savoir apprécier, mesurer l'écart<sup>113</sup>. Cela explique certainement que F. Terre, même s'il ne néglige nullement les analyses théoriques, comme en témoigne par exemple sa succession à l'enseignement de la sociologie juridique<sup>114</sup> depuis le retrait du titulaire de ce cours à Paris, J. Carbonnier, ou encore ses contributions régulières à la section juridique de *L'Année Sociologique* – dont, pendant de nombreuses années, J. Carbonnier présida le Comité de direction – soit avant tout préoccupé de sociologie juridique empirique. En quoi il apparaît indiscutablement comme l'un des principaux prolongateurs de cette partie de l'œuvre de son « maître ».

Plusieurs chercheurs, réunis dans diverses formations de recherche, assurent, eux aussi, le développement de cette portion de la sociologie juridique, dans l'esprit – sinon sous l'égide – de J. Carbonnier. M. P. Champenois-Marmier, par exemple, issue du Laboratoire de sociologie criminelle créé par H. Lévy-Bruhl et dirigé par G. Levasseur, avant d'être chargée de la direction scientifique du Laboratoire de sociologie juridique de l'Université de Paris II<sup>115</sup>, s'était, dès 1969, spécialisée dans la sociologie de l'adoption. Elle menait, dans le même temps, un travail sur l'effectivité d'une loi<sup>116</sup>. Elle semble s'adonner volontiers, depuis, à l'étude empirique, sans pour autant négliger, au besoin, tel ou tel problème théorique, comme en témoigne son analyse du pluralisme judiciaire, menée à propos d'une recherche sur les Conseils des prud'hommes<sup>117</sup>.

C'est ainsi, également, qu'elle a, en collaboration avec Jacques Commaille, donné un long travail sur les méthodes de la sociologie juridique par rapport à celles de la sociologie générale. Les auteurs y écrivent que leur réflexion partira « de la constatation selon laquelle, la sociologie juridique participe de la sociologie générale et en constitue une des orientations, se fondant sur un champ d'analyse ou un objet scientifique particulier : celui du droit comme phénomène social »<sup>118</sup>. S'agissant des méthodes elles-mêmes, outre les emprunts purs et simples à la sociologie générale, outre les adaptations, on compte des *innovations relatives*. Hypothèses de réflexion initiales, objet, fonction, méthodologie : leurs travaux se présentent, dans les grandes lignes, comme une prolongation des principes admis par J. Carbonnier.

110. Cf. A.S., 0320/018 : 1975, p. 467 (cité en 2312/019).

111. A. SAYAG, lettre à l'auteur. *Contra* : Dalloz, 0330/003 : 1977, *Chr.*, 251, 257, *passim*.

112. *Loc. cit. supra*, note 110.

113. Cf. 2312/027 (A.S., 0320/018 : 1976), p. 20.

114. *Bibl.* 2312/036.

115. Dirigé par J. Carbonnier, ce laboratoire provient d'une division de l'ancien Laboratoire de sociologie criminelle. La-dessus, cf. 0340/085 (R.T.D.C., 1976), p. 502, note 23 ; voir aussi *supra*, § 1-2-6. Laboratoire devenu *Centre de recherche sur les interactions socio-juridiques contemporaines dans le domaine du droit* (1/1/81).

116. Tutelle des mineurs, cf. 2312/010.

117. 2312/031. Mme CHAMPENOIS a dirigé une importante enquête sur les régimes matrimoniaux, citée 2312/045.

118. Cf. 2312/025, p. 94.

Et cependant, J. Commaille, par exemple, qui n'est pas juriste de formation, mais sociologue, peut-il être considéré comme un disciple de J. Carbonnier, alors qu'il cite volontiers, en le suivant, P. Bourdieu<sup>119</sup> et utilise des distinctions typiquement wébériennes<sup>120</sup> ? Il est vrai que, sur les options fondamentales, J. Carbonnier ne le désavouerait pas. Cela s'explique probablement d'une part parce que ce dernier, faisant preuve, selon ses propres termes, d'une « sympathie très profonde pour toutes les opinions »<sup>121</sup> est, de surcroît, très ouvert à la « pluridisciplinarité », d'autre part parce que J. Commaille, relativement tard venu à la science juridique, et dans un service<sup>122</sup> où J. Carbonnier est très écouté, a certainement acquis sa propre vue du droit au travers des travaux de ce dernier. La divergence naitrait plutôt au moment où J. Commaille refuse, pour sa part, le caractère de spécificité à une discipline sociologique juridique.

Mais c'est là une tendance peut-être inévitable parmi ceux qui s'occupent ou sont amenés à s'occuper de sociologie juridique, sans avoir une longue formation de juristes. Il ne s'agit pas ici de savoir si cela est ou non un bien, mais de faire une constatation. Or, lorsque les juristes soucieux de parler en termes de sociologie se sont avancés sur les terres encore mal explorées de la sociologie juridique, ils se sont vite rendu compte qu'il leur manquait une solide base de connaissances sociologiques. Ils se sont alors adjoint un certain nombre de sociologues qui, de leur côté, n'avaient souvent pas ou n'avaient que peu de connaissances en matière juridique. Et, sans que cela les empêche de donner sur le droit des travaux d'une haute qualité<sup>123</sup> – peut-être même sont-ils doués au contraire d'une plus vive imagination créatrice, n'ayant aucune des inhibitions nées de la précontrainte dans le moule des études juridiques – il y a là, probablement, un frein à un développement de la sociologie juridique en tant que discipline autonome.

Si l'on a choisi de parler ici de J. Commaille, ce n'est nullement avec l'intention de le « classer » irrémédiablement dans un chapitre. Il est vrai que son travail se situe dans le cadre d'un effort collectif, celui des chercheurs du Service de coordination de la recherche au Ministère de la Justice, tendant à tirer le meilleur parti possible d'une situation officielle et reconnue, pour participer « à la construction d'une sociologie du droit hors des tutelles mais dans l'histoire »<sup>124</sup>, même s'il s'avérait qu'il s'agit là d'un pari impossible à tenir. Il considère que le droit et la justice sont un objet comme un autre, et ne voit pas comment la spécificité (réelle) d'un objet pourrait fonder celle d'une « science » à l'intérieur de la sociologie. Aussi s'écarte-t-il manifestement de la position de J. Carbonnier : « En fait, la spécificité d'une discipline me paraît seulement justifiée par un phénomène de féodalités académiques, ou souvent fondée (de manière tout aussi épistémologiquement discutable) sur une demande socio-politique qui occulte sa nature idéologique, en construisant une « science » pour lui répondre »<sup>125</sup>. J. Commaille doute de la possibilité pour le juriste, et surtout le professeur de droit, acteurs dans le système, d'accomplir la rupture épistémologique qui seule peut fonder une approche sociologique : encore un point sur lequel on retrouve une indiscutable influence de Bourdieu, et qu'il ne sera, évidemment, pas possible – ni question – d'esquiver.

119. Cf. p. ex. *op. cit.*, p. 94 et 110 ; et, sans qu'il soit cité expressément, dans « le processus de divorce », 2312/033.

120. Droit formel et droit matériel, par ex. ; cf. 2312/029.

121. *Droit civil*, 2311/004, vol. I, Preface.

122. Sur le Service de coordination de la recherche du Ministère de la Justice, ainsi que sur le C.R.E.D.O.C., cf. « Nouvelles de France », dans *Sociologia del diritto*, 0320/120 : 1977/2, p. 559 ; *cod. loc.*, 1980, « Nouvelles de francophonie ».

123. Cf. p. ex. le modèle d'analyse de la pratique judiciaire, donné par J. Commaille dans A.S. 1976 (n° 2312/029), p. 220. Cf. aussi, dans le même volume, les études d'A. Bengeol et M.F. Valetas, ainsi que l'ensemble des travaux effectués par les chercheurs du C.R.E.D.O.C. Voir note précédente. Pour une bibliographie exhaustive, cf. *supra* rubr. 2220.

## ANNEXE 2

Georges Canguilhem, *op. cit.*, "Introduction. Objet de l'histoire des sciences", p. 20-21.

"Quel est, pour l'historien des sciences, l'effet pratique d'une théorie qui tend à lui reconnaître l'autonomie d'une discipline constituant le lieu où sont étudiées les questions théoriques posées par la pratique scientifique ? Un des effets pratiques les plus importants c'est l'élimination de ce que J.T. Clark (The philosophy of Science and history of science, 1962, p. 103) a appelé "le virus du précurseur".

A la rigueur s'il existait des précurseurs l'histoire des sciences perdrait tout sens, puisque la science elle-même n'aurait de dimension historique qu'en apparence. Si dans l'Antiquité, à l'époque du monde clos, quelqu'un avait pu être, en cosmologie, le précurseur d'un penseur de l'époque de l'univers infini, une étude d'histoire des sciences et des idées comme celle d'Alexandre Koyré serait impossible. Un précurseur serait un penseur, un chercheur qui aurait fait jadis un bout de chemin achevé plus récemment par un autre. La complaisance à rechercher, à trouver et à célébrer des précurseurs est le symptôme le plus net d'inaptitude à la critique épistémologique. Avant de mettre bout à bout deux parcours sur un chemin, il convient d'abord de s'assurer qu'il s'agit bien du même chemin. Dans un savoir cohérent un concept a rapport avec tous les autres. Pour avoir fait une supposition d'héliocentrisme, Aristarque de Samos n'est pas un précurseur de Copernic, encore que celui-ci s'autorise de celui-là. Changer le centre de référence des mouvements célestes, c'est relativiser le haut et le bas, c'est changer les dimensions de l'univers, bref, c'est composer un système. Or Copernic a reproché à toutes les théories astronomiques avant la sienne de n'être pas des systèmes rationnels. Un précurseur ce serait un penseur de plusieurs temps, du sien et de celui ou de ceux qu'on lui assigne comme ses continuateurs, comme les exécutants de son entreprise inachevée. Le précurseur est donc un penseur que l'historien croit pouvoir extraire de son encadrement culturel pour l'insérer dans un autre, ce qui revient à considérer des concepts, des discours et des gestes spéculatifs ou expérimentaux comme pouvant être déplacés et replacés dans un espace intellectuel où la réversibilité des relations a été obtenue par l'oubli de l'aspect historique de l'objet dont il est traité. Que de précurseurs n'a-t-on pas ainsi cherchés au transformisme darwinien chez les naturalistes, ou les philosophes, ou seulement les publicistes du XVIII<sup>e</sup> siècle ! La liste des précurseurs serait longue. A la limite, on réécrirait, après Dutens, les *Recherches sur l'origine des découvertes attribuées aux modernes* (1776).

## ANNEXE 3

S. Rials, *op. cit.*, n. 14, p. 17.

*Bergsonisme et durkheimisme dans l'œuvre de Gény.*

Cet ensemble de considérations de Gény ne doit pas être dissocié, pour comprendre sa postérité, du climat intellectuel dans lequel baigne son œuvre. Ce climat peut se déterminer à partir de deux types de références : des références à des auteurs et des références plus implicites à des courants de pensée, exprimées par l'usage répété de certains termes.

Quant aux auteurs, le choix peut paraître difficile : Gény a une connaissance encyclopédique de son domaine et les citations foisonnent dans son œuvre.

C'est donc plutôt la relation de Gény à la pensée non juridique qui peut apporter des renseignements significatifs. A cet égard quelques noms doivent être retenus : celui de Ihering dont l'œuvre est autant celle d'un philosophe que d'un juriste<sup>9</sup>, et à travers lui celui de Savigny<sup>10</sup>; ceux surtout de Bergson et de Durkheim. Et de Bergson plus encore, davantage cité et, semble-t-il, approuvé<sup>11</sup>. D'ailleurs, Gény lui emprunte la distinction du donné et du construit, si fondamentale dans son œuvre. Pour ce qui est de Durkheim et du sociologisme juridique en général, Gény se montre plus réservé. Il reproche au sociologisme sa négation trop absolue de la transcendance. Mais enfin, il estime ses apports « très précieux » et il pense qu'ils « contribueront, sans objection sérieuse, à assumer la direction de nos recherches méthodologiques dans une voie féconde »<sup>12</sup>.

Marqué par les mouvements d'idées de son temps, Gény demeurait cependant fermement attaché à quelques cadres doctrinaux plus anciens et notamment au jusnaturalisme<sup>13</sup>.

9. V. *Méthode*, t. 1<sup>er</sup>, pp. 8 ss., et *Méthode et Science, passim*.

10. V. l'hommage rendu à cet auteur, *Méthode*, t. 1<sup>er</sup>, p. 220.

11. Dans *Science*, t. 1, p. 77, Gény voit en lui l'« interprète le plus personnel et le plus éminent » de la réaction contre « l'hyperrationalisme »; il n'hésite pas, p. 79, à « relever, dans les résultats de la "philosophie nouvelle", une direction riche et sûre, qui puisse et qui doive, si on l'accepte, influencer sur la méthodologie du droit ». V. aussi, *ibid.*, p. 143, pp. 183 et ss., t. 3, p. 176, etc. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>e</sup> éd., 1949, p. 19, insistera sur le bergsonisme de Gény. Dans les années trente, un Argentin, Fraguera, donnera une lecture largement bergsonienne de l'œuvre de Gény. L'ouvrage de celui-ci est résumé par Toutsakovitch, « L'intuitionnisme bergsonien dans la philosophie du droit », *A.P.D.S.J.*, 1939, p. 238 ss.

12. *Science*, t. 1, p. 92 et p. 93; v. aussi t. 2, pp. 52 ss.

13. V. ainsi *Méthode*, t. 2, *passim*. Le témoignage du fils de François Gény, Bernard Gény, est par ailleurs précieux; « De la méthode et de la technique du droit privé positif

## E L E M E N T S D E R E F E R E N C E

- # Exposé par discipline :
- *Les écoles habituellement reconnues dans la discipline .*
  - *Les thèmes communs .*
- # Thèmes communs.

Ecole et doctrine : *méthodologie ou autre ;  
 fondateur ;  
 dogmatisme ;  
 impérialisme ;  
 paradigme ;  
 discipline.*

Ecole et institution : *maître ;  
 disciple ;  
 élève ;  
 continuateur ;  
 signes ;  
 communication (et notamment,  
 moyens) ;  
 lieu ;  
 pouvoir ;*

Ecole et temps : *rupture, continuité, tradition (orale ou écrite) ;  
 diachronie, synchronie ;  
 précurseur, racines, généalogie, histoire,  
 genèse.*

Ecole et conflits : *dissidents ;  
 controverses ;  
 progrès.*

Ecole et science, art, morale, technologie.

## Une présentation d'une école juridique

### L'ECOLE DE L'EXEGESE

Selon Julien Bonnecase, La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente. Ses variations et ses traits essentiels, t. 1, Bordeaux, 1933, Delmas, n. 144 et s., p. 288 et s.

*Caractéristique distinctive* : ensemble d'auteurs dont les travaux sont centrés sur le commentaire du Code Civil.

#### I. LA FONDATION : 1804 - 1830

# Composition : peu de représentants et tous universitaires. "Hommes de l'Ancien Régime, sous lequel ils ont déjà poursuivi une grande partie de leur carrière, ils interprètent le Code civil à l'aide de toutes les ressources que leur offre leur formation juridique antérieure" (n. 147).

# Origines : non seulement "le cerveau des jurisconsultes et l'action éblouissante du Code civil", mais aussi "l'esprit et les procédés du gouvernement impérial" (n. 146).

# Etat de la doctrine : les auteurs de cette première phase "ont plutôt énoncé certains des points essentiels de la doctrine exégétique qu'embrassé cette doctrine dans son ensemble". Pas "de système bien déterminé" (n. 147).

# Les auteurs : Delvincourt, Proudhon, Toullier, Merlin, Maleville, Chabot de l'Allier.

#### II. L'APOGEE : 1830 - 1880

# Composition : professeurs, mais aussi magistrats et avocats.

# Etat de la doctrine : "pour Valette, le législateur ne pouvait pas ne pas avoir prévu toutes les difficultés juridiques susceptibles de se présenter" (n. 15').

Evolution entre - la méthode du commentaire (ou exégétique pure),  
- la méthode du traité (ou dogmatique).

# Les auteurs : 1° - Les grands commentateurs : Duranton, Aubry, Rau, Démolombe, Taulier, Demante, Colmet de Santerre, Troplong, Marcadé, Laurent.

2° - Les commentateurs de second ordre : Larombière, Pont, Rodière, Massé, Vergé, Duvergier du Caurroy, Coin Delisle, ...

3° - Auteurs représentatifs (sans oeuvre écrite) : Bugnet, Valette.

4° - Vulgarisateurs (auteurs de manuels) : Mourlon.

### III. LE DECLIN : 1880 - 1900

# Etat de la doctrine : "figée" face à "une précipitation inaccoutumée dans le mouvement social" (n. 153).

# Une tentative de rénovation : prise en considération des éléments "rationnel" et "expérimental" du droit (n. 154).

# Les auteurs : Baudry-Lacantinerie, Guillouard, Huc. Les rénovateurs : Labbé, Bufnoir, Saleilles et Ch. Beudant.

## L'école de l'exégèse

### BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

- A.-J. ARNAUD, Les juristes face à la société du XVIIIème siècle à nos jours, Paris, P.U.F., coll. SUP, 1975.
- J. BONNECASE, L'école de l'exégèse en droit civil, Paris, 2ème éd., 1924.
- CHARMONT et CHAUSSE, "Les interprètes du Code civil", Livre du Centenaire du Code civil, Paris, t. 1, p. 131.
- G. CORNU, "Aperçu de la pensée juridique contemporaine", Annales de l'Université de Poitiers, 1960, p. 15.
- F. GAUDEMET, Les interprètes du droit en France depuis 1804, Paris, 1935.
- F. GENY, "L'évolution contemporaine de la pensée juridique dans la doctrine française", Etudes G. Ripert, Paris, 1950, t. 1, p. 3.
- L. HUSSON, "Analyse critique de la méthode de l'exégèse", Archives de Philosophie du Droit, Paris, Sirey, 1972, t. XVII, p. 115-133. Et Nouvelles études sur la pensée juridique, Paris, Dalloz, 1974, p. 173-176.
- L. HUSSON, "Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse", Rev. tr. dr. civ., 1976, p. 431-154.
- F. MALLIEUX, L'exégèse des Codes et la nature du raisonnement juridique, Paris, Giard et Brière, 1908.
- Ph. REMY, "Eloge de l'exégèse", Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, 1982-2, n.VII-13, p. 254-262 et Droits, n.1.
- G. RIPERT, "Le bilan d'un demi-siècle d'esprit juridique", D., 1950, Chr., p. 1.
- R. SALEILLES, "École historique et droit naturel", Rev. tr. dr. civ., 1902, t. 1, p. 80.
- M. VILLEY, La formation de la pensée juridique moderne, Paris, 1963.
- M. VILLEY, "La science du XIXème siècle et la crise du droit", in Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Dalloz, Paris, 1962, p. 69-84.



R. R. J. 1985  
Pages 423 à 556

PHILOSOPHIE  
DU DROIT



## BIOLOGIE, ETHIQUE ET DROIT (\*)

Par Catherine LABRUSSE-RIOU

Professeur à l'Université de Paris-Sud  
(Faculté de Droit de Sceaux)  
Membre du Comité consultatif national  
d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé

-----

*"Rien n'est plus puéril que d'imaginer que l'essor des sciences s'accompagne des progrès de la philosophie. L'inverse est plus vraisemblable : qu'à l'éruption des techniques et des sciences modernes a correspondu l'affaïssement de la philosophie, la fièvre d'agir s'accompagnant d'un ralentissement de la pensée. La philosophie est maintenant un champ laissé à l'abandon. Aussi nos sciences et nos techniques partent à la dérive déchainées, sans que nous sachions plus contrôler leurs principes et leur direction".*

Michel VILLEY  
Philosophie du droit, T. 1, p. 39.

---

(\*) Conférence prononcée le 10 mars 1984 lors du Colloque "Ethiques et Droit" organisé par l'Association Droit et Démocratie ; nous remercions vivement la rédaction de cette revue de publier ce texte dont le caractère oral a été en grande partie conservé et qui n'a fait l'objet que d'une actualisation en mars 1985.

A l'aube d'une réflexion sur les relations des sciences de la vie et du droit, des pratiques biomédicales et des pratiques juridiques, à l'heure d'une interrogation sur la légitimité et la possibilité d'une régulation par le droit des conditions d'exercice de la recherche médicale et de ses applications, l'embarras et le tourment du juriste sont si profonds qu'ils lui imposent **a priori** modestie et lucidité ; tel est l'esprit de ces propos, que l'envergure des questions posées ne doit pourtant ni masquer ni étouffer.

Biologie, éthique et droit ? Le sujet engage la conception que nous nous faisons de l'homme et de son devenir, de la nature de la vie et de la mort, des rapports de l'être physique et de l'être moral, de l'individu et de l'espèce. Ces questions philosophiques de toujours, ne peuvent plus aujourd'hui demeurer étrangères à l'ordre juridique : la science fondamentale et les technologies modernes confèrent, à travers les applications qu'elles engendrent, des pouvoirs jusqu'alors inimaginés d'agir sur l'être humain, pouvoirs dont on ne maîtrise ni tous les aspects ni tous les enjeux. Pourtant c'est souvent vers le juriste que l'on se tourne pour lui demander de contrôler ou de consacrer ces pouvoirs. Il est alors contraint non seulement de reconsidérer les rapports du droit et de la morale, mais surtout de rassembler s'il veut mener une réflexion pertinente apte à guider une action légitime, trop de données diverses. De là naît l'embarras.

**Données scientifiques** en premier lieu, difficilement accessibles voire inaccessibles à celui qui n'ayant pas reçu de formation scientifique n'est pas à même de saisir les concepts et les raisonnements des sciences et par suite d'en apprécier librement les résultats. Comment départager par exemple ceux qui estiment que le quotient intellectuel est essentiellement déterminé par la génétique de ceux qui, sur la base d'une méthodologie mathématique (1) ou d'une idéologie différentes, contestent aux gènes cette prévalence, alors que la question engage ou peut engager toute une politique en matière d'éducation. Plus modestement comment le juge peut-il apprécier la fiabilité d'une expertise de paternité ou départager des diagnostics contradictoires dans un conflit de filiation sans posséder lui-même les outils scientifiques sur lesquels repose l'expertise ?

**Données philosophiques**, de philosophie des sciences et de philosophie du droit, comme de philosophie tout court, alors que le fossé s'est creusé, depuis quelques décades, entre philosophes et scientifiques (2), entre philosophes et juristes aussi (2 bis).

**Données économiques et politiques** à une époque où des choix fondamentaux s'imposent aux Etats dans les politiques de santé et dans les financements de la recherche et où une économie de marché impose de rentabiliser la production des médicaments ou de matériels de plus en plus performants et coûteux.

**Données sociologiques** aussi : les informations manquent sur l'état réel des pratiques scientifiques et médicales qu'engendrent le prodigieux développement des connaissances et des technologies. Les informations manquent sur la manière dont les individus et la société qu'ils composent perçoivent, reçoivent et conçoivent cette nouvelle culture scientifique à laquelle, faute d'en maîtriser les données, ils demeurent largement étrangers, culture qui suscite à la fois l'admiration ou l'inquiétude et pour les moins rationnels la fascination ou le rejet.

**Données éthiques** à l'heure où naît une discipline nouvelle, la bioéthique (3), aux contours et aux méthodes encore incertains qui interroge le juriste sur les relations du droit, de la morale et de la science, dans des sociétés comme la nôtre où prévaut la liberté génératrice d'un pluralisme des courants éthiques.

**Données juridiques** enfin car si l'on pressent que les droits de l'homme sont en cause dans la confrontation de l'être humain au pouvoir de la science, nous savons bien que l'effectivité des droits de l'homme dans le domaine de la santé comme ailleurs passe par les différentes disciplines du droit civil, pénal, administratif, social, international, qu'il n'est pas aisé de coordonner et qui, chacune pour leur part, réalisent des compromis provisoires entre des valeurs, des intérêts, des objectifs contradictoires. Ces droits de l'homme dont on sait cependant qu'il ne suffit plus de les énoncer pour les rendre effectifs, dont on ne sait plus quels critères tracent leurs limites. Alors que nous savons bien, mais ne voulons pas toujours voir, que le vrai problème du droit est celui des limites des droits et des pouvoirs.

Les juristes auxquels il appartient d'arbitrer entre les intérêts en présence, d'organiser un ordre social acceptable et de préserver des valeurs fondamentales, savent que pour ce faire, le droit doit prendre en compte la totalité du réel donc la totalité des données précédemment évoquées quand bien même le droit à lui seul ne saurait en rendre compte. Or, plus d'opacité que de lumière entourent ces données.

L'embarras devient alors tourment. Tourment du juriste sollicité à la fois et dans un climat conflictuel, de légitimer ou de réprimer telle ou telle pratique de la science ou de la médecine moderne : l'expérimentation humaine dont M. le Président Jean Bernard dit qu'elle est "*moralement nécessaire et nécessairement immorale*" (4), le diagnostic prénatal et l'eugénisme qui s'en induit, les techniques de procréation artificielle ; juriste tenu de définir les conditions d'exercice de la médecine contemporaine pour laquelle la seule conscience du médecin que l'on ne saurait éliminer, ne suffit pourtant plus à fonder l'éthique médicale, de définir les droits du malade ou du sujet de l'expérimentation face à l'homme de science dont l'incommunicabilité du savoir prive de sens la notion de consentement libre et éclairé ; juriste appelé à participer à la mise en place et au fonctionnement des institutions et des systèmes collectifs de santé à l'intérieur desquels doivent s'épanouir tant le progrès scientifique que l'action thérapeutique ou préventive au bénéfice de l'individu et de la société alors que l'intérêt du premier s'oppose souvent à celui de la seconde.

Inconfort du juriste sollicité de consacrer l'usage de technologies scientifiques qui défient l'ordre naturel de la vie et de la mort, l'ordre du temps dans la vie de l'homme, les limites de la procréation naturelle, alors que ce juriste ne peut s'autoriser en la matière d'aucun passé, d'aucune tradition, d'aucun raisonnement analogique. Que l'on pense aux possibilités qu'ouvrent la fécondation **in vitro**, la congélation du sperme, de l'ovule ou de l'embryon humain, les recombinaisons génétiques, toutes techniques dont la légitimité et les conséquences pour l'homme n'ont jamais pu être pensées.

Tourment du juriste tour à tour sommé par les uns d'élaborer les règles et les sanctions qui permettraient de contenir et de contrôler le formidable et absolu pouvoir

que confèrent aux hommes de science le développement des connaissances biologiques et génétiques et des technologies, sommé par les autres de se taire et de laisser libre cours à la science de crainte que par ses règles et ses sanctions le droit n'entrave le progrès de la recherche et de ses applications jugées **a priori** bénéfiques à l'humanité, et n'incite alors les chercheurs et les médecins à trouver dans des Etats moins exigeants la liberté que notre droit pourrait contraindre.

Incertitude du juriste enfin face au pluralisme conflictuel des disciplines scientifiques - pensons par exemple au débat qui oppose, au sein de la psychiatrie les généticiens aux psychanalistes -, face au pluralisme également conflictuel des courants de pensée, des opinions ou des désirs qui traversent et divisent non seulement les scientifiques entre eux mais la société française toute entière.

Comment choisir ? que et qui croire ? Comment concilier tant de vérités parcellaires et relatives mais si facilement regardées comme absolues ou inéluctables dans leurs conséquences par leurs protagonistes, tant d'incertitudes sur l'homme et sur ce qui le fait vivre ?

Force est donc pour une si brève approche de se limiter à n'évoquer que quelques questions et à ne circonscrire que quelques éléments abusivement schématisés d'un débat qui doit s'ouvrir, se poursuivre et s'approfondir entre scientifiques, moralistes et juristes, débat et concertation sans lesquels l'approche et le règlement des problèmes que pose à la société le développement de la biologie seraient gravement réducteurs de leurs multiples dimensions. Mais avant d'entrer dans le débat, il n'est pas inutile d'examiner comment et pourquoi ce débat est né.

## I - OU EST LE PROBLEME ?

L'histoire de la rencontre des sciences de la vie et des sciences humaines est suffisamment brève pour révéler la nouveauté des problèmes posés, l'absence de recul suffisant pour en apprécier les enjeux et par suite la difficulté de poser les questions et **a fortiori** d'y proposer des réponses autorisées. On peut cependant grossièrement

distinguer les questions de fond que la biologie moderne pose au droit de celles que la société et en son sein les juristes à leur tour se posent.

A - L'examen des premières nécessite un bref rappel historique.

La médecine scientifique est née au 19<sup>ème</sup> siècle grâce à l'autopsie pratiquée sur les cadavres. Par l'autopsie, Bichat, Bayle, Laënnec et l'école française de la clinique ont fondé l'anatomo-pathologie qui autorisa des diagnostics sûrs et scientifiquement vérifiables mais qui laissa longtemps encore les médecins désarmés au plan des thérapeutiques. Au milieu du 19<sup>ème</sup> siècle, Magendie puis Claude Bernard posèrent les principes d'une médecine expérimentale ; avec eux naquit la biologie tandis que Mendel, tardivement redécouvert, fondait la génétique et les lois des transmissions héréditaires. Mais ce n'est qu'au milieu de notre 20<sup>ème</sup> siècle que se produisit la révolution biologique avec la découverte de la complexité du code génétique et des secrets de la biologie et de la pathologie moléculaires. Le développement de ces connaissances devait révolutionner la pensée médicale et offrir des possibilités thérapeutiques jusqu'alors insatisfaisantes, dont l'homme se trouve être à la fois l'objet, objet de la science et le bénéficiaire en tant que sujet des victoires emportées sur nombre de maladies ; victoires qu'ont rendu possibles non seulement les connaissances scientifiques mais aussi le formidable développement de la pharmacopée puis aujourd'hui des techniques dites de l'ingénieur : technique informatique, électronique, techniques de congélation ou de réanimation.

Jointes à la prise en charge collective du coût de la santé, ces progrès sont la cause efficiente d'une évolution des mentalités et d'une attitude de l'homme moderne pour lequel, comme l'écrivait Michel Foucault citant Guardia : *"la santé remplace le salut"* (5).

Cependant, depuis les expériences nazies qui ont si dramatiquement révélé l'usage que certains scientifiques et médecins pouvaient faire de l'homme et quelques scandales perpétrés aux Etats-Unis, des voix s'élèvent au nom des droits de l'homme ou de l'éthique contre des pratiques scientifiques dont les bienfaits ne sont jugés tels que sous bénéfice d'inventaire.

a) Au plan philosophique, du cadavre, objet de la science clinique qui fait dire à Michel Foucault que *"la mort fut la condition historique d'une médecine positive"* (6), l'on passe aujourd'hui, avec la biologie et son rameau la génétique, au concept d'organisme vivant où s'altère la distinction de l'homme et de l'animal et même du vivant et de la matière s'il est vrai, comme l'écrit François Jacob, que *"de la matière au vivant il n'y a pas de différence de nature mais de complexité"* (7).

Fondée sur la priorité du concept d'organisme vivant, parfaitement opérationnel pour la science, et sur la nécessité de l'expérimentation sur le vivant, la médecine scientifique d'aujourd'hui, telle que la forge la biologie, n'a pas de théorie qui lui permette de rendre compte scientifiquement de la complexité de l'être humain dans sa réalité psychique, spirituelle, relationnelle, sociale, même si, dans la pratique médicale et par humanité, les médecins peuvent prendre en compte cette complexité là.

De là naissent des tensions : les uns à partir de la biologie ou de la génétique induisent une conception philosophique de l'humain, voire des idéologies, d'ailleurs contradictoires, et n'hésitent pas à fonder sur la biologie et sur elle seule, des philosophies ou des politiques prétendument universelles ; pour certains la génétique fonderait l'individualisme le plus total par l'absolue singularité génétique de chaque homme ; pour d'autres elle justifie et donne les moyens d'un eugénisme utile à la société alors qu'il apparaît à d'autres qu'il s'agit là d'une vision réductrice de l'être humain et des sociétés, qui ne sauraient être définis ni gouvernés par les seules ressources des sciences biologiques. Ce sont, en effet, des biologistes et des meilleurs qui affirment que *"contrairement à ce que l'on voudrait nous faire croire, ce n'est pas à partir de la biologie que l'on peut se former une certaine idée de l'homme, c'est au contraire à partir d'une certaine idée de l'homme qu'on peut utiliser la biologie au service de celui-ci"* (7 bis).

Débat grave qui divise les scientifiques mais qui commande aussi l'esprit et les méthodes de la pratique médicale et des politiques de santé publique. La question première est celle du sens que l'on donne à la personne humaine et à son corps tout à la fois fin et moyen, individu et outil, chose désincarnée, divisée, éclatée, collectivisée.

Le discours classique des droits de l'homme, du caractère "sacré", inviolable de la personne n'est-il pas dérisoire ? irréal ? Que l'homme se soit institué objet de sa connaissance est une grandeur. Qu'il soit objet d'exploitation nécessite une réflexion sur les fins et les moyens de cet usage et ceci nous renvoie à la philosophie du droit.

b) Car le pouvoir de la science contemporaine et de ses techniques est tel que les difficultés éthiques ou juridiques qu'il engendre de nos jours débordent le cadre des questions médicales et thérapeutiques régies par le droit médical **stricto sensu**, et ne peuvent plus être résolues par le seul recours aux consciences individuelles. Au delà de l'action thérapeutique et de la déontologie qui la gouverne, la science et la technologie modernes posent des problèmes qu'elles ne sauraient résoudre par les seules ressources de leur rationalité. S'il est possible de fabriquer un embryon à partir de plusieurs pères génétiques, s'il l'on peut concevoir un enfant après sa mort par la congélation du sperme, si la femme ménauposée peut grâce à un traitement hormonal porter un enfant à partir de l'embryon fécondé **in vitro** et congelé, s'il est possible de transformer le sexe morphologique ou de choisir le sexe de l'enfant que l'on souhaite, force est de constater que sont en cause les notions mêmes d'être humain, de paternité et de maternité. Le droit ne peut plus alors s'en remettre aux constats de la science pour définir ces concepts.

Or, sur ce point, les conflits sont réels entre les scientifiques et les démarches de certains visant à légitimer coûte que coûte le recours à ces pratiques, ne reposent pas toujours sur une analyse sérieuse et réfléchie des enjeux philosophiques, sociaux et éthiques qu'elles impliquent, au delà de leur seule utilité thérapeutique ou scientifique. Ainsi sans s'interroger sur les conséquences morales ou sociales de la dissociation de l'amour humain et de la procréation que réalise la fécondation artificielle, certains justifient, sous la pression d'une demande sociale grandissante, le recours à ces techniques par l'affirmation hâtive d'un droit à l'enfant supposé fondé sur le désir ou le besoin, mêlant sans discernement suffisant le constat objectif du pouvoir de la science et le jugement subjectif de légitimation de ce pouvoir (8). Ce raisonnement n'est peut-être après tout que la conséquence de la confu-

sion largement répandue en revanche entre différentes sortes de normes, les normes scientifiques ou cognitives et les normes directives que sont les normes éthiques ou juridiques (8 bis) ; cette confusion conduit à tenir pour juste (jugement de valeur) ce qui est établi par la science comme juste au sens "exact" (appréciation du fait) et à dire par raccourci que la science fait loi, procède par fait accompli, et oblige le droit à suivre quand bien même des principes fondamentaux comme celui de l'indisponibilité de la personne et de son état sont détruits au nom d'abord de la nécessité (ou de l'idéologie) thérapeutique puis de la liberté, voire du droit de disposer de soi-même. Or ce n'est pas parce que l'on dispose du moyen de prouver scientifiquement l'hérédité, que la société doit choisir de fonder les structures sociales de la parenté sur le seul critère biologique. Ce n'est pas parce qu'il est possible de faire porter l'enfant d'un couple par une autre femme que la société est tenue de modifier la définition de la maternité. Quand bien même sont et seront établies les lois scientifiques des transmissions héréditaires, celles-ci ne conduisent pas par elles-mêmes à imposer ni même à proposer sous le couvert du droit à l'information le contrôle génétique de tous les futurs époux. La difficulté est que le clair enseignement de Poincaré selon qui *"nul ne peut tirer de précepte à l'impératif d'un savoir qui explique ou décrit et donc se rédige à l'indicatif"*, est aujourd'hui démenti par les faits sans que l'on sache exactement comment, par qui et par quels mécanismes complexes de forces multiples s'opère cette confusion des temps et des sens. Celle-ci est d'ailleurs entretenue par les sciences sociales qui de leur côté, inspirent le sociologisme juridique et incitent à puiser la norme sociale dans l'observation des faits. Pourtant cette élimination du jugement de valeur n'est plus aujourd'hui tenable et son cantonnement aux seules applications de la science procède d'une dichotomie erronée, en théorie comme en pratique, entre la science chercheuse de vérité objective et neutre, et la morale inspirant les conduites humaines ou les règles de droit. C'est qu'en réalité *"la morale est partout compétente, même... et surtout dans les affaires qui ne la regardent pas ; et quand elle n'a pas le premier mot, c'est qu'elle aura le dernier"* nous dit V. Jankelevitch (9). Quand bien même le droit, en ce qu'il exprime aussi des choix moraux, choisirait-il par réalisme d'avoir le dernier mot, il ne peut ignorer que des choix éthiques sont implicitement

inclus dans toute démarche scientifique de recherche fondamentale puisque, une analyse plus fine que celle de Poincaré montre que *"l'indicatif, sans même glisser dans l'impératif, suggère indirectement un choix normatif, une préférence qui n'ose pas dire son nom. Les jugements de valeur dénoncés par l'esprit scientifique se reconstituent à l'infini"* (9 bis). C'est une autre question que de savoir s'il importe que le droit se mêle de tels choix, s'il est compétent et apte à avoir le premier mot. L'important, à ce stade de notre analyse, est d'avoir au moins conscience que le bouleversement possible des structures de la parenté, et du droit de la famille qui à terme s'induit des techniques de procréation artificielle était implicitement inclu, sinon consciemment voulu, dans les premières expériences de procréation artificielle.

Si l'on se tourne vers ce que l'on dénomme aujourd'hui la médecine prédictive, les choix et les enjeux pour l'individu ou pour l'humanité, sont encore plus inquiétants encore que l'on s'efforce là aussi d'écarter ou d'édulcorer le débat éthique.

Force est pourtant de constater qu'est en cause le devenir de l'humanité, s'il est possible de prédire à partir de l'embryon humain les maladies que l'individu aura sûrement ou peut-être 20 ou 40 ans après sa naissance : prédiction à la base de choix individuels ou collectifs les plus graves pour l'individu ou pour l'espèce humaine. La question de l'eugénisme, qu'il soit fondé sur le choix individuel des parents d'un enfant peut-être porteur de maladies héréditaires ou qu'il soit fondé sur l'intérêt de la société compte tenu de la charge que représentent les traitements de certains handicapés, est à la fois incontournable et spécialement difficile. En effet, nombre de généticiens estiment que l'on ne peut pas fixer quantitativement de norme génétique définissant le *"normal et le pathologique"* (10). Ce sera pourtant sur ces prétendues normes que devront se fonder les politiques de santé et de prévention des maladies génétiques.

Antoine Danchin, affirme que *"les méthodes du diagnostic prénatal jointes à la libéralisation de l'avortement imposent de faire des choix qui ne devraient pas être du ressort des individus mais de celui de la loi"*. Mais il dit

aussi que *"l'homme est probablement le résultat d'une aberration chromosomique due à la fusion de deux chromosomes d'un ancêtre commun avec le singe et que si l'on avait un diagnostic prénatal plus performant on éliminerait d'office les porteurs de cette aberration"* (11). On ne saurait mieux mettre en évidence la responsabilité de ceux qui décident ou conseillent à partir des observations de la science.

Mais inversement, c'est l'étude sans cesse plus précise du code génétique qui permet de diagnostiquer ou de prévoir des maladies graves telles que le diabète insulino-dépendant ou certains cancers, d'en perfectionner les thérapeutiques au bénéfice évident des malades, ou d'en prévenir la réalisation au bénéfice aussi de la société toute entière.

Alors la question est posée de savoir **si ce qui est techniquement possible est non seulement scientifiquement ou médicalement utile à l'individu et à la société mais surtout si ce qui est techniquement possible ou scientifiquement établi est socialement et moralement donc juridiquement admissible** ? Au delà du positivisme juridique, les juristes sont confrontés à la nécessaire recherche de la légitimité puisque le problème n'est plus seulement d'énoncer le devoir du médecin, de mettre en oeuvre les données actuelles de la science, mais de savoir s'il a le droit de le faire dans tous les cas. Ainsi sont nées les questions qui sont à la base de la bioéthique et dont la réponse ne peut résulter que d'une réflexion menée à partir de plusieurs disciplines. Mais cette réflexion demande du temps et beaucoup d'efforts mutuels alors qu'il y a, à maints égards, urgence. En effet, la rapidité des progrès et l'appétit de nombreux scientifiques à faire usage de leurs technologies, à des fins qui ne sont pas nécessairement conformes au bien commun, sont tels qu'ils prennent de vitesse le moraliste ou le juriste placés alors devant l'irréversibilité des faits accomplis.

**B - Faut-il donc que le juriste inspiré par les moralistes ou les philosophes, instruit par les scientifiques d'abord mais aussi par les sociologues ou les politologues, fasse la loi, refasse les lois ? Les problèmes sont-ils d'ordre juridique ou d'ordre éthique ? S'ils sont de nature juridique,**

s'agit-il d'élaborer des lois nouvelles et pour quoi faire ? Ou s'agit-il seulement d'interprétation des lois existantes, laissant au juge le soin de procéder, par expérience, aux adaptations nécessaires ou à la répression que peut commander le droit ? L'outil législatif et le débat parlementaire, l'instance judiciaire ou juridictionnelle sont-ils des instruments ou des lieux adéquats au traitement des problèmes et à l'élaboration des solutions qu'ils appellent ? Faut-il s'orienter plutôt vers d'autres types de normes, telles que la recommandation, le code de conduite, la règle éthique non contraignante mais plus précise et plus souple que la loi ? Mais qui, quelle instance, est fondée à élaborer de telles normes ? Et quelle serait leur efficacité en l'absence de sanctions ?

A ces questions trop générales, on ne saurait apporter de réponses *a priori*. Tout dépend des questions posées. Il est faux d'affirmer, comme on le prétend souvent, que la science et ses applications se développent dans le vide juridique. Elles se développent plutôt au mépris du droit, considéré comme incertain ou inadapté ; pourtant si l'on veut réprimer les entreprises marchandes de la procréation dont on ne voit guère l'intérêt scientifique ou médical, les mères dites porteuses, abusivement présentées par une certaine presse comme la victoire sur la stérilité, si l'on veut mettre un terme à l'exploitation de la mère et de l'enfant qui peut en résulter, il suffit d'appliquer selon les cas l'article 353-1 du Code Pénal ou l'article 345 du même Code et de mettre en oeuvre les principes du droit civil qui prohibent toute espèce de contrat gratuit ou onéreux réalisant une cession de la personne humaine, sans parler de la fraude à l'adoption que le procédé réalise. Certes, on peut penser inopportunes des poursuites pénales contre les femmes et les limiter aux intermédiaires. A vrai dire, la difficulté est moins là que dans la division de l'opinion sur la légitimité de ces pratiques. C'est cette division même qui explique que la loi ne soit pas encore venue normaliser l'action des C.E.C.O.S. (\*) en matière d'insémination artificielle autour de quelques règles simples. Celles-ci s'imposent pourtant. De même un encadrement normatif des expérimentations sur l'homme paraît opportun, plus exactement des sanctions s'imposent en cas de violation caractérisée de la règle. Mais la loi peut-elle traiter le problème posé par les avortements sélectifs en cas de grossesse multiple ? Peut-elle régir sans attenter

(\*) Centre d'étude et de conservation du sperme.

à la vie privée et à la conscience médicale la prescription d'une fécondation **in vitro** au profit d'une femme dont la stérilité est due à sa décision préalable sans motif thérapeutique d'une stérilisation, aussi discutable qu'il puisse être que la société par la sécurité sociale prenne en charge un acte et son contraire ? La loi peut-elle régler toutes les conséquences résultant d'investigations ou de diagnostics génétiques ? On le voit, une réponse globale aux questions préalablement posées s'obscurcit lorsqu'on aborde l'étude des cas concrets.

Si les rôles respectifs de la norme éthique et de la norme juridique sont délicats à déterminer, leur contenu ne l'est pas moins. Si l'on juge possible et nécessaire d'agir par l'élaboration de règles, quelle qu'en soit la nature et même quel qu'en soit l'objet, une réflexion et des choix devront s'imposer sur des questions redoutables : celles de la définition de la personne humaine - de sa vie et de sa mort - de l'étendue et des limites du droit de disposer de soi-même et d'autrui, de la signification de nos principes traditionnels remis en cause tant par la science que par les mœurs tels que le respect de l'intégrité physique et ses limites, toutes questions qui en définitive nous renvoient à l'insondable mystère de la nature humaine et du droit que nous avons de la transformer et d'en disposer. Ces questions sont celles que se pose le juriste de droit privé ; le publiciste s'interrogera avec lui sur les libertés publiques, dont le champ se renouvelle et s'amplifie notamment dans le domaine de la procréation au risque de voir s'effondrer les structures de la parenté et la morale familiale, et se demandera au nom de quelle morale ou de quel impératif s'impose un cantonnement par le droit des pouvoirs qu'offrent ces techniques, ce qui impose à l'évidence une réflexion sur leur légitimité. Le publiciste s'interrogera aussi sur les moyens qu'il y aurait de promouvoir quelque démocratie, d'introduire le regard de la société civile dans le monde clos et puissant de la recherche scientifique et médicale le plus souvent indissociable des applications de la science.

L'ampleur de la tâche est décourageante. Une démarche empirique mais lucide s'impose, à l'abri du dogmatisme ou de l'esprit de système, à l'abri d'un manichéisme primaire, mais sans mollesse ni complaisance.

C'est pourquoi il apparaît qu'avant de réfléchir plus avant au rôle du droit et du juriste face aux problèmes que posent les sciences et les pratiques biomédicales, il convient d'éclairer la réflexion sur l'avenir par l'analyse préalable du présent.

## II - LES CONSTATS DU PRESENT

Pour tenter d'éclairer ce présent obscur et contradictoire tel que le juriste peut l'apercevoir à travers l'évolution non linéaire mais discontinue du droit et de son interprétation, il semble plausible de regrouper quelques éléments essentiels au sujet autour de deux sortes de constats.

En premier lieu, les questions posées par la biologie, s'inscrivent dans **un pluralisme d'opinions générateur de conflits**.

En second lieu, il faut vérifier si et dans quelle mesure les sciences et les pratiques médicales **mettent en cause l'effectivité ou le bien fondé de nos principes juridiques et du droit positif actuel**, lui-même écartelé entre plusieurs disciplines de moins en moins convergentes.

### A - Le pluralisme des opinions

Différents courants de pensées qui inspirent différents types de comportements et qui coïncident ou non selon les cas avec des règles de droit divisent la société française. La difficulté de les cerner tient au fait qu'ils ne sont pas toujours clairement formulés ni systématisés et qu'ils ne coïncident ni avec les clivages religieux ni avec les clivages politiques ni même avec le clivage qui oppose le scientifique et le non scientifique ou les médecins et leurs patients.

a) Schématiquement résumés, on observe aujourd'hui la confrontation de trois courants d'opinions :

1°) On ne peut manquer de souligner la progression d'un **courant libéral et individualiste** qui érige en valeur suprême la liberté et l'autonomie de l'individu face aux décisions relatives à sa personne. Liberté qui ne doit

être limitée ni par la société ni même par les intérêts concurrents d'autres personnes. Ce courant est très partiellement et non sans réserves importantes traduit par le droit, dans les lois sur l'interruption volontaire de grossesse et surtout par les interprétations qui en sont faites dans la pratique (12), dans la loi sur les prélèvements d'organes ; aux Etats-Unis, il s'exprime à travers le "*right of privacy*" (13). Il commande en partie l'évolution de l'interprétation jurisprudentielle dans certaines affaires de transsexualisme. Il est invoqué pêle-mêle au soutien de la liberté de recourir aux techniques de procréation artificielle, au droit de choisir sa mort, voire au droit au suicide. Dans cette optique, le rôle de la société se borne à garantir la liberté et le libre consentement de l'individu et de trancher, s'il le faut, les conflits immédiats (14). Mais une totale neutralité morale s'impose à l'Etat s'il prétend légiférer, ce qu'il doit d'ailleurs éviter de faire si ce n'est pour lever les obstacles à la libre disposition de la personne.

Dans ce courant, l'intervention médicale qui est celle d'un technicien au service des désirs individuels n'a même pas à être justifiée par la nécessité thérapeutique. Un tel courant conduit en fait à admettre une très grande liberté dans la recherche et la pratique médicale que des jugements de valeur, produits de la seule subjectivité, ne doivent pas entraver. Du principe fondamental de l'inviolabilité et de l'indisponibilité du corps humain, sauf cause licite, qui relativisait la notion de liberté sans la supprimer, on passe avec ce premier courant, au principe beaucoup plus radical du droit de disposer de soi-même qu'aucun jugement moral venu d'ailleurs ne doit entraver et dont la limite ne peut résulter que du préjudice causé à autrui (15).

Notre droit civil qui traite de la personne humaine à travers le pouvoir de sa volonté et d'où le corps est singulièrement absent pourrait accrédi-ter cette doctrine. Celle-ci a, en effet, le mérite, en affirmant que rien ne peut être fait sur le corps humain sans le consentement éclairé de la personne, de consacrer le droit de l'homme comme sujet contre les emprises médicales ou scientifiques dictées soit par des préoccupations d'intérêt collectif, soit par le paternalisme de ceux qui se considèrent comme les meilleurs juges de l'intérêt d'autrui. Mais

ce courant libéral peut aussi conduire à la dissociation de l'esprit et du corps, ce dernier étant réduit à l'état de chose dont chacun disposerait librement (16). Or, pareille conséquence est manifestement contraire à la règle implicite de l'unité de la personne humaine qui conduit par l'identification du corps et de la personne à rendre le premier indisponible par principe. Cette règle s'inspire peut-être de Saint Thomas d'Aquin pour qui l'homme n'a pas la libre disposition de son corps puisqu'il n'en a que l'usufruit, la propriété en appartenant à Dieu (17).

Rien n'indique l'abandon de cette philosophie par le droit civil sécularisé.

De plus, la libre disposition de l'être humain, dont l'autonomie est la valeur suprême semble être démentie par les enseignements de la psychanalyse s'il est vrai comme l'écrit C. Canguilhem que celle-ci a levé "*l'illusion de l'homme seul de pouvoir accéder à la totale conscience de soi*" (18). Fondée sur la tolérance et le relativisme moral, ce premier courant de pensée est impuissant à dégager des règles morales supérieures sans lesquelles la vie en commun n'est pas possible ; il faut cependant en retenir le fondement initial à savoir le respect de l'individu sans lequel les exigences de la société et de la communauté des hommes seraient oppressives et aliénantes. Inversement, la considération de la personne hors de tout contexte communautaire conduit à l'irresponsabilité et à d'autres formes d'aliénation que dénonce principalement l'humanisme judéo-chrétien.

2°) Si l'on met de côté l'opinion très minoritaire quoique agissante selon laquelle l'ordre naturel doit être respecté comme fruit de la volonté divine qui, poussée à l'extrême, conduit à la négation de toute médecine, l'humanisme judéo-chrétien et le personnalisme qui en est issu insiste sur l'idée "*qu'il n'y a d'accès au statut de personne humaine qu'à l'intérieur de liens familiaux et sociaux et que la personne ne saurait sans risque pour elle-même et pour les autres disposer en toute liberté de sa vie*" (19). Ce courant repose en outre sur une conception unitaire de la personne qui interdit de dissocier la dimension psychique de la réalité biologique ou somatique et qui impose à la pratique médicale de prendre en compte le caractère humanisant ou déshumanisant de ses interventions.

Critiquant la doctrine de l'autonomie individuelle absolue, ce courant considère que des principes moraux ne sauraient être formulés seulement par des "*atomized moral agents disengaged from a cultural setting*" (20). En effet, l'obligation ou le devoir moral du médecin disparaissent s'ils ne sont fondés que sur le désir subjectif et la seule volonté du patient (21). Il ne s'agit pas pour autant de consacrer un pouvoir moral coercitif du médecin sur son patient mais plutôt d'inviter les milieux scientifiques et la société toute entière à élaborer des directives éthiques à partir d'une analyse globale du phénomène humain et non en considération d'une vision réductrice, qu'elle procède des désirs des scientifiques ou des désirs des sujets. C'est pourquoi ce courant engage à réfléchir à long terme aux conflits que certains scientifiques pourraient faire naître au sein de la société ou de la famille s'ils ne prennent pas en compte les résistances que leurs techniques soulèvent, ni la pluralité des intérêts sociaux. Ainsi, face à la question des mères de substitution, ou à celle de l'insémination artificielle, ce courant dénonce qu'elles puissent être traitées comme de simples affaires de décision personnelle et de contrat car c'est toute la signification sociale et humaine de la procréation et de la parentalité, mais aussi la question de la dignité de la femme et de l'enfant qui sont en cause. Ce courant invite à réfléchir aux conséquences à long terme de la dissociation de la sexualité et de la procréation que provoquent les techniques de fécondation artificielle, quant à la signification de l'amour humain, indissolublement charnel et spirituel (22). Il insiste aussi sur la nécessité, dans la relation du médecin et du malade, de prendre en compte la complexité du fait humain, qui n'est pas seulement d'ordre biologique. Il dénonce alors à son tour les méfaits possibles d'un troisième courant, qui caractérise la mentalité dominante des milieux scientifiques, et qui inspire nos institutions sanitaires et de recherche (23).

3°) Ce courant volontiers dénommé "*scientiste*", disons "*scientifique*" pour éviter toute connotation péjorative, paraît ériger en valeurs éthiques prioritaires, d'une part, la connaissance en elle-même, jugée **a priori** totalement neutre par rapport à la légitimité sociale des applications de la science et, d'autre part, la qualité et la rigueur de l'analyse scientifique, afin d'arriver

à des conclusions parfaitement objectivables et vérifiables sans lesquelles aucune certitude scientifique ne peut s'établir, et sans lesquelles aucune unanimité ne peut se faire entre les scientifiques. Cette démarche implique nécessairement en matière médicale l'expérimentation qui doublée de l'analyse statistique permet le développement d'une médecine positive et scientifique. Ce courant a le mérite de poser comme première exigence de l'éthique la qualité et la rigueur scientifiques. Il semble que, selon cet état d'esprit, une certaine discipline et un contrôle de fait existent au sein du milieu scientifique : il s'auto-discipline, il prévient des fraudes et des malhonnêtetés intellectuelles, encore qu'il ne s'agisse pas là en la matière d'un risque illusoire (24), il connaît des sanctions, telles que le refus de publication, la mise au ban de la communauté, voire à la limite le refus des crédits de recherche, et l'on peut parfois se demander si ces sanctions, en définitive, ne sont pas, peut-être, plus efficaces que les sanctions classiques qu'offrent le droit pénal ou le droit civil. Mais le problème est de savoir si et comment l'éthique non scientifique intervient. Or, à cet égard, le milieu scientifique reste clos. S'il s'y pose un problème éthique, il appartient plus à la conscience personnelle du (ou des) scientifique(s) de le résoudre ; l'introduction d'une instance extérieure, et en particulier de la loi, paraît suspecte, voire dangereuse. Et ce silence autorise des suspicions et justifie la revendication d'une plus grande transparence du monde de la recherche, voire des critiques ouvertes. Certes, il n'est pas question de mettre en cause la légitimité des connaissances, ni la liberté de la recherche fondamentale, ni les bienfaits des thérapeutiques que ces connaissances ont produit, ni le dévouement de la plupart des médecins au service du respect de la vie. Il ne s'agit pas de minimiser les responsabilités et les choix de conscience souvent dramatiques devant lesquels nombre de médecins se trouvent ; pourtant on voit aujourd'hui apparaître venant d'horizons divers, la critique de certains présupposés sur lesquels reposent bien des **a priori** éthiques avancés par certains : Critiques de la distinction de plus en plus artificielle et fautive de la recherche et de ses applications qui fonderait pour la plupart la ligne de démarcation de la liberté des chercheurs et du contrôle social éthique ou juridique limité aux seules applications à la science ; critique de l'impératif thérapeutique qui, lié à l'accélération

d'une production scientifique concurrentielle et universelle, provoque, non sans violence, une modification des modes de vie ou des représentations, entraîne une médicalisation potentiellement généralisée à tous, crée de nouveaux déviants à travers ceux que la biologie désigne comme malades réels ou seulement possibles ; critique de l'identification des intérêts de la science à l'intérêt public et de l'intérêt individuel à l'intérêt collectif quand ce n'est pas la subordination du premier au second dont témoignerait maints protocoles d'expérimentation. Critiques certes encore marginales et marginalisées de tous côtés tant est vivace l'idée de progrès, la croyance que toute nouvelle avancée scientifique génère un progrès de civilisation. Mieux accueilli, en revanche peut-être, mais devant être sélectivement adressé, le reproche est explicite envers l'exclusivisme d'une conception physioco-chimique ou strictement biologique du morbide qui nie les données non vérifiables, psychiques ou subjectives, qui ont leur part dans la genèse ou la guérison des maladies (25). Et par là-même, on conteste une conception réductrice du fait humain qui conduit à traiter le corps vivant et non pas le corps d'un vivant. Et l'on y dénonce l'isolement du corps par rapport à la personne, la perte d'identité du sujet, l'irresponsabilité du malade, la non-pertinence même de la notion de sujet par rapport à l'objet qu'est devenu l'organisme vivant. Plus précisément encore, on stigmatise la fuite de l'interrogation humaine, éthique ou sociale derrière le mythe de la science ; la fuite de l'affrontement à la souffrance et à ses drames derrière des réponses ou des solutions purement techniques.

b) Ce pluralisme des opinions, reflet du pluralisme des philosophies - la médecine moderne étant écartelée entre la morale kantienne et l'utilitarisme, s'exprime souvent, de plus en plus souvent, de manière conflictuelle ; conflits latents et parfois ouverts, dont il serait fort utile de faire l'analyse sociologique et juridique bien qu'ils n'aient que rarement de traduction judiciaire : conflits naissant à propos de la mort, de l'accompagnement des mourants, de l'acharnement thérapeutique et des autopsies scientifiques toujours utiles au progrès des connaissances mais qui parce qu'elles font la preuve des erreurs de diagnostics peuvent être la source de procès si les résultats sont remis à la famille du défunt ;

conflits suscités par les dons ou les transplantations d'organes ou, par la pratique des interruptions volontaires de grossesse ou des avortements thérapeutiques consécutifs aux examens prénataux (26), conflits ou contradictions entre les exigences scientifiques de l'expérimentation humaine et le droit à l'information du sujet. Conflits très concrets dont dépend l'organisation et le fonctionnement des hôpitaux face aux droits des malades, qu'il s'agisse de l'accès au dossier médical, de la portée réelle du secret médical, de la constitution de fichiers médicaux informatisés.

Tous ces conflits révèlent d'une manière ou d'une autre l'antagonisme entre l'intérêt public, lui-même protéiforme (intérêt de la science et de la recherche, intérêt de santé publique, ou d'économie de la santé) et l'intérêt individuel, l'incertitude sur l'étendue et les limites sans cesse reculées au droit de disposer de soi-même ou d'autrui, la difficulté de concilier la protection réelle de la personne et la reconnaissance de ses droits dont parfois l'exercice se retourne contre l'individu lui-même.

Le conflit est ouvert jusque dans les prétoires, non seulement lors de la mise en oeuvre de la responsabilité des médecins, mais surtout sur des questions autrement plus graves de signification, telle que celle de l'insémination **post mortem**, entre ceux qui y voient un nouveau moyen pour l'homme de refuser sa condition naturelle de mortel et ceux qui, au nom de l'intérêt de l'enfant ou de ses droits, récusent la légitimité d'une telle disposition de soi-même dont seule la technique de la congélation rend possible l'exercice. Pourra-t-on longtemps s'en remettre à la seule conscience du médecin et de la veuve comme l'a fait habilement pour les uns, lâchement pour les autres, le Tribunal de Grande Instance de Créteil le 1er août 1984 (27) ?

Si le tribunal n'a pas cru devoir puiser dans les principes fondamentaux du droit civil ou du contrat médical des motifs susceptibles de tenir en échec les prétentions de la veuve à l'insémination **post mortem**, n'est-ce pas parce que notre droit positif est à ce point perturbé par l'évolution simultanée des sciences et des mentalités, qu'il ne peut plus servir de guide ? Encore faut-il s'en assurer.

## B - La confrontation du droit positif et de la médecine scientifique

Le droit médical en France n'a pas d'histoire, sa construction date seulement du début du 20ème siècle avec l'amorce puis le développement des procès en responsabilité intentés par les patients contre leurs médecins. Il serait utile de savoir pourquoi ; n'est-ce pas parce que regardée comme un acte d'amour et de charité la médecine relève de la morale plus que du droit ?

De fait, le Code civil ne contient aucune disposition générale relative aux droits et aux devoirs sur le corps humain, ou à la relation du médecin et du malade. La jurisprudence et des lois spéciales n'ont que très partiellement comblé ce vide pourtant à nouveau dénoncé. Certes, le droit pénal et la discipline déontologique peuvent sanctionner les fautes les plus graves, les risques jugés, cas par cas, inacceptables.

Mais le problème n'est plus là seulement. L'esprit de compassion dont nul ne saurait contester l'exigence morale incite naturellement à développer sans discontinuer la recherche médicale et à mettre en oeuvre tous les moyens aptes à réduire les souffrances humaines. Cet objectif humanitaire, sinon toujours humanisant, se heurte aujourd'hui à la nécessaire recherche de ses limites. On assiste pourtant à l'érosion permanente de leurs définitions par le droit, dont les principes du droit médical semblent conçus en fonction d'une médecine individualiste, d'une relation singulière du malade et du médecin alors que la pratique et les exigences de santé publique tendent à dépersonnaliser et à collectiviser l'exercice de la médecine. De son côté le droit social par la prise en charge collective du coût de la santé, a fondé un droit à la santé ou à la vie, un droit-besoin selon la formule d'A. Sayag (28), engendrant au bénéfice des individus une demande exponentielle que seules les possibilités limitées des budgets contraignent. Par là s'instaure une conception d'un droit de l'homme d'accéder à toutes les techniques sans que ce droit en général n'offre de moyens conceptuels d'en définir les limites. Mais ce droit de créance illimité envers la société, est articulé cependant sur les devoirs de l'individu considéré, par son travail notamment, comme débiteur envers la collectivité. Or, celle-ci est en droit,

en conséquence, d'imposer ses propres exigences, sanitaires notamment, par des contraintes sur les libertés individuelles. Et l'on en vient alors à redouter qu'un pouvoir administratif, gestionnaire des fonds de santé publique, n'exerce une coercition abusive. Coercition redoutée aussi de la part du pouvoir médical ou scientifique dont les exigences contredisent parfois le respect dû à la personne.

Face à ces conflits d'intérêts ou de valeurs, le droit ne semble pas, sauf cas particuliers, non extrapolables à des hypothèses nouvelles, s'être doté des moyens d'effectuer les arbitrages qu'imposent la répartition des droits et devoirs, compte tenu des utilités en conflit. Si bien qu'il n'est pas faux de dire que la science et la médecine provoquent sinon le vide juridique, du moins la confusion des idées.

Ces constatations un peu vagues peuvent être explicitées par des exemples précis tirés des pratiques biomédicales où l'on relèvera surtout, les difficultés et les conflits plutôt que les points de convergence. Ces pratiques révèlent d'une part des contradictions entre les exigences de la science et celles du droit, - il en est ainsi en ce qui concerne le consentement et le secret -, dont l'effectivité voire le bien fondé sont mis en question - d'autre part, elles font apparaître la dérive tant de la notion d'action thérapeutique en tant que justification juridique de l'atteinte portée à l'intégrité physique que du principe de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. Enfin et en conséquence, elles postulent des utilisations multiples, des divers produits du corps humain qui remettent en cause la distinction philosophique et juridique des personnes et des choses.

**A** - Les contradictions parfois irréductibles, entre les exigences de la science et celles du droit, protecteur de la personne, sont nombreuses : ainsi, par exemple, l'exigence juridique et morale d'un consentement libre et éclairé se heurte à la nécessité scientifique de l'expérimentation en double aveugle et à la constitution de groupes témoins par tirage au sort. De même la licéité de l'expérimentation sur des volontaires sains est discutée alors qu'elle est nécessaire si l'on veut éviter de lancer sur le marché des médicaments ou des thérapeutiques dont les risques n'auront pas été préalablement appréciés

sur un nombre limité de sujets. L'éthique collective est inconciliable avec l'éthique individuelle sauf à admettre qu'il est légitime que certains acceptent de servir de cobayes. Certes pas à n'importe quel prix ; mais ces limites ne peuvent être définies par le droit seulement. Il s'agit que l'expérience soit, par ses qualités scientifiques, irréprochable, et que les bénéfices que l'on en attend soient suffisamment sérieux et probables. Le droit ne peut le dire mais il peut mettre en place les instances capables d'effectuer de tels contrôles et imposer ces derniers. Ce qui est appliqué pour la mise sur le marché des médicaments devrait l'être pour l'expérimentation en général, qu'il s'agisse de thérapeutiques nouvelles ou d'expérimentation à visée cognitive ou scientifique.

Quant au secret médical, dont on dit que la protection pénale n'empêche pas qu'il soit régulièrement violé par la médecine du travail ou la médecine sociale, nul n'ignore qu'il représente un obstacle juridique à l'informatisation des données médicales et à la constitution de fichiers, alors que cette technique est à la base de toute recherche épidémiologique dont nul ne nie l'importance. Celle-ci commande à son tour une révision de la loi Informatique et Libertés qui sacrifierait pour partie la portée du secret médical. A défaut, il faudra compter avec des violations répétées de l'article 378 du Code Pénal qui existent déjà en fait et qui sapent tout autant l'autorité de la loi. La recherche médicale pour être au service des hommes nécessite au préalable que des hommes se mettent à son service et y abandonnent une partie de leurs droits. Comme en matière de prélèvement d'organes, ce geste, qui repose sur un consentement, en fait souvent présumé, est en principe volontaire. Il est justifié par l'idée morale plus que juridique de solidarité et par la croyance que le don à la science est supposé conforme à l'intérêt général. Et ceci vaut bien quelques entorses aux règles de droit, trop exclusivement centrées sur la protection du sujet isolé. Certes, l'accord règne en principe sur des dérogations limitées : les fichiers de données médicales ne doivent pas pouvoir servir à d'autres fins que médicales et scientifiques ; les employeurs, les compagnies d'assurance doivent être exclus de l'information ainsi recueillie même avec l'accord de l'intéressé ; l'anonymat doit au tant que possible être préservé.

Le plus souvent, c'est une conciliation que l'on recherche entre l'impératif respect de l'individu et l'opportunité de satisfaire des intérêts collectifs. Qu'en est-il en pratique ? L'exemple du diagnostic prénatal, du diagnostic de prédisposition et du caractère héréditaire et génétique de nombreuses affections montrent les difficultés de cette conciliation et le caractère plus formel que réel des libertés et des droits des sujets : d'un côté l'information complète peut être à juste titre considérée parfois comme contraire à l'intérêt du malade ou de sa famille, de l'autre on se base sur le droit à l'information pour justifier le développement de ces diagnostics, qui d'un sujet déterminé s'étendent à l'ensemble de la famille ; du diagnostic génétique prénatal, qui selon les cas rassure les parents ou les conduit à l'avortement, on passe au diagnostic pré-nuptial et l'on attend des informations ainsi livrées qu'elles servent à une meilleure prévention, voire à une suppression des malades potentiels dans un intérêt social autant qu'individuel. La liberté affirmée de recourir ou non à ces techniques et d'en tirer les conséquences est le rempart formel à l'eugénisme autoritaire. Mais cette liberté est à maints égards irréaliste face aux incitations et à l'angoisse que crée une connaissance par elle-même aliénante. C'est en quelque sorte la notion même de liberté de l'individu face à son corps qu'il faut concevoir ; elle ne doit ni être niée ni être assimilée à la liberté contractuelle comme si le corps était extérieur à la personne.

Mais si l'effectivité de la liberté qui seule donne un sens à l'exigence du consentement est discutée, la confusion des intérêts de la personne et de la collectivité devient si forte qu'il n'y a même plus lieu de rechercher une conciliation entre des intérêts dont l'antagonisme disparaît. Ainsi l'idéal humanitaire qui préside aux actions scientifiques et médicales porte en lui un risque d'asservissement et peut-être de violence, si les fins négligent les moyens. Reste à savoir si dans l'état actuel du droit, les principes fondamentaux définissant le statut de la personne physique, sont de nature à contenir ou à prévenir ces risques.

B - Nombre de techniques médicales actuelles remettent en cause l'effectivité des principes sur lesquels on croyait avoir fondé le respect de la personne humaine, à savoir notamment la protection de son intégrité physique et la garantie de son indisponibilité.

L'atteinte à l'intégrité physique que représente toute intervention demeure justifiée, et parfois commandée contre le gré de la personne, par le but thérapeutique. Or cette finalité a cessé d'être définie objectivement, et ce critère dans bien des cas ne permet plus d'établir les limites du licite et de l'illicite. Le critère fuit face à l'insaisissable frontière du normal et du pathologique et à une définition floue de la santé, comme état de bien-être subjectif, ou à l'inverse, comme état collectif d'une nation qu'il convient de prémunir contre ces nouvelles formes d'atteintes à l'ordre public que sont les microbes, les virus, et pourquoi pas les gènes délétères. Partant de là, on assiste à une double dérive : d'une part, à une hypertrophie de la thérapeutique entraînant une généralisation de l'assistance médicale - la notion de patient supplée celle de malade -, et la multiplication des interventions préventives, d'autre part, à une transformation de la médecine de soins en médecine du désir ouvrant la porte à la satisfaction des "convenances" individuelles, mais aux frais, bien sûr, de la Sécurité Sociale. Ce double mouvement traduit la maîtrise par les moyens de la science, de la nature humaine, du destin biologique de l'individu et de l'espèce, nature ou destin qui, transformés en objets ou moyens, sont désacralisés ; mais cette maîtrise où l'on aperçoit avec crainte quelque démiurgie fatale, est justifiée par le bénéfice thérapeutique ou par l'idée que le bonheur individuel, le droit au bonheur, postule une libre disposition de la personne, de soi-même mais le plus souvent aussi d'autrui. C'est un fait - un fait qui n'est pas neutre car il est en réalité pétri d'idéologies dont l'analyse critique reste à faire (29) - un fait cependant qui heurte de plein fouet les principes juridiques, du respect de l'intégrité et de l'identité physiques, de l'indisponibilité de l'état, qui contribuaient à définir le statut - si ce mot a encore un sens - de la personne humaine (30).

a) La dérive du concept de thérapie comme justification de l'acte médical apparaît dans maintes situations : en laissant de côté la médecine préventive traditionnelle, et l'acte diagnostic qui est la condition nécessaire de toute thérapie, il est certain que cette dernière au sens strict disparaît en cas d'avortement dit thérapeutique lorsque celui-ci est justifié par l'état biologique du fœtus, en cas de procréation artificielle qui ne soigne pas la stérilité qui la motive, mais propose par fécondation *in vitro* ou don du sperme ou d'ovocytes, de suppléer à la déficience de la reproduction naturelle. Arrêtons-nous un instant sur le cas des embryons et fœtus humains : le développement et la précision des diagnostics prénataux est justifié positivement par le bénéfice de sécurité qu'y trouvent les parents dits "à risque" lorsque le diagnostic ne révèle aucune anomalie. Ils remédient à l'angoisse parentale ou au refus de procréer. S'ils révèlent une anomalie, l'avortement est une issue. Mais les conditions légales de l'avortement thérapeutique sont-elles respectées ? Le but thérapeutique disparaît puisqu'il ne s'agit plus de soigner mais de constater le caractère incurable de la maladie. Le bénéfice est alors pour la famille et pour la société de se décharger du poids que représente l'enfant anormal. Les critères de licéité de l'avortement thérapeutique fixent en quelque sorte le seuil à partir duquel l'homme cesse d'être supportable à l'homme. Mais surtout ces critères légaux vont disparaître en raison de la précocité de plus en plus grande des diagnostics avant l'échéance du délai de 10 semaines - l'avortement ne dépendra plus que de la volonté de la mère. La porte est ouverte par la science à l'eugénisme de convenance. Inversement si de tels diagnostics sont destinés à prévenir des maladies potentielles actuellement incurables, on peut se demander ce qu'il vaut mieux faire et dans l'intérêt de qui on agit : face aux maladies liées au sexe, faut-il éliminer la fille parce qu'elle transmet les gènes délétères ou le garçon parce qu'il est ou sera atteint ? A l'évidence, la finalité thérapeutique n'a plus pour objet le sujet lui-même mais les parents et la société. Face aux diagnostics de susceptibilité, si la liberté parentale a joué en faveur de la naissance, le sujet, au nom de la prévention certainement opportune en soi, sera désigné comme malade avant de l'être et qui peut dire les conséquences d'une telle prédiction. On entrevoit seulement que le bénéfice médical n'ira pas sans maléfices.

Certes des voies s'élèvent contre les manipulations génétiques dont pourraient être l'objet l'embryon *in vitro*, contre la modification des cellules somatiques ou germinales déjà possibles sur l'animal et l'on voit resurgir l'idée du respect de la nature ou du patrimoine génétique comme s'il s'agissait d'un donné immuable constitutif d'une identité intouchable. Que pèse un tel sursaut dès lors que depuis longtemps l'homme est manipulé pour son bien. Pourquoi et par quels critères fixer un seuil, le gène, à la maîtrise de la science ? L'identité cellulaire est déjà modifiée par les greffes de moelle osseuse ; gageons que l'utilité thérapeutique ou préventive des interventions sur le génome prévaudra sur le sacré respect de la nature car nous n'avons pas de concept juridique, autre que celui de la volonté, pour fixer les bornes objectives aux atteintes à l'intégrité physique justifiées par le but thérapeutique. Bien plus, nous avons admis que ce but suffisait à rendre licite le prélèvement d'organes donc l'atteinte à l'intégrité physique d'un donneur sain et ce but légitime un devoir implicite de solidarité des vivants et des morts et des vivants entre eux. Certes, l'obstacle biologique des incompatibilités demeure un frein. Il est largement levé lorsque le prélèvement est effectué sur des foetus n'ayant pas atteint le seuil de la viabilité. Il va presque sans dire que la légitimité du prélèvement de tissus foetaux sur des foetus dont la mort n'a pas été commandée par cet objectif, en vue de sauver la vie d'enfants atteints de graves déficits immunitaires, s'impose. Mais plus nombreuses seront les utilités thérapeutiques, plus grand sera le besoin de foetus, plus insupportable sera le manque, et, dans cette logique thérapeutique prioritaire, tout conduira à légitimer l'avortement voire à produire des embryons ou des foetus à seule fin de prélèvement. De l'utilisation de l'homme on peut passer aisément à la production de l'homme pour l'homme.

L'exaltation de la finalité thérapeutique, la victoire sur la mort ou le handicap, conduisent, si une rigoureuse et rationnelle éthique des moyens ne se forme pas, à la violence - la crise sacrificielle n'est pas loin ! - et à la matérialisation de l'humain. Du don de sang au don d'organe, du don de sperme ou d'embryon, on passe au don d'enfant ; on se demande bien comment cette objectivation résiste encore en France à la commercialisation. Qu'on ne voit pas là une critique conduisant à condamner en bloc des techniques à maints égards utiles, mais seulement le constat lucide que le critère thérapeutique ne suffit plus à qualifier l'acte médical et que le respect de l'intégrité physique cède devant l'utilité individuelle ou collective, le bénéfice pour la santé escompté ou établi. Mis à part les contraintes légales que la société impose en matière de vaccinations, par exemple, il en est d'autres plus subtiles qui imposent à l'individu de se soumettre à des investigations ou à des traitements, sans qu'il soit démontré que l'utilité collective pour la santé mérite le sacrifice des libertés fondamentales. Ainsi en va-t-il de la généralisation possible des investigations et diagnostics génétiques.

Certes nous demeurons attaché en France au principe du volontariat. Il préside encore aux dons de soi, de son corps et de ses produits. Mais l'incitation au don est de plus en plus forte - des campagnes sont organisées et on exalte ces héros, ces nouveaux chevaliers de la médecine moderne. D'ailleurs dans une optique égalitaire et solidaire, ce volontariat libéral, ne va pas de soi et l'on pourrait fort bien admettre, ce que d'aucuns prétendent, qu'il existe un devoir civique, pour chacun, d'être une fois au moins, sujet d'expérimentation (31), donneur de sang ou d'autres produits, plutôt que de voir se constituer ces professionnels du don. Si l'individu bénéficie pour lui-même, et sans bourse déliée, des progrès de la médecine, n'est-il pas juste qu'il coopère à ces progrès pour le bénéfice d'autrui ? Ce devoir alors imposé sera la contrepartie de la liberté que l'on tend à lui reconnaître de disposer de lui-même pour son propre compte.

**b)** La disparition complète de l'objectif thérapeutique est inscrite dans le droit pour l'individu de recourir aux techniques médicales à des fins non thérapeutiques. Paradoxalement, la logique d'un tel droit du sujet conduit à sa réification. Mais elle se heurte encore à ce qui

reste dans notre droit positif du principe de l'indisponibilité de l'état, fiction juridique qui cède devant le réalisme biologique, mais qui demeure articulé sur l'idée ontologique que la personne n'est pas chose, et que sa vie, son corps, son état, ne sont pas sous son entière maîtrise car ils lui viennent d'ailleurs, de Dieu ou de la nature, en tous cas qu'ils ne sont pas son oeuvre.

Partant de là, le droit a pu longtemps s'appuyer sur les constats de la médecine pour définir l'existence de la vie, de la viabilité, de la mort, du sexe, et aujourd'hui de la filiation, et fonder sur ces faits, la personnalité et l'identité juridiques de l'individu. On pensait cela comme un donné de nature immuable. Ces éléments peuvent être désormais modifiés, et la question se pose de savoir quelles conséquences le droit peut ou doit en tirer. La réponse dépend en réalité du jugement de valeur que l'on porte sur la légitimité de ces modifications ou de ces actions médicales, c'est-à-dire sur la portée du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. La question en elle-même n'est pas neuve mais les technologies actuelles lui confèrent une acuité et une réalité qui la déplace du plan philosophique abstrait au plan concret des décisions. Force est de constater que nous ne savons plus où nous en sommes, car c'est le fondement même de la règle, son bien-fondé, qui échappent à l'analyse.

La licéité de l'avortement ou l'embaras de la jurisprudence en matière de transsexualisme, attestent le déclin du principe de l'indisponibilité. Mais l'atteinte la plus visible résulte de la pratique grandissante de la procréation artificielle, spécialement lorsque celle-ci fait appel à des donneurs étrangers au couple. Bien que les procès relatifs à la filiation soient en définitive très rares, la procréation artificielle porte en elle virtuellement la mise en cause du caractère d'ordre public du droit de la famille au nom d'une conception individuelle, contractuelle et privée des structures de la parenté ce qui dépasse singulièrement la question de l'identité personnelle. Mais les juristes et le législateur ont laissé faire ; ils ont par leur silence accrédité la pratique de telle sorte qu'il n'est ni possible ni réaliste de remettre en cause la licéité de l'insémination artificielle, ou de la fécondation *in vitro*. Cependant, la question est ouverte et arduement débattue de savoir où situer le seuil, au nom de quelles valeurs établir les limites du droit d'accès

à ces pratiques. C'est une question de droit qu'il faut aujourd'hui trancher et qui ne peut s'autoriser d'aucun raisonnement analogique déterminant. L'insémination des célibataires, celle de la veuve, et plus généralement l'admission sans limite d'un prétendu droit à l'enfant pour cause de convenance, nous paraissent pour un ensemble de motifs moraux et philosophiques, juridiques et pratiques, devoir être résolument interdites par la loi quand bien même la norme n'aurait, en raison de la difficulté de sanctionner sa transgression, qu'une valeur symbolique de référence (32). Parmi les arguments de droit qui plaident en ce sens, l'essentiel réside dans la nécessaire conservation, fût-elle résiduelle, de l'indisponibilité des droits et de l'état de l'enfant. Ceci est clair si l'enfant est né ou même conçu (le droit d'interrompre la grossesse se présentant alors comme l'exception à la fiction de la personnalité potentielle de l'embryon) mais il est plus paradoxal de l'admettre à l'égard d'un être hypothétique qui n'a aucune existence réelle si ce n'est dans l'intention, à l'état de projet. Ce que nous voulons préserver, c'est le droit de l'enfant d'établir sa filiation paternelle et maternelle, sans entraîner un bouleversement radical du droit de la filiation, afin de conserver à ce dernier sa fonction humanisante et structurante, face aux excès du réalisme biologique d'une part, et aux dangers de la filiation du désir d'autre part (33). Là où le vide juridique n'est pas total, là où les pratiques nouvelles s'insèrent dans le droit commun, il paraît conservatoire de rappeler que si tout est possible par la science, tout n'est pas permis par le droit. Ainsi pensons-nous que la définition de la maternité ne doit pas être modifiée et que la médecine n'est pas justifiée à accomplir des actes qui conduiraient à discréditer la définition légale. Mais il reste difficile de penser et de définir les limites à impartir au pouvoir des techniques bio-médicales ainsi que les conséquences qu'il convient d'en tirer. Force est de constater aujourd'hui que le silence de la loi, conséquence de la division des esprits et des intérêts, risque fort de signifier le déclin du droit.

C - Y a-t-il déclin aussi si nous ne sommes pas capables d'inventer de nouvelles catégories juridiques permettant d'énoncer la nature et le régime juridiques des produits du corps humain, si souvent utilisés par la médecine ou la recherche médicale ?

Entre les choses susceptibles d'appropriation et de transformation, et les personnes, devenues hors du commerce depuis l'abolition de l'esclavage, où classer les organes, le sang, le sperme, l'embryon ou le fœtus, mort ou vivant, *in vitro* ou congelé, le placenta ou les veines, en bref tous ces éléments dissociés, dissociables, de la personne, alors que nous avons appris que le corps de l'homme forme un tout, qu'il est la personne ? Il ne suffit pas de postuler l'exigence du consentement du donneur, car tout contrat d'appropriation des choses postule la volonté. Et de fait, ces parts de l'homme sont en fait traitées tous les jours comme des choses. Et une réglementation sanitaire des banques de sang et demain des banques du sperme ou d'embryons surnuméraires, fixe également le prix de cession, les conditions du remboursement, le coût des manipulations, etc... Il y a donc des prix fixés. Seul le donneur, selon une coutume française dont on ne saurait prédire la longévité, reliquat du rattachement du corps à la personne, n'obtient aucune contrepartie de son don. Si la gratuité s'impose au donneur, comment justifier que les laboratoires ou les chercheurs puissent déposer des brevets à partir des cultures de cellules humaines et en tirer profit ? Quelle est la nature juridique du contrat qui se noue entre donneur et laboratoires et peut-il même y avoir contrat ? La difficulté était clairement exposée par le défendeur dans le procès ouvert devant le T.G.I. de Créteil de savoir sur quel fondement juridique reposent les obligations des banques de sperme tant vis-à-vis des donneurs qu'à l'égard des éventuels receveurs. La réponse du Tribunal est faible : ce n'est pas un contrat de dépôt mais un contrat **sui generis**. C'est dire qu'on ne sait pas le qualifier et que la pensée juridique défaille.

La pratique semble vouloir établir des distinctions selon la nature spécifique ou l'utilité des divers produits. De fait, le sperme et le rein ne sont pas identifiables, l'embryon et le placenta non plus. On observe la tendance nette à regarder certains produits comme des "déchets" ce qui permet de les commercialiser sans hésitation (ainsi du placenta, des veines extraites, voire de tous les organes malades enlevés lors d'une opération). Mais l'hésitation renaît avec les cellules reproductrices, et c'est presque l'angoisse qui saisit certains lorsqu'il s'agit d'oeufs humains fécondés ; sont-ils appelés à naître, que peut-on en faire (expérimentation, duplication, etc...) qui en décide et

dans quel but ? Nous voyons bien que la formule négative du droit - ce ne sont pas des choses - est totalement impuissante à indiquer une réponse à des questions concrètes - telle que, par exemple, la question de l'anonymat - et en outre obsolète car la maîtrise de la vie, la production même de la vie humaine, devenue objet à gérer au même titre que les biens et les choses, entraînent inévitablement la réification de l'homme, en tous cas du corps de l'homme, ce qui ressuscite le dualisme ontologique de l'âme ou de l'esprit et du corps que le christianisme avait si admirablement dénoncé ; jusqu'à ce que l'on nous démontre que l'esprit lui-même n'est qu'un produit matériel, le résultat du fonctionnement physico-chimique de cellules librement manipulables par les neurosciences et grâce à elles.

Ainsi sans que les juristes s'en soient doutés, ou malgré leurs cris impuissants ou dérisoires, le développement scientifique, avec l'accord complice de chacun de nous - car nous en tirons de grands biens - aura eu raison des principes fondamentaux du droit de la personne. Nous avons dépassé semble-t-il le stade de l'évolution ou celui de l'adaptation pour atteindre celui de la rupture, celui où les ressources pourtant immenses de l'interprétation deviennent de vains artifices maniés par les uns ou les autres au gré de leurs intérêts ou de leur subjectivité. Si les débats sont si vifs et sortent des enceintes feutrées des laboratoires ou des colloques universitaires, c'est bien parce que l'on pressent que notre société ne se reconnaît plus dans ce qui faisait la loi commune, la règle qui imposait à tous, aux savants comme aux individus, une limite à leurs pouvoirs, et sans laquelle nous savons bien - encore que nous ne voulions pas voir - que sa disparition ou son effondrement - au profit d'une liberté exacerbée, que ce soit celle des savants ou celle des individus, signifie la perte des valeurs de référence et avec elle l'instauration de la violence et de l'aliénation. Si nous n'en sommes pas tout à fait là c'est que, en France du moins, la médecine aussi scientifique soit-elle devenue, demeure un art que l'humanisme ou pour certains la modestie habitent encore. Tout en procédant par fait accompli avec l'autorisation tacite des pouvoirs publics, mais peut-être au mépris de la loi civile, les C.E.C.O.S. ont d'eux-mêmes régulé leur pratique et ont fixé ces bornes à l'insémination artificielle selon une conception

éthique et culturelle respectable. On les accuse aujourd'hui d'abus de pouvoir et la critique est fondée. Mais ne voit-on pas que si la loi devait lever ces bornes au nom du libre accès à la procréation artificielle, on ne ferait que renforcer plus encore ce pouvoir scientifique, celui de ceux qui détiennent de fait et de droit la maîtrise des ordinateurs et des congélateurs. Ainsi nous aurions fait mentir l'exigence pourtant puissante *"que nul ne doit tenir de poste d'où il puisse décider de manière large ou globale de la production ou de la définition de l'homme"* (34). La conjonction d'un triomphalisme scientiste, du relativisme moral et du scepticisme réaliste conduit peut-être à admettre qu'il faudra bien faire tout ce qu'il est possible à la science et à la technique de faire, que l'on ne peut ni les arrêter ni les contraindre, que toute autre attitude implique l'établissement d'un ordre moral inacceptable dans son principe et dérisoire dans son effectivité, que le tumulte médiatique et les réserves des juristes ou des moralistes ne sont que phase transitoire, résurgences d'esprits attardés et chagrins, en attendant l'ère heureuse du *"bébé-éprouvette pour tous"* (35), du diagnostic prénatal obligatoire et du contrôle génétique du mariage. Nous devons alors savoir que *"viendra le jour où le solde d'humanité sera tout entier contenu dans le souvenir de l'homme"* (36). A moins que...

### III - LES HYPOTHESES DE L'AVENIR

Nous n'avons pas l'outrecuidance ni la naïveté d'adhérer aux pronostics cosmiques que certains développent plus ou moins complaisamment. Il y a ceux pour lesquels les *"lendemains qui chantent..."* suffisent à constituer une éthique. Le scientisme, le positivisme, encore vivaces, leur interdit de mettre en question la finalité des sciences de la vie ; tout juste s'ils s'interrogent sur les moyens. Dans cette lignée, les juristes réduits à de simples techniciens, n'ont pour tâche que de faciliter l'adaptation du droit aux faits ; le mythe fondateur de ce courant puissant, peut-être moins aujourd'hui chez les scientifiques que dans certains courants de l'opinion, reste l'idée de progrès ; la crédulité dans le progrès conduit à avaliser sans critique le mal que la science porte aussi en elle. Comme cette idée n'est plus guère soutenable dans sa globalité, la plupart se réfugient dans un second discours, celui du

caractère inéluctable du développement scientifique, dont le solde du bilan bienfaits/méfaisants reste encore positif. C'est à voir et cela dépend des cas. L'inéluctabilité est l'argument de l'impuissance énoncé justement par ceux qui ont le pouvoir et cherchent par là à le conserver. On ne peut pas arrêter la science puisqu'elle ne veut pas s'arrêter ! Mais personne ne lui demande de s'arrêter. On aimerait plutôt qu'elle progresse par l'invention, par la connaissance neuve, par la création vraie qu'étouffent peut-être, l'excès bureaucratique des institutions scientifiques, la hiérarchie, les classifications réductrices, la concurrence stimulante et mortelle à la fois, la loi d'imitation qui consiste à faire la même chose que d'autres plutôt que d'explorer de nouvelles pistes de recherche, la soumission de la recherche aux applications que l'on en attend, l'aliénation des chercheurs à des impératifs économiques ou militaires, etc... On aimerait plutôt qu'avant de généraliser telle ou telle application, les scientifiques et les politiques acceptent d'en mesurer l'opportunité au regard de l'ensemble des conséquences qui en résulteront pour la société. Ces applications là ne sont pas inéluctables, pas plus qu'il n'est inéluctable que le droit s'adapte. Il paraît plutôt que le droit face aux incertitudes et à la méfiance que suscitent certaines prouesses, lorsqu'il s'agit d'apprécier leur légitimité, résiste, au besoin par quelques interdits conservatoires et argumentés, à cette logique de la productivité, de la compétitivité et de l'inéluctabilité, par laquelle la biologie s'empare de fait de la culture. Mais nous ne pouvons adhérer non plus aux condamnations sans appel, ni au catastrophisme apocalyptique ni aux dénonciations à courte vue, dont les biologistes et les médecins sont l'objet. Qu'on les préserve de l'amalgame simplificateur et que l'on ne fasse pas d'eux des boucs émissaires ! On peut certes dénoncer l'impérialisme scientifique et le pouvoir de fait qu'il s'est octroyé. Encore faut-il en faire l'analyse et en rapporter la preuve pour que la critique porte et ne se perde pas dans une vaine incantation (37). Ce qu'il faut démontrer avant de le critiquer pour y porter remède, ce sont les processus, tant intellectuels que pratiques, par lesquels la biologie et ses applications deviennent proprement normatives. Il convient aussi de ne pas confondre la connaissance scientifique et ses lacunes irréductibles, avec l'exploitation éhontée qu'une certaine presse ou quelques marchands en font envers un public crédule et sidéré.

Il apparaît au contraire que la première attitude éthique consiste à rejeter résolument la tentation du manichéisme simplificateur. Qui s'engage dans une réflexion éthique n'échappe pas, bien entendu, à la définition du bien et du mal et à la recherche du préférable ; il est alors conduit à tenter l'arbitrage, à préférer le moindre mal, à conseiller l'abstention dans le doute. Comme toute oeuvre humaine, la science n'est pas bonne en soi ; elle n'est pas neutre non plus. La difficulté est d'effectuer ces arbitrages par la considération préalable, qu'il s'agisse de cas particuliers ou de normes générales encadrant la variété de ces cas, d'une pluralité de données où l'avantage médical, sanitaire ou scientifique sera pris en compte comme une de ces données parmi d'autres. On aperçoit alors que dans la plupart des avancées des sciences biologique et médicale le bon grain est inséparable de l'ivraie et que tout est question de degré. La difficulté la plus grande est de procéder à cette évaluation du caractère plus ou moins bénéfique de telle ou telle pratique, le diagnostic prénatal ou l'insémination artificielle ou la manipulation d'embryon *in vitro*, au regard de l'acte lui-même, mais aussi des significations induites, des conséquences parfois difficilement prévisibles, subjectives ou objectives, individuelles ou collectives, que la généralisation d'une pratique peut entraîner dans les mentalités et les représentations, avec la conscience vive que, quel que soit le bienfait attendu, l'espérance entretenue, le progrès est relatif, incertain, le mal et parfois la tragédie sont toujours présents (38). "*La souveraineté obtenue par l'absence en chacun de nous d'un drame personnel, voire le leurre*" (39).

Ainsi entre l'exil et l'enflure, il y a une place, modeste, laborieuse, exigeante et humble pour d'autres voies, pour d'autres attitudes que n'inspirent ni l'orgueil, ni la bonne conscience. Dégager une éthique ne peut passer que par une recherche collective, à la fois savante et concrète, au plus haut niveau de la pensée - nous cherchons à grands frais outre-Atlantique un modèle pour la bioéthique alors que nous avons dans notre culture européenne des richesses à redécouvrir -, et au plan très réaliste et enraciné dans l'humain des pratiques et des faits, là où s'accomplissent les actes et se prennent les décisions. Dans ce travail, les juristes ont une place et une place de choix, s'ils veulent bien reconnaître que

leur droit positif ne fait pas toujours une justice, que la loi nécessaire n'est pas toujours l'outil adéquat et s'ils veulent bien remettre en question une partie de leur savoir, tout en restaurant dans l'esprit de leurs interlocuteurs la connaissance et la conscience du droit. Car l'appel souvent bien contradictoire et pas toujours légitime que l'on adresse aux juristes aujourd'hui, témoigne peut-être d'une conscience fragile et obscurcie par bien des *a priori* certes, mais d'une conscience nouvelle, qu'il appartient au droit et par lui au pouvoir politique d'ordonner, de réguler les avancées de la science et d'énoncer des règles et des sanctions. La difficulté est que cette restauration du rôle du Droit nécessite une restauration de la théorie juridique et de la philosophie sans lesquelles le droit positif ne fera guère que grossir par des lois, des règlements, des circulaires ou des jurisprudences casuistiques, la tour de Babel qu'est devenu notre droit positif discrédité par ses incohérences et son inflation galopantes. Mais surtout qui fera, qui inspirera la loi ? : les bureaux du Ministère de la Santé, les groupes de pression, les opinions particulières de tel ou tel. Dans ce domaine où l'éthique devrait être première, nous sommes des orphelins dont *"l'héritage n'est précédé d'aucun testament"* (40) ; nous avons à forger cette éthique dans l'ignorance de ce qu'elle est ou doit être. Le tourbillon des colloques et le déchaînement de la presse, les longs bilans descriptifs des questions auxquelles peu de réponses utiles et claires sont apportées, cette somme chaque jour plus importante d'informations, tout cela reste certes utile, mais prenons garde à l'enlisement du débat et au brouillard des idées rendant impossible tout choix, toute décision utile, pétrifiant chacun dans l'indécidable. Riches de l'information apportée par d'autres sciences ou expériences, la psychologie, la sociologie et surtout la recherche et la pratique médicales, le juriste peut et doit, au sein du débat et sur les lieux de l'action, prendre ses distances. Il y a aujourd'hui de grands dangers pour le droit, d'ailleurs contradictoires : d'un côté il est tentant de se laisser paralyser par l'extrême complexité des apparences créées autour des sens ou des conséquences des innovations bio-technologiques et par l'incertitude radicale qui les enveloppent - c'est l'argument pour ne rien faire de peur de mal faire par une action normative réductrice, inadaptée ou rejetée par ses destinataires. Pendant ce temps, tout continue et la paralysie du légis-

lateur augmente par la pression des faits (41). L'autre danger est de croire que la législation pourra avoir réponse à tout, alors que nous savons bien les dangers d'une réglementation casuistique, et plus encore ceux des lois permissives qui risquent d'éliminer ensuite la perception et l'analyse des questions éthiques qu'aucune loi ne peut à elle seule résoudre. Ici encore entre le tout ou rien, le juriste, qui tente de penser le rôle et le contenu du droit à construire, se trouve inconfortablement placé sur une corde raide. Mais, que la difficulté de trouver l'équilibre ne le dissuade pas de tenter la traversée ! Il peut certes être sceptique et ne croire ni à la maîtrise de la vie par la science, ni à la maîtrise de la science par le droit. Il est pensons-nous de son devoir de témoigner d'un "*pessimisme actif*" (42).

Pour m'en tenir à la réflexion qu'impose à tout juriste l'action normative et les types de contrôle social qu'appelle le "*fait*" scientifique (nous évitons à dessein le terme de progrès), il semble que la réflexion, d'où l'on peut induire quelques solutions positives et concrètes, ait un double objet. Elle porte, d'une part, sur la recherche d'un équilibre entre des normes et des contrôles de diverses natures ; en la matière il faut compter et l'on doit compter avec un pluralisme normatif et institutionnel. D'autre part, elle doit préciser, et pour cela il faut une philosophie, la nature, le domaine et les limites de la loi.

A - Le pluralisme des normes et des contrôles existe déjà par la coexistence dans notre ordre juridique, d'un code de déontologie médicale et d'une instance disciplinaire, et de règles de droit, légales ou jurisprudentielles, et de recours ouverts devant les tribunaux judiciaires ou administratifs. Ce pluralisme se complique aujourd'hui par la création spontanée de comités d'éthique, dans les hôpitaux essentiellement, et par l'institution officielle, en 1983, du Comité National d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (43). Ce dernier, compétent pour donner "*des avis sur les problèmes moraux qui sont soulevés par la recherche dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé, que ces problèmes concernent l'homme, des groupes sociaux ou la société toute entière*" (Art. 1er D. n° 83132 du 23 février 1983), est composé, on le sait, de façon pluraliste encore que les scientifiques et les médecins y soient majoritaires. C'est

le cas aussi de plusieurs comités locaux dont le rôle, en pratique, se focalise essentiellement mais non exclusivement sur l'éthique de l'expérimentation. Dans la quasi totalité des avis rendus jusqu'ici par le Comité National (44), saisi le plus souvent par les pouvoirs publics ou des organismes publics de recherche mais parfois aussi par des chercheurs et médecins à titre personnel, le recours à un comité local est recommandé dans le but de favoriser sur le terrain la réflexion et la confrontation, à propos des enjeux éthiques, entre les scientifiques et les profanes par souci d'ouverture et de démocratie à la base, et de favoriser une régulation par la pratique des actions de la bio-médecine dans l'espoir d'une plus grande prise en considération des exigences de l'éthique. Les comités locaux peuvent ainsi apparaître comme des instances où la société civile est représentée là où s'exerce le pouvoir de la science, mais aussi comme des instances de contrôle de l'observation des directives éthiques élaborées par le Comité National (45). Ainsi se forge peu à peu par la pratique, si les avis rendus sont effectivement suivis, de véritables règles de droit au sens matériel et non formel du terme, car aucune autorité juridique n'est conférée à ces règles, qui n'ont qu'une valeur persuasive et éventuellement dissuasive. Peu conformes à la mentalité des français, des médecins comme des juristes, les comités d'éthique inquiètent mais aussi rassurent. Les uns redoutent qu'ils ne représentent une instance bureaucratique de plus, brisant le colloque singulier du médecin et du malade et incitant à l'irresponsabilité ; les autres y voient le nouvel alibi du pouvoir scientifique s'arrogeant en outre le pouvoir de faire la morale et le droit, et d'autres enfin dénoncent la légitimité de ces instances et des recommandations ou avis qu'elles émettent, supplantant voire liant le pouvoir législatif ou l'autorité judiciaire. Il est regrettable de raisonner ainsi en termes de conflit et de concurrence. Laissant de côté la première critique sans fondement sérieux, les deux autres méritent examen : alibi du pouvoir scientifique, peut-être ? (mais n'est-ce pas faire injure aux scientifiques qui composent les comités, alors que leur morale est souvent exigeante et qu'ils attendent des profanes l'élargissement de leur réflexion ?). Quoiqu'il en soit, l'assistance d'une réflexion et d'un avis éthique dans l'exercice de ce pouvoir est un moindre mal et même un mieux ; de plus, le réalisme impose de considérer

qu'une auto-régulation du milieu, à l'intérieur du champ de liberté laissé par la loi et **a fortiori** en son absence, peut être plus efficace et en fait plus contraignante que ne l'est la loi et même la loi pénale. De plus, il est illusoire de croire que les lois se feront utilement sans l'avis des scientifiques ou contre eux. Enfin, à une époque où l'excès de légalisme est combattu par la reconnaissance du rôle de la pratique comme source du droit dans la recherche de solutions équitables et utiles dans des cas concrets (46), il n'est pas très raisonnable de dénoncer les comités d'éthique qui ne prétendent pas être, par principe, des instances normatives de remplacement. Il ne s'agit pas de remplacer la loi mais bien au contraire de la compléter et de contribuer à son efficacité, ou à l'inverse d'aider à sa formation, en attendant que le législateur, instruit par l'expérience, intervienne pour consacrer, infléchir ou briser la pratique créée.

Il s'agit, dans le respect des compétences constitutionnelles, de rechercher plutôt la complémentarité, et l'interconnexion des divers systèmes normatifs qui, qu'on le veuille ou non, existent dans notre société. Leurs rôles respectifs ne sauraient évidemment être figés, ni l'hypothèse de contradictions ou d'oppositions être exclue ; nous pensons que le désordre relatif qui peut en résulter, est potentiellement plus riche que l'ordre monopolistique et unitaire vers lequel l'instinct de sécurité ou de pouvoir à moins que ce ne soit la paresse ou l'esprit de système, nous orientent trop souvent. Quelques exemples au soutien de cette position :

- Le droit exige le consentement libre et éclairé ; il est bon que l'expérimentateur ne décide pas seul et que le comité d'éthique précise, cas par cas, si le protocole est compréhensible, si les risques encourus sont acceptables. Il prévient ainsi le vice du consentement, arbitre entre les intérêts ou les utilités, impose au besoin de modifier le protocole avant de l'approuver. La loi peut bien affirmer que l'insémination artificielle est exclusive d'eugénisme ; il faut bien aussi que d'autres disent où commence et où finit l'eugénisme compte tenu de l'état des connaissances ; la loi ne saurait préciser quelles sont les recherches que l'on peut faire, les décisions que l'on peut prendre, sur les oeufs fécondés **in vitro** - sauf peut-être quelques interdits comme mêler les espèces, ou implanter chez

une femme un oeuf animal ; il faut bien pourtant qu'une fois énumérés quelques principes de droit - l'oeuf fécondé n'est pas une chose -, le chercheur ne décide pas tout seul et qu'un avis argumenté dans plusieurs directions éclaire sa conscience et formule clairement et concrètement l'acceptable et l'utile, par des directives susceptibles d'être modifiées si des faits nouveaux se présentent, par des procédures moins lourdes que la révision législative. Certes est-il utile d'éviter les contradictions trop importantes dans les avis des comités locaux, de même qu'il serait souhaitable en matière d'expérimentation que le promoteur n'ait pas le choix du comité à saisir. Une certaine unité de vues peut être assurée par le Comité National. Après un temps d'observation, il sera nécessaire que la loi se prononce sur l'organisation et les compétences des comités d'éthique. Et rien n'interdit de réfléchir à l'hypothèse de l'institution par la loi d'une véritable autorité administrative indépendante, analogue à la Haute Autorité en matière audiovisuelle, à la Commission Informatique et liberté ou à la Commission des opérations de bourse, apte à réguler, moraliser et contrôler, sans l'entraver, le développement des biotechnologies. En matière médicale ne serait-ce pas en outre le moyen à plus long terme, de résorber l'épineuse question du corporatisme des conseils de l'ordre, en leur conservant leur rôle disciplinaire, et en unifiant au sein d'une autorité unique le traitement des questions éthiques, juridiques et scientifiques, de la recherche et de ses applications. De telles instances ne sont nullement exclusives de lois, et de jurisprudences ; elles forment au contraire d'utiles relais et servent plus le droit et son effectivité qu'elles ne l'écartent. Certes plus la loi sera muette, ou même plus elle sera permissive (47), plus elle renverra tacitement à d'autres systèmes normatifs, plus elle rendra nécessaires les guides de conduite, plus elle renforcera en fait le rôle du Comité d'éthique. Plus le risque de contradictions sera grand, plus difficile il sera de dégager des critères de légitimité, si la loi s'est d'elle-même désengagée et refusée à indiquer les quelques références sans lesquelles une société aussi diverse et riche que la nôtre n'aurait plus de loi commune. Là encore entre l'ordre moral et la liberté déchaînée, la juste mesure n'est pas aisée à trouver. C'est dire que l'importance du rôle à réserver aux normes et contrôles éthiques dépend du contenu que la loi donnera aux prescriptions juridiques.

**B** - La question de savoir s'il faut légiférer, sur quoi, dans quel sens et comment, est, du côté des juristes, la plus controversée. Partisans et opposants de la législation s'affrontent sur tous les points, ce qui peut être l'argument pour ne rien faire puisqu'il y a doute (48). Les milieux scientifiques et médicaux semblent globalement hostiles à la législation, car ils redoutent, à juste titre souvent, la loi tatillonne et bureaucratique, ou la loi-obstacle au développement de la recherche, d'autres ridiculisent les lois ineffectives, d'autres enfin souhaitent que le législateur érige en règle de droit les solutions qu'ils ont eux-mêmes forgées, sans être pour autant d'accord sur le contenu de leurs usages (49).

Face à toutes ces divergences, on peut comprendre l'inertie des pouvoirs publics lorsqu'il faut agir. Pourtant, nous pensons que les enjeux sont trop graves, l'opinion publique trop ébranlée, les pratiques trop confuses, pour que le silence législatif persiste encore longtemps. On peut alors penser à trois types d'interventions susceptibles d'être coordonnées : législation administrative, civile et pénale.

Dans l'ordre des urgences, il serait souhaitable de pouvoir contrôler et la qualité scientifique et l'acceptation de directives éthiques, chez ceux qui accomplissent les actes qui, à ce double égard, scientifique et éthique, sont, pourrait-on dire, à plus hauts risques. Il convient alors, après avoir défini ces actes (procréation artificielle, diagnostic prénatal,...), d'en réserver l'accomplissement à des centres publics ou privés agréés, et d'admettre que seules les opérations accomplies par eux soient remboursées par la Sécurité Sociale. Le refus d'agrément ou sa suppression joint au non remboursement peuvent apparaître comme des pressions suffisantes pour se dispenser de sanctions pénales supplémentaires.

Quant à la législation civile, le problème qui nous paraît essentiel est qu'elle énonce par quelques dispositions simples, fortes et symboliques, les limites qu'il paraît au moins conservatoire, de poser à la libre disposition du corps humain dès lors que sont en jeu l'identité et l'état des personnes. De telles règles devraient trouver place au Livre I du Code Civil plutôt que dans des lois spéciales. Aussi arbitraire et incertaine que soit la notion

d'acte thérapeutique - mais toute limite ne l'est-elle pas ? - ce but devrait constituer un frein nécessaire. Il dispenserait aussi et pour un temps d'intervenir en matière de filiation afin que continue de s'appliquer, à la procréation artificielle, le droit commun qui, jusqu'à maintenant, n'a pas été si inadapté. Dans ce domaine, la loi devrait se prononcer sur l'anonymat des donneurs de sperme ou d'ovocytes étrangers au couple, qui se justifie pleinement lorsque l'enfant devient l'enfant d'un couple, cet anonymat l'assurant contre les dangers d'une pluripaternité ou d'une plurimaternité. La question devient alors subsidiaire de savoir s'il faut aller plus loin dans la réglementation. On peut en débattre longtemps et ceci dépasserait le cadre de notre analyse. Signalons seulement quatre domaines dans lesquels une action paraît nécessaire : les utilisations des produits du corps humain et la question de la gratuité (la loi sur les prélèvements d'organes de 1976 est à maints égards désuète, la notion d'organe étant trop limitée) ; la procréation artificielle et la question de savoir si la filiation de l'enfant doit être déterminée plutôt par référence à la filiation charnelle ou plutôt par référence à l'adoption ; l'expérimentation sur l'être humain, en particulier sur l'embryon et le fœtus ; les manipulations génétiques (50).

La loi pénale enfin ! Certes, celle-ci demeure résiduellement importante. Pour l'heure, la sanction pénale des atteintes à l'intégrité physique jouit d'un arsenal suffisant d'incriminations. Point n'est besoin d'en ajouter. Mais les atteintes à la dignité humaine ? Sont-elles précisées, définissables en la matière ? Si notre société se reconnaît dans quelques valeurs fondatrices d'interdits, alors le droit pénal a sa place. Mais qu'elle soit la plus limitée possible afin que le droit ne soit pas accusé ensuite de servir à refaire le procès de Galilée !

Nous sommes confrontés aujourd'hui par la biologie et la génétique à l'incertitude de ce que nous sommes et pouvons faire de nous-mêmes dans notre rapport à la nature et à la culture. Incertitude qu'il ne m'appartient pas encore de lever car *"je choisis toujours des sujets au-dessus de mes forces"* (Dostoïevski).

## NOTES

(1) Albert Jacquard, Au péril de la science ? Interrogations d'un généticien, éd. Le Seuil.

(2) L'affirmation doit être évidemment relativisée, compte tenu des travaux de M. Foucault, G. Canguilhem, M. Serres, etc...

(2bis) La rupture entre les sciences, la philosophie et le droit est d'autant plus grave qu'elle s'est opérée par la prépondérance de la science, progressivement parcellisée et devenue incapable d'énoncer une pensée sur la science mais capable d'engendrer l'idéologie scientiste qui a pénétré à son tour les sciences humaines. Ce mouvement, particulièrement sensible en France, commence peut-être sinon à s'inverser, du moins à se stabiliser au profit d'un dialogue timidement amorcé entre scientifiques, philosophes et juristes et grâce à une renaissance de la philosophie du droit. Sur ces ruptures, V. notamment, M. Villey, Philosophie du droit, 2 vol. Dalloz, 3ème éd. 1982. M. Serres, Hermès IV, La distribution, éd. de Minuit, 1977.

(3) Isambert, Aux sources de la bioéthique, Le Débat, n° 25, mai 1983. Enjeux sociaux de la biologie, De la biologie humaine à l'éthique biomédicale, in Ethique et pratiques symboliques, Cahier n° 2, 1983, Ecole des Hautes Etudes en sciences sociales. Engelhardt, Bioethics in pluralist societies, in Perspectives in Biology and Medicine, 26, 1, Autumn 1982, University of Chicago. M.B. Abram and S.M. Wolf, Public involvement in medical ethics, The New England Journal of medicine, vol. 310, n° 10, 1984. La Bioéthique, Après-demain, Journal mensuel de documentation politique, n° 266, 1984.

La Bioéthique, terme né Outre-Atlantique, fait l'objet de très nombreuses études aux Etats-Unis notamment. On renverra surtout aux travaux du Hastings Center (Institut of Society, Ethics and Life Sciences) qui publie en la matière l'excellente revue The Hastings Center Report (Hastings on Hudson, NY 10706).

(4) Allocution prononcée lors de l'installation du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, 2 décembre 1983.

(5) Michel Foucault, Naissance de la clinique, p. 201, P.U.F. 1983.

(6) Ibid., p. 200.

(7) François Jacob, La logique du vivant, p. 197, Gallimard 1970.

(7bis) F. Gros, F. Jacob, P. Royer, Sciences de la vie et société, Rapport présenté au Président de la République, Documentation Française, 1979.

(8) L'insémination artificielle avec donneur fournit un bon exemple de ces confusions : au stade du don du sperme, l'impératif est le biologique comme seule réalité permettant le "tri" des donneurs ; au stade de l'insémination l'impératif devient brusquement la satisfaction du désir d'enfant et l'affirmation de la prévalence de la paternité affective sur la paternité biologique.

(8bis) P. Amselek, Norme et Loi, Archives de philosophie du droit, T. 25, 1980, p. 89.

(9) Le paradoxe de la morale, éd. Seuil, 1981, p. 10.

(9bis) V. Jankelevitch, op. cit., p. 17.

(10) Jacquard, Eloge de la différence ; Canguilhem, Le normal et le pathologique.

(11) Le Monde, 22-23 janvier 1984, supplément p. VI.

Que ferait-on aujourd'hui de cet enfant nommé Ludwig van Beethoven, né d'une mère syphilitique et d'un père alcoolique, après un frère mongolien et une soeur aveugle, sourde et débile mentale ?

(12) Les lois de 1975 et 1979 sur l'interruption volontaire de la grossesse ont opéré en effet un certain encore que relatif désengagement moral du droit ; bien que l'avortement ne cesse d'être punissable que lorsque la nécessité le commande, le fait que la condition de détresse soit laissée à la seule appréciation de la mère, conduit une partie importante de l'opinion à considérer qu'il s'agit d'un droit subjectif reconnu par la loi.

(13) M.T. Meulders-Klein, "Le droit de disposer de soi-même, étendue et limites en droit comparé", in Licéité en droit positif et références légales aux valeurs, Bruylant, Bruxelles, 1982.

(14) Ce courant, particulièrement en vogue aux Etats-Unis, conduit sinon à éliminer, du moins à réduire, le débat éthique ; en ce sens, D. Callahan, "Minimalist Ethics", in Ethics for hard times, Hastings Center, New-York, Plenum Press, 1981. Cet auteur a cependant bien montré les dangers pour la communauté humaine de l'idéologie de l'autonomie individuelle : Autonomy : a moral good, not a moral obsession, in Autonomy, Paternalism, Community, Hastings Center Report, vol. 14, n° 5 1984, p. 40.

(15) D. Callahan, op. cit.

(16) H.Ph. Visser't Hooft, Les actes de disposition concernant le corps humain : quelques remarques philosophiques, Archives de Philosophie du droit, Tome 24, Les biens et les Choses, Sirey, 1979, p. 871.

(17) J. Carbonnier, Droit civil, 1 Introduction, Les personnes, Coll. Thémis, P.U.F. 13ème éd. 1980, p. 225 s.

- (18) Idéologie et rationalité dans l'histoire des sciences de la vie, Vrin, 1981, p. 101.
- (19) P. Verspieren, Biomédecine et morale, Encyclopédia Universalis.
- (20) T. Beauchamp et J. Children, Principles of Biomedical Ethics, 2ème éd., New-York, Oxford, University Press 1983, p. 65.
- (21) D. Callahan, article précité, p. 41.
- (22) La procréation artificielle ne saurait être récusée à raison de l'artifice. Mais on ne peut penser et organiser son développement, notamment définir les conditions d'accès à ces techniques sans s'interroger sur la remise en cause du modèle non pas naturel mais culturel d'une procréation, fruit d'une relation d'amour de l'homme et de la femme. Le choix qui devrait être législatif entre le remède à la stérilité ou le simple mode de procréation à la disposition de quiconque désire un enfant dépend de ces présupposés. Les propos tenus par certains protagonistes de la fécondation **in vitro** selon lesquels celle-ci serait plus noble parce qu'elle évince la sexualité, ressuscitent une vision puritaine inquiétant dont on se croyait libéré. Encore un exemple qui montre que la technologie de l'éprouvette génère des idéologies pernicieuses. Mais, à l'inverse, la seule considération de l'éventuel droit de l'homme ou de la femme à procréer sans sexualité en sollicitant des techniques que la société finance est insuffisante à constituer un impératif car la règle devrait se dégager de la considération de plusieurs intérêts, subjectifs (droits des donneurs, droits de l'enfant à naître, droits et devoirs des médecins...) et collectifs ou sociaux.
- (23) Ces milieux ne sont pas, à cet égard, univoques et homogènes. Selon le Professeur Zitoun "si l'autopsie scientifique réifie l'homme, la biologie le déshumanise". Intervention au Colloque Hôtel Dieu et Collège International de Philosophie, La mort à l'hôpital, Paris, juin 1984.
- (24) Escoffier-Lambiotte, Les tricheurs étaient parmi nous, Le Monde, 22-23 janvier 1984, supplément V.
- (25) Benoist in L'homme, sa maladie, son corps, Cahiers Laënnec, 1982.
- (26) Isambert, L'aminocenthèse et les médecins, EHESS 1980.
- (27) J.C.P. 1984-II-20321, note de S. Corone ; Rev. trim. dr. civ. 1984, J. 703 ; Observ. J. Rubellin-Devichi.
- (28) A. Sayag, Essai sur le besoin créateur de droit. Bibl. de droit privé, T. XCIV, L.G.D.J. 1969.
- (29) V. B. Latour, Les microbes, Guerre et Paix, suivi de Irréductions, éd. Métailié, Paris, 1984.

(30) On ne trouve pas dans le droit de définition de la personne physique - et c'était jusqu'ici une bonne chose, mais seulement et depuis une date récente, l'affirmation qu'il existe des droits de la personne, ou plutôt des devoirs envers elle, que l'on a peine à qualifier, la catégorie des droits de la personnalité étant hétérogène et floue. L'inconvénient est que si le droit est muet, si, de ses règles on ne peut que prudemment induire une notion, une philosophie de la personne, la biologie, elle, la manipule, la transforme, et modifie les représentations que nous en avons. V. tous les traités et manuels de droit civil relatifs à la personne.

(31) A. Fagot-Largeault, *L'expérimentation humaine*, Après-demain, 1984, La bioéthique.

(32) V. notre étude, "Dons et utilisation de sperme et d'ovocytes, le point de vue d'un juriste, in Génétique, Procréation et Droit, Actes-Sud, 1985, p. 255 s.

(32) La filiation paternelle peut évidemment être établie sur la seule preuve du lien biologique ce qui suppose la levée de l'anonymat du donneur. De même, maintes formules techniques peuvent permettre l'établissement de la filiation post-mortem en cas d'auto-conservation du sperme. Mais cela signifierait que la cellule et elle seule fonde la parenté. Récusant le primat du biologique, nous pensons que la filiation est d'abord une relation humaine, et celle-ci postule l'existence physique des personnes qui seule autorise la reconnaissance mutuelle du père et du fils. Nous récusons en outre les fausses analogies - "analogies avec le malheur" selon la suggestive formule de F. Terré -, que l'on puise dans le droit positif, lui-même réduit à la loi seule, détachée de ses applications, à travers l'adoption par un célibataire, le mariage posthume, ou dans les faits de société, l'union libre ou la famille monoparentale. V. M. Gobert, *Les incidences des progrès scientifiques et médicaux sur l'état des personnes*, in Génétique, Procréation et Droit, Actes-Sud, 1985.

(34) Michel Serres, *Intervention au Colloque Génétique, Procréation et Droit*, Actes-Sud 1985, p. 30.

(35) J.L. Touraine, Hors de la bulle, Flammarion 1985, p. 225 (titre du dernier chapitre).

(36) J. Testaït, *Rapport au Colloque Bioéthique et Biopolitique*, Mars 1985.

(37) Nous invitons les spécialistes de science administrative à étudier la question du pouvoir scientifique dans la réalité du fonctionnement des institutions. Dans l'ordre de la pensée, cette analyse critique est le fait des philosophes, M. Serres, M. Foucault, Baudrillard... plus que des juristes, du moins jusqu'à ce jour.

(38) S'il n'y avait pas de suicides et d'accidents mortels de la route, il n'y aurait pas de greffes d'organes. S'il n'y avait pas d'avortement, il n'y aurait pas de greffes de tissus foetaux. Où sont le bien et le mal dans la prévision des maladies génétiques ? Le drame des parents laissant venir au monde un enfant myopathique est-il plus grand que celui du refus de procréer, ou celui de l'avortement thérapeutique ?

(39) R. Char, *A une sérénité crispée*, Gallimard.

(40) R. Char.

(41) Par exemple, la fécondation **in vitro** a fait naître la conscience que l'artifice n'allait pas de soi et que l'on n'était pas maître des conséquences de son développement ni des possibles créées par elle. Il était simple à l'époque d'intervenir par la loi pour non pas interdire ce mode de procréation, mais seulement pour interdire cette pratique à tous ceux qui n'auraient pas été spécialement autorisés par les pouvoirs publics et en soumettant les centres au contrôle non contraignant de comités d'éthique pluralistes. Cela n'a pas été fait et dans l'année 1983, de 4 à 5 centres compétents on est passé, pour la France seulement, à près de 60 centres. L'occasion est manquée, le contrôle devient pratiquement impossible, et sous la pression de la mode, la fécondation **in vitro** est en passe de devenir, à quels frais ! le remède miracle à des stérilités inexplicables.

(42) J. Carbonnier, Flexible Droit, L.G.D.J. 5ème éd. 1983, p. 365.

(43) D. Thouvenin, Ethique et Droit en matière bio-médicale, D. 1985, chron. p. 21.

(44) Avis sur l'utilisation à des fins diagnostiques, thérapeutiques ou scientifiques des prélèvements effectués sur des embryons ou foetus morts ; avis sur l'expérimentation humaine des traitements ; avis sur certains problèmes posés par la procréation artificielle et sur la maternité par substitution ; avis sur les registres et banques de données médicaux ; avis sur le diagnostic prénatal et périnatal.

(45) A. Fagot-Largeault, *L'homme bioéthique, pour une déontologie de la recherche sur le vivant*, Maloine, 1985. *Réflexions sur l'expérimentation humaine*, *Après-demain, la bioéthique* n° 266, 1984. *Révision scientifique et révision éthique des protocoles de recherche in Bioéthique et désir d'enfant*, *Dialogue*, 1985, n° 1, p. 98.

La question de la composition de ces comités est importante et délicate et dépend du rôle qui pourrait leur être imparti officiellement. Comités d'experts choisis pour leur compétence ou comités "populaires" tels les jurys d'assises. La question se recoupe avec celle de savoir si de tels comités sont appelés ou non à juger, non seulement de la validité des actes au regard de l'éthique mais aussi de la validité scientifique des projets d'expérimentation.

- (46) Le rôle de la pratique dans la formation de droit. Travaux de l'association H. Capitant, T. XXXIV, 1983.
- (47) La question est en effet grave de savoir si le législateur, en matière de procréation artificielle, ouvrira grandes les portes de son accès, laissant à tout individu la liberté d'y recourir.
- (48) Voir sur ce point les opinions des juristes présents lors du Colloque, Génétique, Procréation et Droit, Actes-Sud 1985.
- (49) V. notamment l'opposition entre les C.E.C.O.S. et le C.E.F.E.R. de Marseille à propos de l'insémination artificielle ou de la maternité par substitution.
- (50) Lorsque la loi ne peut poser d'interdits, elle peut encore se montrer dissuasive, en n'organisant pas les situations résultant d'interventions médicales modificatrices en fait, mais non en droit de l'état des personnes : ainsi en matière de procréation artificielle, de transsexualisme... Mais il faut que le législateur explique une telle attitude si l'on veut éviter qu'il soit accusé de maintenir le vide juridique.

# LA PERSONNE DANS LA PHILOSOPHIE

## DE GABRIEL MARCEL

Par J. PARAIN-VIAL

Le Droit ne se soucie-t-il que de la personne (1) au sens juridique de ce terme, c'est-à-dire au sens de citoyen responsable de ses conduites quand elles ne sont pas conformes aux lois de la cité, quelle que soit la justice ou l'injustice de ces lois ?

Il nous semble au contraire que le Droit ne peut se désintéresser de ce que le mouvement personnaliste a désigné sous le terme de personne et qui est une question essentiellement philosophique. Pour le montrer, nous donnerons trois arguments ; d'abord la définition même de la personne juridique comme masque "*grâce auquel, dit Ellul, l'homme peut intervenir dans la réalité sociale sans être sommé de se livrer tout entier, de se jeter en pâture au public et au social*" (2). Cette définition implique qu'il y a en l'homme un être (désigné précisément aussi par le mot personne) qui doit être protégé par le masque.

Cette personne, c'est même celle (et c'est mon second argument) qui, depuis l'Antiquité, a obligé les juristes à énoncer un **Droit des gens** applicable à tout homme : à l'étranger, à l'ennemi, même en temps de guerre, et pas seulement au citoyen.

Mon troisième argument semble au premier abord contredire le premier, c'est la tendance qui existe dans les tribunaux, aujourd'hui, à tenir compte de plus en plus de la personne individuelle aussi bien dans la détermination des peines que dans leur application, et même d'essayer de déterminer dans chaque sujet unique son degré de responsabilité.

Si ces arguments sont évidemment assez peu compatibles, cela résulte de l'ambiguïté même de la notion de "*personne*" dont pourtant, affirme-t-on de toute part, la dignité doit être respectée.

On ne peut donc éviter de philosopher et de se demander ce qu'est la personne humaine et ce qui, en elle, mérite respect.

Remarquons tout d'abord que dans tous les domaines, le terme de personne est toujours employé par opposition à un autre, même en théologie : ainsi dans la **préface de la Trinité**, il s'oppose à **substantia**. En Droit, nous venons de le voir, la personne est opposée au for interne et désigne le sujet responsable de ses actes devant la société. Dans la philosophie de Kant, la personne est le sujet libre et raisonnable, par opposition au moi empirique. Mounier l'oppose à l'individu.

Il semblerait donc que la personne, c'est la liberté responsable considérée comme existant en tout homme et qui, de ce fait, tendrait vers l'impersonnalité. Mais, en même temps, nous l'avons constaté, la "*personne*", surtout dans les mots dérivés : personnel, personnalisé, personnalité, désigne quelque chose d'unique et d'individualisé.

C'est ce paradoxe qui inspire sans doute à Gabriel Marcel les réflexions désabusées qui introduisent l'étude **Du Refus à l'Invocation** intitulée : **Remarques sur les notions d'acte et de personne** "*En réfléchissant au cours de ces dernières semaines sur l'acte et sur la personne, j'ai fait, quant à moi, cette découverte précédée de bien d'autres tout à fait analogues qu'au fond "on n'y comprend pas grand'chose" et que nous passons notre temps à obturer avec des mots des gouffres inintelligibles*" (R.I. p. 139). La personne est-elle unique, concrète ou universelle, identique en tout homme ? On pourrait, notons-le, poser la même alternative en termes d'être et d'autant plus que Gabriel Marcel emploie les deux mots comme synonymes assez souvent, en particulier (H.C.H pp. 176-177) quand il montre que le respect de la personne chez Kant vient de l'atmosphère vitale chrétienne et même piétiste que Kant a respirée. C'est la conscience aiguë qu'a Gabriel Marcel de la difficulté de la notion de personne qui fait que sa réflexion peut être éclairante pour le juriste.

L'ambiguïté de la notion de personne est, en effet, au coeur même de l'inquiétude qui a poussé Gabriel Marcel à philosopher : il a senti très tôt que l'universel n'était pas l'impersonnel, qu'il fallait transcender l'opposition de l'universel et de l'individuel : *"Lorsque je tente, dit-il, de considérer celui-ci (mon développement philosophique) dans son ensemble, je suis forcé de constater qu'il a été dominé par deux préoccupations qui peuvent d'abord sembler contradictoires".* L'une *"c'est ce que j'appellerai l'exigence de l'être"* ; l'autre *"c'est la hantise des êtres saisis dans leur singularité et en même temps atteints dans les mystérieux rapports qui les lient"* (R.I., 192-193) *"J'ai admis, me semble-t-il, a priori, bien avant de pouvoir tout à fait justifier à mes propres yeux cette affirmation, que plus nous saurons reconnaître l'être individuel en tant que tel, plus nous serons orientés et comme acheminés vers une saisie de l'être en tant qu'être"* (R.I., 193).

C'est pourquoi les réflexions de Gabriel Marcel sur la personne sont un des points de départ de ces analyses phénoménologiques (de ces *"forages"* comme il les qualifie lui-même) qui le conduiront, je voudrais le montrer, à sa conception de l'Être comme Universel concret.

Il va donc essayer de décrire ce que le langage courant désigne par personne en dégageant ce à quoi elle est opposée, d'abord au *"on"* impersonnel (ce sera la première partie de ce travail) ; ensuite, dans une seconde partie à la raison transcendantale du néo Kantisme, enfin au moi individuel. Autrement dit, Gabriel Marcel va envisager courageusement les contradictions de l'emploi du mot personne, ce qui le conduira à voir que les paradoxes et les confusions résultent d'une conception erronée de l'Universel et de l'Être, ou plus exactement d'une conception abstraite, objectivante, chosifiante, qui, comme le dit Pascal, pense la vie et la pensée avec les catégories utiles pour penser les choses de l'espace. Ni la vie, ni l'esprit ne peuvent être décrits en termes de propriétés localisables, répertoriales. L'individu et la personne ne sont pas deux choses juxtaposées comme le plateau et les pieds de la table, et les communications qui s'établissent entre les êtres conscients ne sont pas celles des vases communicants. On a d'ailleurs tort d'employer le mot communication qui, dit Gabriel Marcel (J.M. p. 175) implique des contenant, donc l'espace. Gabriel Marcel ne parlera pas de communication, mais d'intersubjectivité

qu'il définira comme une participation non objective (M.E. I p. 130).

Sa conception de l'Être permettra aussi à Gabriel Marcel de réfuter les idéologies opposées qui continuent sous d'autres noms à s'affronter encore aujourd'hui : l'individualisme (poussé au début du XIX<sup>ème</sup> siècle jusqu'au "*culte du moi*") et toutes les formes de collectivisme qui veulent en théorie et en pratique réduire l'homme à un produit de forces socio-économiques et ses idées à un reflet de ces forces (marxisme) ou faire de lui un carrefour dans une structure (structuralisme). Dans ce dernier cas, la responsabilité de l'homme est dissoute. Dans le premier, les liens sociaux sont subordonnés à "*l'épanouissement de l'individu*". A la limite, nous trouverions Sade et son **Français encore un effort pour être républicain**, c'est-à-dire le culte d'une liberté-licence, d'une liberté sans frein.

Comment alors défendre philosophiquement le christianisme qui affirme l'universalité de l'homme et donc la fraternité des hommes créés à l'image de Dieu, en même temps que la personnalité unique de chacun pour qui le Christ a donné telle goutte de son sang ? C'est aussi la question que l'on trouve sous-jacente à l'inquiétude de Gabriel Marcel.

Dans un texte publié in **Du Refus à l'Invocation** et intitulé : "*Remarques sur les notions d'acte et de personne*" dont pourtant la conclusion reste encore indécise, Gabriel Marcel répond nettement à la question : A quel sorte d'Universel s'oppose la personne ? C'est, dit-il, au "*on*" ou, pour reprendre le vocabulaire de Mounier à l'individu qui est "*le 'on' à l'état parcellaire*". Mais la réflexion seconde, la réflexion philosophique qui s'exerce sur les distinctions établies par le sens commun, va nous montrer que la personne et le "*on*" ne sont pas deux choses juxtaposées en nous. Le "*on*" résulte en chacun de nous d'une attitude de paresse, d'un abandon, d'un refus de réflexion. "*Le 'on' d'ailleurs, remarquons-le, dit G. Marcel, peut lui-même n'être pas, à rigoureusement parler, définissable. Et pourtant ses caractères distinctifs sautent aux yeux. En premier lieu, par définition, il est anonyme, il est sans visage. Il est en quelque manière insaisissable ; je n'ai pas de prise directe sur lui, il se dérobe, il est par essence irresponsable. Il est en un certain sens le contraire même d'un agent*" (R.I. 146).

"En réalité le **on** est une pensée déçue, une non-pensée, une ombre de pensée. Mais je constate que ce fantôme est à l'horizon de ma conscience, et l'obscurcit ; il me cerne, il risque de me cerner de toutes parts (je n'insisterai pas longuement sur ce point, qui est tout à fait clair, surtout dans un monde comme le nôtre qui est contaminé par la presse). La réflexion me montre d'ailleurs que le **on** n'est pas seulement autour de moi ; ce serait trop peu dire que de déclarer qu'il m'investit : il pénètre en moi, il s'exprime en moi ; je passe mon temps à le refléter. Mes opinions, la plupart du temps, ne sont pas autre chose que cette reproduction du **on** par un **je** qui ne sait même pas qu'il le reproduit. Dans la mesure où je reflète mon journal sans même me douter que c'est tel journal que je reflète, je participe au **on**, je le détaille, je le débite (ceci se traduit par des phrases naïves telles que 'chacun sait', 'on ne peut pas douter', etc...)" (R.I. 146-147). "Ici se pose à nous un pseudo-problème conjuré par l'imagination. Entre ce **on** investisseur et ce **on** investi, comment trouver une place pour la personne ? Comment la localiser ? Le problème présenté en ces termes ne comporte aucune solution, il est vide de sens. Toute prétention à localiser en quelque sorte la personne repose sur une confusion" (R.I. 147).

Au contraire, la personne, c'est ce qui en nous agit, et d'abord réfléchit, car l'action implique réflexion, donc, elle envisage, évalue, et enfin affronte : "De ce point de vue nous dirons que le courage est la vertu maîtresse de la personne - au lieu que le **on** apparaît comme le lieu même de toute fuite, de toute évasion. Rien n'est plus caractéristique à cet égard que la démarche intellectuelle de celui qui, n'osant pas prendre position, s'abrite derrière cette sorte de bouclier : on prétend que... on assure que... Celui qui parle ainsi ne s'identifie même pas à ce **on**, il se cache littéralement derrière lui" (R.I. 147) Dans **Pour une Sagesse Tragique** Gabriel Marcel précise que "ce courage consiste avant tout à regarder la vérité en face, il s'oppose à la tricherie sous toutes ses formes. Non pas seulement à la tricherie : à la feinte" (P.S.T. 126).

La personne réfléchit sur une opinion exprimée devant elle. Par exemple, sur cette opinion marxiste que les idées sont le reflet des infrastructures. La personne ne se laisse pas envahir par les idées des autres, mais recherche la vérité qui bien sûr peut lui être révélée

par le témoignage d'autrui, mais qui doit être comprise et reconnue par la personne. Il faut donc bien comprendre que la personne n'est pas un bloc fermé, obstiné, incapable d'accueillir une idée autre que celle qu'elle croit la sienne mais qu'elle n'est pas non plus influençable au sens passif du terme. Elle est une liberté et on peut définir chez Gabriel Marcel la liberté comme une volonté de rechercher la vérité et de l'accueillir quand elle nous est révélée par un autre. *"Il apparaît immédiatement que l'être ainsi considéré ne constitue pas un tout autonome, et il n'est aucunement self-contained. Il est au contraire exposé à, il est ouvert à... Il est aussi peu comparable que possible à un bloc compact qui ne laisserait rien passer. On peut encore dire qu'il est perméable. Mais ici comme toujours l'image objective doit subir une sorte de correction à partir de mon existence, de la conscience que j'ai de moi-même comme existant. Ce que nous visons n'est pas à proprement parler une porosité semblable à celle d'un vase par exemple"* (M.E.I. 160).

Cette volonté d'accéder à la vérité résultant d'une libre remise en question des opinions (3), est déjà un acte et elle engendre des actes, par exemple : se décider à combattre telle idéologie, à défendre telle personne injustement accusée, etc...

Un acte est quelque chose que j'assume : *"c'est-à-dire écrit Gabriel Marcel, que la personne doit s'y reconnaître"* (R.I. 150) ce qui suppose qu'assumer *"c'est en un certain sens affronter, mais, chose étrange, affronter son propre passé : c'est-à-dire quelque chose qui est derrière soi. Il y a là un paradoxe dont la portée métaphysique me paraît incalculable"*(R.I. 151).

La portée métaphysique de ce paradoxe est *"incalculable"*, car il manifeste une certaine indépendance de la personne par rapport à l'écoulement du temps. En effet, assumer un acte veut dire que je le reconnais comme mien et que j'accepte d'en supporter les conséquences dont la plupart sont imprévisibles. Par conséquent, lorsque ces conséquences devront être assumées, je n'objecterai pas que je suis devenu un être différent de celui qui a agi dans le passé. Par exemple, lorsque nous mettons un enfant au monde, nous acceptons de l'élever, de l'orienter dans la vie. Cependant nous ne l'avons pas choisi, nous ne savons pas ce qu'il sera, ni dans quelles circonstances nous aurons à tenir nos engagements (4).

Nous pouvons tirer de ce texte deux conclusions :  
 1° La personne est ce qui s'oppose réellement au "on" présent en nous, à condition de ne pas comprendre ce "on" comme une couche de "social", si j'ose dire, qui existerait en nous indépendamment de nous. Le "on", c'est ce qui résulte d'une dégradation par la paresse et l'irréflexion. Cette dégradation porte sur l'intersubjectif ou l'interpersonnel (Gabriel Marcel emploie les deux expressions), disons en termes plus courants et moins précis, sur des liens vivants, des échanges vivants.

Le "on" résulte donc non seulement du refus de réfléchir, mais aussi du refus de l'amour si celui-ci est bien, d'abord, disponibilité au réel. Pour Gabriel Marcel, en effet, l'intersubjectivité est nécessaire à la constitution du sujet : être, pour Gabriel Marcel, c'est être "ouvert aux autres". Que serions-nous, en effet, si le sentir ne nous révélait pas le monde sensible (c'est-à-dire si nous étions aveugles, sourds, privés de tact), si nous restions fermés aux autres et à Dieu, c'est-à-dire incapables d'aimer et les autres et ce que nous offre leur amour. A notre naissance, en effet, nous avons reçu des êtres qui nous aimaient la nourriture mais aussi une langue qui nous a mis en communication avec nos contemporains, bien sûr, mais surtout avec les richesses spirituelles laissées par nos ancêtres. Nous avons trouvé des champs cultivés, des maisons, des oeuvres d'art, des réalisations scientifiques et techniques, un Droit, une morale, une religion. Que serions-nous sans cet héritage économique et spirituel que nous avons à faire fructifier et qui fait de nous des êtres civilisés : capables de jouir de la Beauté, de la Vérité, du Bien, et ainsi de se rapprocher de Dieu ? Nous tendrions vers les seuls échanges qu'exige la vie animale, c'est-à-dire vers le néant. C'est cet héritage que certains, aujourd'hui, s'acharnent à détruire pour faire de nous des orphelins destinés à mourir célibataires, mais parfaitement manipulables par la propagande.

Dans **Les Hommes contre l'humain**, Gabriel Marcel a repris la critique du "on" en termes de masse. Ce livre, a-t-il dit, devrait avoir pour titre *"les masses contre l'homme"* ; il faut bien préciser que la masse, ce n'est pas le peuple, c'est l'agglutination des "on". *"C'est la propagande qui tend à constituer la masse comme telle, en répandant chez les individus qu'elle tend à agglutiner en les électrisant, l'illusion qu'ils peuvent accéder à*

*une conscience de masse, et que cette masse constitue quelque chose de plus réel et de plus valable que ce qu'ils sont lorsqu'ils sont pris séparément" (H.C.H. 167).*

Le "on", ce n'est pas en nous la culture dont nos parents et nos maîtres nous ont alimentés, mais c'est son refus et sa dégradation en opinions toutes faites et en thèmes de propagande. Je ne dirais pas que le "on" est en nous créé par nous, mais qu'il est, si j'ose dire, "décréé" en nous par notre refus d'assumer, de réfléchir, d'aimer. Il est une sorte de résidu mort de ce que peut nous apporter l'intersubjectif. C'est alors que nous devenons esclaves, car on ne peut échapper aux autres : quand nous ne cherchons pas avec eux la Vérité et que nous ne les aimons pas, nous devenons esclaves, et des services qu'ils peuvent nous rendre, et des opinions qu'ils nous imposent par la propagande. Il ne reste plus alors entre les hommes que des rapports de "maître à esclave", tels que les a décrits Hegel et qui conduisent l'humanité à l'anéantissement.

Deuxième conclusion : La personne s'affirme comme une activité agissante, non dissociable des actes qui la révèlent. Elle n'en est, non plus, ni la somme, ni l'unité si on comprend cette unité comme substrat ou comme forme au sens Kantien, car la personne n'est pas une chose indépendante du corps et des circonstances concrètes dans lesquelles elle agit. Déjà, dans le **Journal Métaphysique**, Gabriel Marcel faisait remarquer que séparer le contenu contingent de ma vie et l'universalité de la forme (au sens Kantien du terme) conduit à des questions absurdes : *"Pourquoi ne suis-je pas un musicien russe, un usurier portugais ou un nègre du lac Tchad ? En d'autres termes, je bute contre un donné irréductible" (J.M. 284).*

L'analyse qui conduit à cette conclusion est dirigée contre la conception idéaliste de la personne universelle, rationnelle, ce qui m'amène à la seconde partie de ce travail sur laquelle je n'insisterai pas, rappelant seulement qu'à l'origine de la réflexion philosophique de Gabriel Marcel, il y a précisément son refus du néo-Kantisme représenté en France par Brunschvicg, le refus de la personne conçue comme un "*je transcendantal*" libre mais impersonnel, si j'ose dire. Cette opposition est évidente dans le célèbre dialogue entre Brunschvicg et Gabriel Marcel lors du congrès Descartes en 1936 : A Brunschvicg qui lui objectait que "*la mort de Gabriel*

Marcel importait plus à Gabriel Marcel que celle de Léon Brunschvicg à Léon Brunschvicg", Gabriel Marcel répondit "qu'il pouvait très bien envisager, surtout dans les états de fatigue, sa mort comme une délivrance, mais qu'il ne pouvait supporter l'idée de la disparition totale de l'être aimé", c'est-à-dire selon le néo Kantisme Brunschvicgien sa dissolution dans la connaissance universalisable. L'éternité de Brunschvicg disait Lansberg, c'est une bibliothèque éternelle. Au contraire dit Gabriel Marcel : "Ce qui me rapproche d'un être, ce qui me relie effectivement à lui, ce n'est pas du tout de savoir qu'il pourra vérifier et approuver une addition ou une division que j'aurai faite pour mon compte, c'est bien plutôt de songer qu'il a traversé comme moi certaines épreuves, qu'il est soumis aux mêmes vicissitudes, qu'il a eu une enfance, qu'il a été aimé, que d'autres êtres se sont penchés sur lui et ont espéré en lui ; c'est aussi de penser qu'il est appelé à souffrir, à décliner, à mourir. Cette communauté-là est bien liée si l'on veut à l'expérience de la faiblesse, mais cette faiblesse change de nature lorsqu'elle se pense comme destin. Il me paraît de toute évidence que c'est uniquement ainsi qu'il est possible de donner un contenu au mot **fraternité**, que le rationalisme a tout faussé en introduisant dans les rapports humains un élément d'abstraction qui dépersonnalise les êtres, et que la philosophie démocratique ou laïque qui en est l'expression dégradée représente une déformation, une perversion absolue de la pensée évangélique à laquelle l'esprit d'abstraction est radicalement étranger" (R.I. 14). Visant le rationalisme néo Kantien Gabriel Marcel ajoute : "Pour autant que les hommes ont pu faire l'expérience d'une semblable doctrine, il faut avouer que celle-ci s'est révélée décevante à l'extrême. Plus exactement une telle expérience n'a jamais été et ne pourra jamais être effective : il est en effet de l'essence de cette doctrine de ne pouvoir être véritablement vécue, sauf peut-être par quelques théoriciens qui ne sont à l'aise que parmi les abstractions mais qui payent cette faculté par la perte de tout contact réel avec les êtres, et, ajouterai-je, avec les grandes réalités simples de l'existence. Pour l'immense majorité des humains, les entités, qu'un semblable rationalisme prétend assigner comme objet à la révérente attention de tous, ne sont que des simulacres derrière lesquels viennent s'abriter des passions incapables de prendre conscience d'elles-mêmes. Le péché des idéologues dont il aura été donné à notre

*génération, comme à celle du XVIIIème siècle finissant, comme à celle du second empire, non seulement de constater, mais de subir les effets désastreux, consiste peut-être avant tout à faire proliférer à l'infini le mensonge intérieur, à épaissir jusqu'à la rendre presque inextirpable la taie qui s'interpose entre l'être humain et sa nature véritable" (H.V. 24-25).*

Concluons ces deux premières parties : contrairement à ce que l'on croit trop souvent, l'homme n'a pas à choisir entre l'impersonnalité : (conformisme du "on" ou universalité d'une raison toute formelle) et l'engagement (hégéliano-marxiste) dans des rapports contingents de forces. Il a à choisir entre l'amour d'autrui (et de Dieu) et la mort, mort-impersonnalité (celle du "on" de la propagande idéologique ou celle de la philosophie idéaliste) ou mort-esclavage, aboutissement inévitable des rapports de forces dont le matérialisme historique veut nous convaincre qu'ils sont les seuls possibles entre les hommes. La conjonction du "on" et de l'esclavage, loin d'être exclue, est au contraire dans la logique de l'histoire, la réduction au "on" étant l'une des armes de la guerre subversive.

Alors me dira-t-on la personne, c'est le moi individuel, unique ou plus exactement singulier et Gabriel Marcel va retomber dans l'individualisme. Ce n'est pas si simple, et cette troisième partie voudrait mettre en évidence ce que ce genre d'alternative a de dangereux. Gabriel Marcel va montrer, dans la première conférence d'**Homo Viator : Moi et Autrui**, que, au contraire, la personne en nous s'oppose au moi, comme elle s'oppose au "on". Et j'ajouterai, pour les mêmes raisons, car le moi est un appauvrissement comme le "on" est un appauvrissement.

A partir d'exemples, Gabriel Marcel met en évidence que le moi est **ce qui veut être reconnu** (admiré ou craint) par autrui. En présence des prétentions des autres "moi", il revendique ses possessions : que ce soit ses qualités propres ou des richesses extérieures. Le "moi" n'est donc pas une chose préexistante, une réalité isolable, il est une sorte d'accent que je confère à une partie ou un aspect de mon expérience. Ce "moi", cet accent qui se saisit presque inévitablement comme une enclave, comme une chose dans la mesure où justement je me le représente, où j'en ai une image, j'entends le sauvegarder contre les atteintes des autres. Il est en effet éminemment vulnérable, susceptible, c'est, dit Gabriel Marcel, une blessure que je porte en "moi" : "Encombré

de moi-même, je guette tout ce qui, émanant du monde inquiétant, tour à tour menaçant et complice, dans lequel je suis plongé, viendra panser balsamiquement ou, au contraire ulcérer, cette blessure que je porte en moi, **qui est moi.**" (H.V. 19) "Mais qu'est-ce donc que cette angoisse ou cette blessure ? demande Gabriel Marcel. Il faut répondre que c'est avant tout l'expérience écartelante d'une contradiction entre le tout que j'aspire à posséder, à m'annexer, ou même, si absurde que ce soit, à monopoliser - et la conscience obscure de ce rien, de ce néant que je suis malgré tout ; car, encore une fois, je ne peux rien affirmer de moi-même qui soit authentiquement moi-même ; rien non plus qui soit permanent, rien qui soit à l'abri de la critique et de la durée. D'où ce besoin éperdu de confirmation par le dehors, par l'autre, ce paradoxe en vertu duquel c'est de l'autre et de lui seul qu'en fin de compte le moi le plus centré sur lui-même attend son investiture" (H.V. 20).

Ce texte est essentiel : le "moi" apparaît à la réflexion seconde, c'est-à-dire à la réflexion philosophique, à la fois comme un néant, et comme une exigence de possession, possession des choses extérieures bien sûr, mais possession aussi de qualités, de talents, de tout ce qui en somme suscite l'estime ou l'envie des autres. Le "moi" (5) est une sorte d'idole qui masque le néant que je suis, car tout ce dont je puis m'enorgueillir m'a été donné. "Le meilleur de moi, dit Gabriel Marcel, ne m'appartient pas, je n'en suis aucunement propriétaire, mais seulement dépositaire. Il n'y a aucun sens, sinon dans un registre métaphysique qui n'est pas le nôtre aujourd'hui, à se demander d'où viennent ces dons, quelle en est la provenance. Ce qui importe au contraire au premier chef, c'est de savoir quelle attitude j'adopterai par rapport à eux. Si je les regarde comme un dépôt que je suis tenu de faire fructifier, c'est-à-dire au fond comme l'expression d'un appel qui m'a été lancé, ou même parfois d'une question qui m'a été posée, je ne songerai pas à m'en enorgueillir et à parader devant autrui, c'est-à-dire, encore une fois, devant moi-même. Mais à bien y réfléchir, il n'y a rien en moi qui ne puisse ou ne doive être regardé comme don. C'est pure fiction d'imaginer un moi préexistant auquel ils auraient été conférés en vertu d'un certain droit ou en rétribution de mérites préalablement possédés. Qu'est-ce à dire sinon que je dois percer à jour l'illusion infiniment tenace,

*il est vrai, à laquelle je cède chaque fois que je me regarde comme investi de privilèges indiscutables qui font de moi le centre de mon univers, et que du même coup je considère les autres soit comme des obstacles à réduire ou à tourner, soit encore une fois comme des échos amplificateurs appelés à favoriser ma naturelle complaisance à moi-même ? Cette illusion, je proposerai de la qualifier d'égoïsme moral, ce qui marque nettement à quel point elle est enracinée dans notre condition même" (H.V. 23-24).*

Le "moi" égoïste est me semble-t-il doublement sous le signe de l'avoir : 1° en lui-même il est appétit, désir, donc avoir, (car "désirer, c'est avoir en n'ayant pas, c'est-à-dire que l'élément psychique ou non-objectif de l'avoir existe déjà tout entier dans le désir" (E.A. 196), 2° le "moi" est "avoir", car il tend à devenir par la représentation objectivante que nous nous en faisons, une sorte de chose possédée dont il serait lui-même possesseur. On objectera que le "moi" est ouvert, et Gabriel Marcel dit bien que le "moi" le plus égoïste dépend des autres puisque justement il veut en être reconnu, mais précisément cela prouve que nous ne sommes pas des choses, que le moi n'est pas une chose à côté de la personne, mais un appauvrissement, une déchéance, un rétrécissement, une représentation de notre être dont la disponibilité et les échanges vivants sont réduits à des rapports de dépendance, de possession, d'esclavage (6).

Il me semble donc que le passage du "moi" à la personne, c'est précisément le passage de l'avoir à l'être, ou la transmutation de l'avoir en être. Par cette expression, Gabriel Marcel entend, en effet, le passage d'un rapport de communication préalablement appauvri, clos, à une intersubjectivité plus riche, c'est-à-dire à la Vie et à la Lumière que nous apportent les autres ou plus exactement, à travers eux, la Source de toute vie, cette "Lumière qui éclaire tout homme venant en ce monde".

Pour mieux comprendre qu'exister, c'est la liberté de transmuier l'avoir en être (et inversement), il faut reprendre le fameux exemple qui a illustré l'opposition : être-avoir (7). Un violoniste qui possède un Stradivarius éprouve inévitablement à son égard, quand il ne s'en sert pas, tous les sentiments d'angoisse que nous avons décrits à propos du moi, car ce violon risque d'être détérioré, volé, etc... Il peut même éprouver ces sentiments

à l'égard de ses propres mains quand elles sont constamment en danger, pendant une guerre par exemple. Mais dès qu'il joue, il oublie toutes ses craintes pour se mettre tout entier à la disposition de l'oeuvre musicale qu'il interprète. Il ne pense plus à ses mains, ni à son violon, ils font en quelque sorte partie de son être qui manifeste pour les auditeurs, une oeuvre belle au service de laquelle il a mis le meilleur de lui-même.

L'exemple est éclairant à tous points de vue, car nous voyons aussi que les échanges vivants avec un instrument de musique, avec les hommes qui écoutent le violoniste, ce que j'appellerais les échanges horizontaux, ne sont possibles que par la disponibilité de tous à l'égard d'une réalité invisible et transcendante : l'oeuvre musicale, donc par l'intervention de ce que l'on peut qualifier de dimension verticale. Je dirais encore que la transmutation se produit quand les "dons donnés" : le talent du violoniste, le violon, deviennent des "dons donnant" si j'ose dire. N'oublions pas que recevoir un don n'est pas quelque chose de passif, c'est un acte d'attention, d'ouverture, en un mot de disponibilité.

Tout ce qui précède met en évidence le caractère essentiel de la personne (déjà noté à propos de l'opposition de la personne et du "on") : la disponibilité (8), une disponibilité qui est, je vais le montrer, créatrice.

1° Elle n'a rien de commun avec la vacuité passive envahie par le "on". Elle est active, réfléchie, elle assume, elle est liberté : *"Disons encore que je tends à m'affirmer comme personne dans la mesure où, assumant la responsabilité de mes actes, je me comporte comme un être réel, participant à une certaine société réelle (et non pas comme un rêveur qui détiendrait le singulier pouvoir de modifier ses rêves, mais sans avoir à se demander si cette modification se répercute dans l'au-delà hypothétique où existent les autres). Nous pourrions dire encore, et du même point de vue, que je m'affirme comme personne dans la mesure où je crois réellement à l'existence des autres et où cette croyance tend à informer ma conduite. Qu'est-ce-ici que croire ? C'est réaliser ou encore affirmer cette existence en elle-même, et non pas seulement dans ses incidences par rapport à moi. Personne - engagement - communauté - réalité : il y a là une sorte de chaîne de notions qui ne se laissent pas à proprement parler déduire les unes des autres"* (H.V. p. 27) (9).

2° La disponibilité de la personne est indissolublement ouverture aux autres et ouverture au Transcendant, à Dieu qui est amour : *"on a dit quelquefois de nos jours : "la personne est vocation" ; c'est vrai si l'on restitue au terme de vocation sa valeur propre, qui est d'être un appel, ou plus précisément une réponse à un appel. Il ne faudrait d'ailleurs pas être dupe ici d'une mythologie. Il dépend en effet de moi que cet appel soit reconnu comme appel, et en ce sens, si singulier que ce soit, il est vrai de dire qu'il émane à la fois de moi et d'ailleurs ; ou plutôt nous saisissons en lui la plus intime connexion entre ce qui est de moi et ce qui est de l'autre, connexion nourricière ou constructrice qui ne peut se relâcher sans que le moi s'anémie et incline vers la mort" (H.V. 28-29).*

3° Ces deux caractères (activité et ouverture) sont liés, car la créature humaine ne peut donner que ce qu'elle a reçu, mais c'est en donnant qu'elle est véritablement ou plus exactement qu'elle devient ce qu'elle est, c'est-à-dire qu'elle se crée en contribuant à créer autrui. Ajoutons que la personne se crée en se conquérant sur le "on" et sur le moi-égoïste des désirs et des appétits. Nous sommes très près ici, je crois, de la parabole évangélique des talents. Mon "moi" véritable (10) (la personne) c'est la parcelle de création qui est en moi, le don qui m'a été accordé de toute éternité de participer au drame universel, de travailler par exemple à humaniser la Terre, ou au contraire de la rendre plus inhabitable. Mais en fin de compte de telles précisions sont fallacieuses : *"quiconque a aimé sait bien que ce qu'il a aimé dans l'autre ne se laisse pas réduire à des qualités désignables - et précisément, ce mystère qui est moi-même, c'est ce qui en moi n'est révélé qu'à l'amour" (H.V. 182).*

Le processus de création, qu'il s'agisse de l'oeuvre d'art ou des personnes humaines est donc identique : *"Ce qui est essentiel chez le créateur, c'est l'acte par lequel il se met à la disposition de quelque chose qui sans doute en un certain sens dépend de lui pour être, mais qui en même temps se présente à lui comme au-delà de ce qu'il est et de ce qu'il peut juger capable de tirer directement et immédiatement de soi. Ceci s'applique de toute évidence à l'artiste, à la mystérieuse gestation qui rend seule possible l'apparition de l'oeuvre d'art. Il n'est pas besoin d'y insister. Mais ce qu'il faut rappeler, c'est que le processus créateur, pour être moins apparent, n'est pas moins effectif là où se réalise un*

développement personnel quel qu'il soit. Seulement ici, ce qu'il appartient à la personne de créer, ce n'est pas un ouvrage en quelque façon extérieur à elle et susceptible d'affecter une existence indépendante, en vérité c'est elle-même. Comment ne pas reconnaître que la personne ne se laisse pas concevoir en dehors de l'acte par lequel elle se crée, mais en même temps que cette création se suspend en quelque manière à un ordre qui la dépasse ? Cet ordre, il lui apparaîtra tantôt qu'elle l'invente, tantôt qu'elle le découvre, et la réflexion montrerait d'ailleurs qu'entre invention et découverte il y a toujours continuité, bien loin qu'entre l'une et l'autre se puisse établir une démarcation aussi rigoureuse que l'admet ordinairement le sens commun" (H.V. 31).

Le principe de toute création est donc l'amour, amour des êtres à la réalisation desquels on participe, tout en se créant soi-même : "Aimer un être, c'est attendre de lui quelque chose d'indéfinissable, d'imprévisible, c'est en même temps lui donner en quelque façon le moyen de répondre à cette attente. Oui, si paradoxal que cela puisse paraître, attendre, c'est en quelque façon donner ; mais l'inverse n'est pas moins vrai : ne plus attendre, c'est contribuer à frapper de stérilité l'être dont on n'attend plus rien, c'est donc en quelque manière le priver, lui retirer par avance - quoi exactement, sinon une certaine possibilité d'inventer ou de créer ? Tout permet de penser qu'on ne peut parler d'espérance que là où existe cette inter-action entre celui qui donne et celui qui reçoit, cette commutation qui est la marque de toute vie spirituelle" (H.V. 66-67).

L'amour nous donne à la fois notre consistance et notre personnalité : "Il est vrai d'une manière générale de dire que la trempe d'un être se reconnaît et s'éprouve à la fidélité dont il est capable" (H.V. p. 184). Nous sommes devenus ce que nous sommes : uniques et irremplaçables, en rencontrant et en aimant telles oeuvres d'art, tels paysages, tels êtres humains, eux aussi uniques et irremplaçables.

La création transcende, en effet, "l'opposition de la contingence et de la nécessité". Gabriel Marcel le montre, en particulier, à propos de Ver Meer : "Il n'a été Ver Meer qu'en tant qu'il a eu à peindre la **Vue de Delft** ; ne disons pas **parce qu'il a peint la Vue de Delft** ; car la conjonction **parce que** prise dans sa portée causale

*ne convient ici en aucune manière. Il n'y a rien dans un cas de ce genre qui se laisse réduire à une relation de cause à effet" (M.E. I p. 150).*

Dans ces conditions, on le voit la création humaine n'est pas création **ex nihilo**, elle est illumination, elle est suspendue à un ordre qui nous dépasse. *"Au départ de toute création, visible ou non, on découvre la même présence, et, ajouterai-je, la même sommation de l'Etre à l'âme qu'il investit, mais aussi l'acte, identique en ses spécifications infinies, par lequel l'âme rend témoignage à cette même présence qu'il lui est au reste donné de pouvoir récuser, c'est-à-dire annuler, dans la mesure même où elle est âme, c'est-à-dire liberté" (R.I. 16) (voir aussi H.V. 130).*

En résumé, la personne, c'est notre être invisible, libre, ou en d'autres termes, notre essence qui est principe et fin de notre existence. Principe en tant qu'exigence, fin en tant qu'épanouissement dans l'invisible : *"Ce moi-même auquel j'ai à être fidèle ne peut être que l'appel qui m'est lancé au plus profond de moi - l'appel à devenir ce que littéralement et apparemment je ne suis pas" (M.E. I p. 158) (voir aussi M.E. I pp. 149-150-160).*

L'opposition de la personne au **moi** (égoïste) et au **"on"**, ce n'est donc pas l'opposition d'une chose à d'autres choses qui nous constitueraient, mais celle de deux attitudes qu'un être libre peut adopter : il peut soit se construire, se créer en étant disponible aux autres et à l'Etre transcendant qu'est Dieu, soit s'abandonner, se dégrader, en se laissant réduire à ses désirs et à ses appétits ou envahir par le **"on"** (intersubjectivité dégradée) (11).

C'est pourquoi Gabriel Marcel a pu dire que la devise de la personne *"n'est pas **sum**, mais **sursum**" (H.V. p. 32).* Dans ce texte, le **sum** désigne l'existence et le **sursum** l'être. Gabriel Marcel commente : *la personne, "elle se saisit bien moins comme être que comme volonté de dépasser ce que tout ensemble elle est et elle n'est pas, une actualité dans laquelle elle se sent à vrai dire engagée ou impliquée, mais qui ne la satisfait pas : qui n'est pas à la mesure de l'aspiration avec laquelle elle s'identifie" (ibid).*

Avant de conclure, il importe de faire une remarque sur la méthode de Gabriel Marcel pour répondre à une

objection. Pourquoi, dira-ton, Gabriel Marcel imagine-t-il, au delà des phénomènes, un être invisible qui n'est localisable ni dans l'espace, ni dans le temps ?

Les analyses de Gabriel Marcel ont pour but de nous faire prendre conscience de notre tendance spontanée à méconnaître l'invisible que nous sommes et celui dans lequel nous vivons. Le réel pour nous, c'est le sensible. or, notre être invisible (ou la personne), c'est notre liberté. Nous n'avons pas à prouver son existence, mais à en prendre conscience et nous pouvons le faire à chaque instant, maintenant par exemple, dans l'effort même que nous faisons pour comprendre Gabriel Marcel.

La réflexion philosophique (Gabriel Marcel l'appelle réflexion seconde) s'exerce sur les opinions que nous avons reçues, en l'occurrence celles qui affirment que nous nous réduisons à l'entrecroisement de forces socio-économiques (le "on") ou à la somme de nos appétits, (le moi). Mais précisément si nous nous réduisons à cela, nous ne nous en rendrions pas compte. L'animal ne se demande pas s'il n'est qu'une somme d'appétits. La réflexion seconde, comme le doute cartésien, qui est aussi une forme de la réflexion philosophique, est la manifestation de notre être invisible.

C'est l'expérience de nous-mêmes retrouvée grâce à la réflexion seconde qui éclaire ce paradoxe qu'est notre être. Contrairement aux objets du sens commun et aux phénomènes qui permettent les vérifications scientifiques, il est invisible, non localisable, non temporel. Non localisable, puisqu'il n'est que s'il s'ouvre à autrui et au Transcendant ; non temporel, puisque selon le mot de Nietzsche, repris par Gabriel Marcel : "*nous avons (dans le temps) à devenir ce que nous sommes*"; l'être est principe et fin de l'existence. Il se construit par la réflexion et par tous les actes véritables qui en résultent, actes qui interviennent toujours dans un contexte concret (12). Invisible, enfin, car l'être fait l'unité et le sens du sensible, comme ma pensée et celle du lecteur, toutes deux invisibles, font l'unité et le sens des mots entendus ou imprimés. Rappelons qu'il ne faut comprendre cette unité ni comme un substrat, ni comme une forme intemporelle (H.C.H. p. 166), mais comme vie, acte créateur.

Cette analyse de la personne confirme la conception de l'être comme *coesse* (être, c'est être avec) à laquelle Gabriel Marcel a abouti aussi par d'autres voies : la réflexion sur le sentir, la foi, l'espérance, etc. Il la résume ainsi dans son **Testament Philosophique** : *"Dans ma pensée, les essences, je crois l'avoir écrit quelque part, sont les modalités de la Lumière qui pour parler comme St Jean, éclaire tout homme venant en ce monde ; mais, il convient d'ajouter aussitôt, qu'il s'agit d'une Lumière qui est joie d'être Lumière, et si l'on entreprend de dégager les implications d'une telle formule, on s'aperçoit qu'elle suppose une multiplicité indéfinie d'êtres qu'elle suscite, non seulement pour les éclairer, mais pour qu'ils deviennent éclairants à leur tour"* (R.M.M. 1969).

Cette conception de l'être permet d'échapper à l'individualisme tout en affirmant que ce *"qui vaut réellement en nous, c'est ce qui n'est pas justiciable de la comparaison, ce qui n'a pas de commune mesure avec autre chose"* (H.V. p. 23).

Elle permet aussi d'échapper à un universalisme impersonnel ou réducteur, tout en affirmant l'universalité de l'homme. L'universalité vient de la Lumière, c'est-à-dire de la vérité et notre dignité est liée au désir que nous avons de celle-ci.

Mais c'est à travers des épreuves personnelles, uniques, et par les actes individuels que j'ai accomplis dans les circonstances particulières où Dieu m'a placé, que je cherche le Vrai et que je participe à l'être pléromatique ou, en d'autres termes, à l'Universel concret. De même que des saints aussi différents que saint Paul, saint François d'Assise, sainte Jeanne d'Arc, saint Jean de la Croix, etc... imitent pourtant tous Jésus Christ dont ils sont le corps, de même, c'est par notre disponibilité à l'égard de l'Universel que nous devenons des êtres personnels (13).

De ces analyses, nous tirerons trois conclusions :

1° C'est en partant de la prise de conscience de l'expérience humaine et en en cherchant la signification que Gabriel Marcel retrouve (14) la révélation chrétienne et peut lui donner une base philosophique. Cela est très net aussi dans les expériences dont nous n'avons pu parler, par exemple, dans le sentiment du sacré que nous éprouvons devant un enfant (15).

2° Sur la nature véritable de notre être (de la personne) qui est, en son essence, amour, à condition de ne pas désigner par ce mot un état affectif, mais une disponibilité de tout l'être aux autres et à la Lumière de la Vérité ; ainsi l'amour est-il à la fois le principe de notre individuation et de l'intersubjectivité qui nous nourrit, il est aussi témoignage d'éternité : *"Il n'y a pas d'amour humain digne de ce nom qui ne constitue aux yeux de celui qui le pense à la fois un gage et une semence d'immortalité ; mais d'autre part, il n'est sans doute pas possible de penser cet amour sans découvrir qu'il ne peut pas constituer un système clos, qu'il se dépasse en tous sens, qu'il exige au fond, pour être pleinement lui-même, une communion universelle hors de laquelle il ne peut se satisfaire, et est voué en fin de compte à se corrompre et à se perdre ; et cette communion universelle elle-même ne peut se suspendre qu'au Toi absolu"* (H.V. p. 212).

3° La personne, pour un Droit positif digne de ce nom, n'est pas seulement le sujet responsable qui doit obéir aux lois d'une cité. Le Droit des gens, le respect des enfants et de la volonté des morts témoignent que le Droit protège aussi la personne au sens philosophique de ce terme (16) : une plénitude à laquelle tout homme est appelé, l'enfant (dès sa conception), comme le coupable qui peut se convertir. Pour ne pas tomber dans les aberrations couvertes par l'expression particulièrement confuse *"d'épanouissement de la personnalité"*, il faut entendre que cette plénitude est éternelle et qu'elle n'est pas mise en danger, au contraire, par la discipline imposée à nos désirs, même pas par la suppression de certaines libertés légitimes d'agir (voyager par exemple), mais par toute atteinte à la liberté véritable qui est d'aimer, *"d'être ensemble dans la Lumière"* (de la Vérité). Nous dépendons inévitablement des autres, le Droit doit veiller à ce que cette dépendance ne se transforme pas en esclavage, ce qui est le cas, dit Gabriel Marcel : *"Lorsque l'individu lui-même en quelque pays que ce soit, se trouve non seulement dépendant, mais encore dans un très grand nombre de cas, contraint d'accomplir des actes que sa conscience désapprouve"* (H.C.H. p. 19). Cette liberté de ne pas faire certains actes est évidemment la condition minimale de la liberté ontologique véritable.

## NOTES

(1) Je n'insisterai pas sur l'histoire fort intéressante de ce terme. Dans la traduction grecque de l'**Ancien et du Nouveau Testament**, **Prosopon** désigne ce qui est devant ou contre l'oeil, le visage, la face. C'est évidemment une image : parmi les réalités désignées par cette image du visage, nous trouvons le masque des acteurs qui était, paraît-il, plus vrai que le visage de l'acteur, le personnage social, la personne juridique, la personne morale, etc... Le mot latin a les mêmes sens embarrassant sauf, celui de visage. Quant au sens théologique, il est d'autant plus embarrassant que le mot français personne traduit deux termes grecs : **prosopon** et **hypostasis**.

(2) **Archives de Philosophie du Droit**, 1953, p. 26.

(3) Par ce mot : opinion, Gabriel Marcel désigne des jugements admis sans réflexion ou reçus passivement d'autrui.

(4) Gabriel Marcel termine : **ces Remarques sur les Notions d'acte et de personne** d'une façon assez indécise : "Pour dire le fond de ma pensée, je pense d'une part que la personne n'est pas et ne peut pas être une essence, et d'autre part qu'une métaphysique édifiée en quelque sorte à l'écart ou à l'abri des essences risque de s'évanouir comme un château de cartes." (R.J. 152). Plus tard, Gabriel Marcel n'hésitera pas à considérer la personne comme une essence, car pour lui l'essence ne se définira plus comme une sorte d'hypostase ou une entité douée de certains caractères abstraits et identiques en tout homme donc comme quelque chose de plus pauvre que l'individu humain, mais au contraire comme une richesse et comme une lumière à laquelle chacun de nous participe. Cette conception de l'être lui permettra d'évacuer les questions qui terminent le texte **Du Refus à l'Invocation** et sur lesquelles il est donc inutile de s'attarder.

(5) Il faudrait préciser : moi-égoïste, car évidemment, Gabriel Marcel emploie aussi le mot moi, dans son sens courant pour désigner mon être, mon expérience comme dans le texte que je cite ensuite.

(6) C'est peut-être la plus lourde responsabilité du marxisme (et sans doute aussi de l'hégélianisme) d'avoir enseigné que les seuls rapports entre les hommes étaient des rapports de forces, des rapports de maîtres à esclaves, méconnaissant ainsi que le fondement de toute communauté véritable, c'est l'amour ou cette **Koïnonia** dont parle Aristote.

(7) Cette opposition a été souvent très mal comprise, car on a tendu à oublier qu'il s'agit de deux verbes, donc de deux attitudes actives et non de deux choses.

(8) "Ce mot, bien entendu, ne signifie nullement vacuité, comme lorsqu'on parle de 'local disponible', mais il désigne bien plutôt une aptitude à se donner à ce qui se présente et à se lier par ce don ; ou encore à transformer les circonstances en occasions, disons même en faveurs : à collaborer ainsi avec son propre destin en lui conférant sa marque propre" (H.V. p. 28).

(9) Voir aussi M.E. II pp. 19-20. Il en résulte que : "on ne peut pas dire à la rigueur que la personne soit bonne en soi ou qu'elle soit un bien : la vérité, c'est bien plutôt qu'elle commande l'existence d'un monde où il y a un bien et un mal" (H.V. p. 28).

(10) Dans ce texte, Gabriel Marcel prend le mot "moi" dans son sens courant et désigne ainsi mon être, la personne.

(11) Voir aussi P.S.T. p. 128.

(12) Il faudrait pour mieux le comprendre exposer les théories Marce-liennes de la durée et de l'éternité.

(13) Voir pour plus de précisions M.E. I p. 197.

(14) Et, en fait, a retrouvé puisqu'il s'est converti.

(15) Voir dans les actes du congrès international de Mexico, la commu-nication qu'il a donnée.

(16) Nous pourrions parler de la Déclaration des **Droits de l'homme** si celle-ci ne faisait en fin de compte dans ses intertextions les meil-leures, que reprendre le Droit des gens.

## SIGLES

- J. M.** : **Journal métaphysique**, Paris, Gallimard, 1927.
- E. A.** : **Etre et Avoir**, Paris, Aubier, 1935.
- R. I.** : **Du Refus à l'Invocation**, Paris, Gallimard, 1940.
- H. V.** : **Homo Viator, Prolégomènes à une métaphysique de l'espérance**, Paris, Aubier, 1944. (Nouvelle édition revue et corrigée, 1963).
- M.E.I.** : **Le mystère de l'être**, Vol. I : **Réflexion et mystère**, Paris, Aubier, 1951.
- M.E.II** : **Le mystère de l'être**, Vol. II : **Foi et réalité**, Paris, Aubier, 1951.
- H.C.H.** : **Les hommes contre l'humain**, Paris, La Colombe, 1951.

# A PROPOS D'UN TRAIT CARACTERISTIQUE DE LA NOTION DE DROITS DE L'HOMME

Par Javier HERVADA

## Présentation

J. Hervada est professeur ordinaire de philosophie du droit à l'Université de Navarre (Espagne). Cette université de renommée internationale publie sous sa direction la Revue "*Persona y derecho*" d'où est extrait l'article que nous publions présentement dans une traduction du professeur Alain SERIAUX.

L'un des objectifs essentiels de la Revue "*Persona y derecho*", et cet article en témoigne, est de réfléchir sur le développement moderne des droits de l'homme en relation principalement avec la notion de droit naturel. Il s'agirait au fond de montrer que ces deux notions bien comprises se rejoignent et peuvent aller de concert dans la même direction : une limitation de la toute puissance de nos gouvernants. La démarche est audacieuse lorsque l'on sait combien le professeur Michel Villey et son école se sont efforcés de montrer l'incompatibilité irréductible existant entre le droit naturel classique, fondé sur l'ordre universel des choses, et l'idéologie moderne des droits de l'homme, qui exalte partout et toujours l'individu. Toutefois de telles tentatives méritent d'être suivies avec la plus grande attention. Il serait après tout dommage de manquer, par un purisme philosophique d'ailleurs de bon aloi, une occasion précieuse de rappeler que tous les positivismes réunis ne nous feront jamais à coup sûr une bonne loi, un bon droit. C'est là le principal mérite de l'article que l'on va lire.

Même si le propre de la science est de chercher et de trouver des solutions, il est fréquent qu'on puisse contribuer à son progrès en soulevant des problèmes et des interrogations. Cet article souhaiterait contribuer à souligner une série de questions que pose à la philosophie du droit et, à un niveau plus profond, aux autres branches de la philosophie, une caractéristique essentielle des droits de l'homme. Je ne suis pas sûr de viser juste dans la position de ces problèmes et je demande par avance pardon pour les possibles erreurs que je commettrais ; en revanche, je puis assurer que je ne poserai point toutes les questions envisageables ; seules quelques unes apparaîtront ici. D'autre part, en posant ces problèmes, dans certains cas, je me permettrai de noter quelle solution me paraît envisageable ; d'ores et déjà, je tiens à souligner qu'il ne s'agit ici que de simples remarques - les questions ne sont pas faciles - et je ne prétend en aucune façon montrer autre chose qu'une opinion.

## 1. UN TRAIT ESSENTIEL DES DROITS DE L'HOMME

Lorsqu'on parle des droits de l'homme, par ces mots l'on veut désigner un type ou une sorte de droits, dont l'un des traits caractéristiques est d'être **préexistants** (ou "*antérieurs*", selon une expression plus fréquente) **aux lois positives**. C'est pour le moins à cette conclusion qu'aboutit le sens évident du langage utilisé, aussi bien par les déclarations anciennes ou récentes et les pactes internationaux que par les différents mouvements en faveur de ces droits ou - en général - par ceux qui en parlent ou écrivent à leur sujet. Il est certain que les droits de l'homme sont recueillis dans les textes légaux de beaucoup de pays, mais lorsqu'ils sont repris par des lois positives et qu'ils opèrent à travers elles, ils portent alors un autre nom, comme par exemple droits constitutionnels ou simplement droits positifs, sans autre spécification.

Par droits de l'homme, on entend communément ces droits - sans discuter à présent si cette expression est exacte - que l'homme possède, à cause de sa dignité de personne - ou, s'il l'on préfère, ces droits inhérents à la condition humaine -, qui **doivent être** reconnus par les lois ; si tel n'est pas le cas, on parle d'injustice et d'oppression. Et l'on admet même que le défaut de cette reconnaissance - le fait que de tels droits ne soient pas

respectés - fonde la légitimité du recours à la résistance, active ou passive. S'il s'agit de droits qui doivent être reconnus, dont la violation engendre l'injustice et jusqu'au droit à la résistance, la conclusion paraît évidente : par droits de l'homme, nous entendons des droits qui préexistent aux lois positives. C'est pourquoi, on dit de ces droits qu'ils sont **déclarés** ; et aussi qu'ils sont **reconnus** - et non pas qu'ils sont octroyés ou concédés - par les lois positives.

Comme il n'est pas possible d'analyser l'énorme masse de textes qu'exigerait un examen exhaustif des expressions utilisées, nous nous bornerons à quelques documents, parmi les plus importants. La Déclaration des droits de la Virginie (1776) dit dans sa section 1 : *"That all men are by nature equally free and independant and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive ou divest their posterity"*. Il est aisé d'observer l'influence de la pensée libérale dans la rédaction de ce passage, mais ce qui nous intéresse ici, c'est qu'on y parle d'**inherents rights**, de droits inhérents à tout homme, qu'ils possèdent par nature et qui sont antérieurs à l'état de société ; le droit de rebellion - le **appeal to heaven**, selon la célèbre expression de Locke -, est insinué dans la section 3 (1). Ce droit de modifier les régimes établis en violation des droits de l'homme fut la justification avancée dans la Déclaration d'indépendance (1776) des Etats-Unis d'Amérique. Dans cette déclaration on parle, comme d'une évidente vérité, des droits dont l'homme a été doté par le Créateur - c'est-à-dire, les droits naturels - en fonction desquels les gouvernements sont institués (2). La même idée de droits préexistants ou *"antérieurs"* aux lois positives, en fonction desquelles naîtraient les communautés politiques et les gouvernements, se retrouve dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Pour ses rédacteurs, l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements ; ces droits sont des droits naturels, inaliénables et sacrés ; l'Assemblée nationale les reconnaît et les déclare - et non pas : les octroie, les concède ou les constitue - et leur conservation est la finalité de toute communauté politique ; et parmi ces droits figure la résistance à l'oppression (art. 2). Indépendamment de l'influence que la pensée libérale de l'époque puisse avoir sur les nuances de rédaction de ces documents, il est

clair que les droits de l'homme - droits inhérents ou droits naturels - sont compris comme des droits que l'homme possède par lui-même, qu'ils préexistent aux lois positives, lesquelles sont considérées comme justes si elles respectent ces droits et injustes ou tyranniques dans le cas contraire.

La même idée de base, ou trait essentiel, des droits de l'homme, nous la retrouvons dans les documents internationaux de notre époque. La plus ancienne, la **Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme** (1948), évoque à maintes reprises les droits essentiels de l'homme, en affirmant que *"les Etats américains ont reconnu que les droits essentiels de l'homme ne naissent pas du fait d'être membre d'un Etat déterminé, mais qu'ils trouvent leur fondement dans les attributs de la personne humaine"*.

La **Déclaration universelle des droits de l'homme** (O.N.U., 1948) s'ouvre sur cette affirmation : *"La liberté, la justice et la paix dans le monde ont pour source la reconnaissance de la dignité intrinsèque et des droits égaux et inaliénables de tous les membres de la famille humaine"* ; ces droits doivent être *"protégés par l'Etat de droit, afin que l'homme ne soit pas contraint au suprême recours de la rébellion contre la tyrannie et l'oppression"* ; l'art. 1 déclare à son tour : *"Tous les hommes naissent libres et égaux en dignité et en droits"*, ce qui revient à dire que l'homme est porteur de tels droits par lui-même, et non par concession de la loi. C'est constamment que l'on évoque la reconnaissance, le respect et la protection et jamais, au contraire, l'octroi ou la concession. Or, il est clair que les lois reconnaissent, respectent et protègent ce qui leur préexiste ; ce qui existe par elles est en revanche octroyé et concédé. D'autre part, dans le langage de la Déclaration universelle, la tyrannie et l'oppression sont des *"actes de barbarie qui outragent la conscience de l'humanité"* et qui ont pour origine *"la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme"*.

Bien que de manière moins expressive, la **Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales** (1950) parle aussi de reconnaître, appliquer, protéger, développer et respecter les droits de l'homme, en même temps que l'art. 1 affirme que *"les Hautes parties contractantes reconnaissent à toutes personnes relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention"* ; l'absence

du verbe 'octroyer' et la présence du verbe 'reconnaître' renforcent à nouveau l'idée centrale sur les droits de l'homme que nous sommes en train d'exposer.

Cette même idée est exprimée en toute clarté dans le Préambule du **Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et politiques** (1966), où il est dit : "*Reconnaissant que ces droits découlent de la dignité inhérente à la personne humaine....*", phrase reproduite littéralement dans le **Pacte international relatif aux droits civils et politiques**.

Rappelons enfin, que le **Pacte de San José de Costa Rica** (1969), connu aussi sous le nom de **Convention américaine des droits de l'homme**, reconnaît, selon ses propres expressions, "*que les droits essentiels de l'homme ne naissent pas du fait d'appartenir à un Etat déterminé mais ont pour fondement les attributs de la personne humaine, ce qui justifie une protection internationale, de nature conventionnelle, renforçant et complétant celle qu'offre déjà le droit interne*".

D'autres témoignages sont inutiles, car il s'agit d'un aspect inhérent au concept-même des droits de l'homme : la notion de droits de l'homme exprime des droits préexistants aux lois positives, dont la violation engendre l'injustice.

## 2. LES DROITS DE L'HOMME ET LE CONCEPT DE DROIT

Si les droits de l'homme ne constituent pas un miroir aux alouettes, une fantaisie irréaliste ou simplement un sentiment sans fondement dans la réalité, si ce sont des réalités humaines, c'est-à-dire s'ils existent objectivement, il semble évident qu'ils ont un lien étroit avec le concept de droit. Je ne crois pas me tromper en disant que, jusqu'à présent, les philosophes du droit, en s'efforçant de parvenir au concept de droit, n'ont pas pris en considération - du moins suffisamment - les droits de l'homme. On peut dire que les droits de l'homme n'ont pas été un point important pour parvenir à la notion de droit. Bien plutôt, c'est l'attitude inverse qui a prévalu : soit une notion préconçue du droit, c'est à partir de cette notion que les - relativement - peu nombreux philosophes du droit qui ont traité des droits de l'homme, ont cherché à les caractériser.

Dès lors, si le concept de droit n'est pas un **a priori** mais le résultat de l'observation de toutes les réalités juridiques, il est clair que le chemin suivi jusqu'à présent est insuffisant, car on ne doit pas appliquer aux droits de l'homme un concept préalable du droit, mais au contraire, le concept de droit doit prendre en considération, entre autres réalités juridiques, les droits de l'homme.

Il est alors patent que nous nous trouvons immédiatement confronté à un problème crucial : les droits de l'homme sont-ils de véritables **droits** ? Chacun se rend compte que nous nous trouvons, avec une telle question, devant deux données difficilement conciliables. Si nous nous arrêtons au langage utilisé, nous observerons que personne n'a mis en doute la légitimité du mot **droit** appliqué aux droits de l'homme. La terminologie utilisée pour les désigner varie beaucoup : droits de l'homme, droits fondamentaux, droits naturels, droits essentiels, droits inhérents. Mais, en aucun cas on a hésité à les appeler droits. Pourquoi cette unanimité ?

L'autre donnée n'est pas si universelle, si unanime, mais n'en mérite pas moins d'être prise en considération : nombre de philosophes du droit et de juristes dénie aux droits de l'homme la qualité de droits proprement dits ; ils continuent de les appeler des droits, mais ils y voient plutôt - ici, la diversité des opinions éclate - des valeurs, des postulats politiques, des exigences sociologiques, etc... Où gît l'origine de ces opinions ? Sans doute - par delà d'autres traits possibles des droits de l'homme - dans ce trait essentiel dont nous avons parlé : préexister à la loi positive. C'est, en effet, le point commun entre ces auteurs que de nier qu'il puisse exister un droit proprement dit en dehors de la concession ou de l'octroi de la loi positive, car seule la loi positive est véritablement le droit, l'origine des droits originaires des sujets.

Il n'est pas nécessaire de souligner que, si ces différentes opinions ne nient pas qu'il existe des valeurs, des postulats ou des exigences que la loi positive doit prendre en considération, ils nient en même temps l'existence de droits de l'homme, tout en utilisant d'ailleurs à profusion cette expression et en défendant, parfois même ardemment, ces valeurs, postulats ou exigences qui, selon eux, **s'appellent** droits de l'homme, mais ne **sont pas** des droits.

Si maintenant, nous cherchons la raison de l'unanimité avec laquelle les droits de l'homme sont appelés "*droits*", la réponse, qui sans aucun doute doit être nuancée pour ne point tomber dans des inexactitudes indues, est la suivante : jusqu'à la généralisation du positivisme juridique au XIXème siècle, la conscience juridique commune - les exceptions ont été rares et statistiquement négligeables - a admis l'existence de véritables droits antérieurs à la loi positive - les juristes romains les appelèrent **inra naturalia** - et cette conscience, en dépit de l'extension des différentes formes de positivisme et de positions analogues, continue d'exister. Mieux encore : lorsque la théorie des droits de l'homme surgit avec les caractères que nous lui connaissons aujourd'hui, au XVIIIème siècle, nul ne douta qu'il s'agissait vraiment de droits et c'est ainsi qu'ils furent désignés. Durant plus de vingt quatre siècles - avec des formules différentes : le juste naturel, la loi divine, le droit naturel, etc... - nul ne remit en cause la possibilité de véritables droits préexistants à la loi positive et de nos jours, ils sont nombreux - et j'en fait partie (3) - ceux qui se rangent encore à cette opinion.

D'autre part, il me semble que nier que les droits de l'homme sont de véritables droits parce qu'ils sont préexistants à la loi positive est un a priori, c'est-à-dire, provient de l'adoption d'un concept de droit élaboré à propos des lois positives (étatiques ou non), sans que les droits de l'homme aient été pris en considération. Pour s'en convaincre, il suffit de lire les livres de philosophie du droit : nul, parmi ceux qui adoptent ce courant majoritaire, n'a pris garde aux droits de l'homme dans l'élaboration de sa notion de droit.

C'est là l'un des problèmes principaux que posent les droits de l'homme à la philosophie du droit : quelle réalité doit-on prendre en considération pour élaborer le concept de droit ? Quelles sont les données dont il faut partir ? La réponse est importante pour notre thème : si la réalité à prendre en considération - je ne dis pas comme point d'arrivée mais comme point de départ - est tout ce que la conscience juridique a tenu et tient comme étant du droit, il me semble que les droits de l'homme ne doivent pas être oubliés et alors il devient nécessaire d'éliminer comme point de départ l'équation "*droit = loi positive*" et reconnaître - au moins comme possibilité - l'existence de véritables droits **préexistants à la loi positive**.

Le plus significatif, peut-être, du point de vue des droits de l'homme, est que la solution que reçoit le problème posé a une incidence sur la notion même des droits de l'homme et sur leur existence en tant que droits. Si nous refusons aux droits de l'homme une véritable nature juridique, non seulement nous nions leur existence comme droits, mais encore l'idée sur laquelle ils reposent s'évanouit complètement, parce que les valeurs, postulats ou exigences - dont parlent différents auteurs - en tant que dimensions du droit, se transforment en valeurs, postulats ou exigences de la loi positive, ôtant aux droits de l'homme leur aspect de dimension propre de l'homme face à la loi positive. Et dans ce cas, que reste-t-il de l'idée de droit **inhérent** à l'être humain, contre lequel une injustice est commise - ou le prive de quelque chose qui est à lui - si on ne respecte pas ces droits ? A mon sens, ce n'est qu'à condition d'admettre une notion de droit, compatible avec l'existence d'un noyau fondamental de droit différent du droit positif, qu'une théorie de droits de l'homme est peut-être cohérente avec ce qu'elle cherche à exprimer, savoir : que la loi positive n'est pas souveraine face à l'homme, parce que ce dernier possède des biens juridiques inhérents qui préexistent à la loi positive et qui sont la mesure de la justice ou de l'injustice de la loi positive.

### 3. LE PHENOMENE JURIDIQUE EST-IL NATUREL OU CULTUREL ?

Vient alors une nouvelle question : le phénomène juridique, considéré en lui-même, est-il un phénomène naturel ou un fait purement culturel ? Qu'il soit clair qu'en posant cette question je ne cherche pas à donner à "*naturel*" et à "*culturel*" des sens exclusifs l'un de l'autre. Que le droit soit en grande partie oeuvre de culture est si évident qu'il est inutile de s'en expliquer. Le sens de la question est celui-ci : l'existence-même du phénomène juridique est-elle entièrement un fait culturel ? ou au contraire a-t-elle une base naturelle ? Prenons quelques exemples. L'aéronautique est une invention humaine ; sans doute l'homme ne pourrait pas construire d'avions ni voler avec eux s'il ne respectait pas les lois physiques, mais il est hors de doute que l'aviation soit une invention humaine, une oeuvre de culture. La communication orale, en revanche, est un phénomène différent ; certainement chaque système de symboles - chaque idiome - est un

produit culturel, mais l'existence-même de la communication orale est naturelle et non culturelle : c'est la nature qui a doté l'homme d'un larynx, de cordes vocales, etc..., et l'homme est naturellement un être qui communique avec les autres. Le phénomène de la communication est naturel, bien que le code des symboles de communication, lui, soit culturel. Tel est le sens de la question : le droit a-t-il été **inventé** par l'homme, est-il une oeuvre entièrement culturelle, ou est-ce un phénomène connaturel à l'homme, bien que la législation concrète de chaque société ait une origine culturelle, c'est-à-dire positive ?

C'est là une question que l'existence des droits de l'homme pose nécessairement ; rappelons-nous que la théorie moderne des droits de l'homme naquit dans le contexte de la pensée du XVIIIème siècle sur la base de quelques droits qui précèdent la société. D'autre part, les documents contemporains ci-dessus confirment que les droits de l'homme sont préexistants à la loi positive ; dès lors, comment comprendre cette préexistence, sans être conduit à affirmer que le phénomène juridique est naturel à l'homme ? S'il était exclusivement et radicalement culturel, comment peut-on dire que quelque chose de juridique soit inhérent à l'homme, essentiel à lui, fondé sur les attributs de la personne humaine ? Les droits de l'homme deviendraient inintelligibles sans cette relation essentielle au droit. Quelle que soit l'opinion professée sur la nature des droits de l'homme, une fois leur existence admise, il semble impossible d'y voir quelque chose de différent du droit ; par suite leur existence met en crise la conception du phénomène juridique comme un simple fait de culture, comme une invention de l'homme.

La question pourrait être détournée en affirmant que les droits de l'homme sont aussi un produit culturel ; mais, - sauf erreur de ma part -, ceci équivaut à nier l'existence même de ces droits. Compte tenu des documents déjà cités, qui affirment que les droits en cause sont inhérents, essentiels à la condition humaine, à l'être de l'homme et qu'ils se dégagent de la dignité inhérente à la personne humaine, de deux choses l'une : ou bien de tels documents parlent d'une chose inexistante, ou bien les droits de l'homme ne sont pas un simple produit culturel, mais s'enracinent dans une juridicité connaturelle à l'homme. D'autre part, depuis leur naissance jusqu'à nos jours, ce qui renferme la notion de droits de l'homme est l'antique et permanente idée qu'il existe quelque

chose - appelé droits de l'homme ou encore droits naturels - que possède l'homme en tant que tel et que la loi positive doit reconnaître, sous peine de devenir injuste. Si les droits de l'homme n'étaient qu'un phénomène de culture, il faudrait y voir nécessairement des droits ou des biens juridiques non point reconnus, mais octroyés et créés par la société soit au moyen de la loi, soit au moyen de la coutume, soit enfin au moyen d'un consensus social généralisé. Mais telle n'est pas l'idée qui caractérise essentiellement les droits de l'homme. Car telle est la difficulté : comment voir dans le phénomène juridique un fait culturel, tout en reconnaissant comme vraie l'idée de droits de l'homme. Il n'est pas correct, me semble-t-il, de nier l'idée que les droits de l'homme préexistent à la loi positive et au consensus social. Le phénomène juridique est donc à sa base un phénomène naturel - il y a des réalités juridiques naturelles - dont les droits de l'homme sont une des expressions possibles.

Tout ce qui vient d'être dit, suppose que les droits de l'homme ne sont pas le résultat d'une idéologie inventée par l'homme, mais une réalité. Le fait psychologique en vertu duquel hommes et sociétés considèrent ces droits comme antérieurs à la loi positive et au consensus social, n'est pas dû à des facteurs purement culturels, mais à une expression naturelle de la raison naturelle. Ce qui revient à dire que l'idée des droits de l'homme comme préexistants au facteur positif est vraie parce qu'elle répond à une conformation réelle de l'être humain. D'où la nécessité, qui me semble s'imposer, pour la philosophie du droit, d'étudier le phénomène juridique en tenant compte des droits de l'homme pour établir la notion de droit.

#### 4. LES DROITS DE L'HOMME ET LA NOTION DE PERSONNE

Le trait essentiel de la notion des droits de l'homme, dont nous venons de parler, pose une question très importante relativement au concept juridique de "personne". Le concept de personne, qui prévaut à l'heure actuelle en doctrine du droit, est-elle compatible avec les droits de l'homme ? La personne est définie comme sujet de droits ou d'obligations ; ou encore comme sujet capable de droits ou d'obligations. Cependant ce n'est pas à cet égard que se pose la question en cause, mais sur deux

caractéristiques du concept de personne qui maintes fois sont présentes dans l'usage que font la doctrine, les juges et les tribunaux du concept de personne. Ces deux traits sont les suivants : a) Le fait d'être personne est lié au "*status*" ou rôle social ; b) le fait d'être personne est une concession de la loi positive ; en d'autres termes, n'est une personne que celui qui est considéré comme tel par la loi. Examinons séparément ces deux traits.

a) Une des idées les plus enracinées, et par suite les moins mises en évidence, est que les droits et les devoirs sont attribués en vertu du rôle que l'homme joue dans la vie sociale. L'origine ou le fondement des droits et devoirs serait le "*status*" ou "*état social*", ou encore, en termes simplifiés, le "*rôle*" social. C'est ici qu'apparaît la condition sociale, comme source des droits et des devoirs. Sans doute, nombre de droits et de devoirs sont liés à la condition ou à la charge sociale, mais on tire de cette considération une conclusion qui fait justement problème, savoir que **tous** les droits et devoirs émanent de la condition sociale et que par suite la personne au sens juridique est l'homme dans son contexte social. Telle est l'origine de cette fameuse et fort ancienne définition de la personne : la personne c'est l'homme dans son état ; ou encore de la définition romaine tout aussi fameuse : "*on est homme par nature, on est personne par l'état*". Les conséquences bien connues de cette définition sont les discriminations. Si, la plénitude des droits est possédée par une caste par exemple, seront par suite discriminés les hommes qui appartiennent à des castes considérées comme inférieures. Si le critère est la race, les hommes d'autres races feront l'objet de discriminations ; si, enfin, le critère est la noblesse, les humbles seront repoussés, etc... Or, un principe fondamental de la notion des droits de l'homme veut que ces droits ne doivent pas leur origine à la condition ou au rôle de la personne, mais sont inhérents au fait d'être homme. Ils sont mis ainsi en relation avec les attributs de l'être humain ou avec sa dignité ; par suite, les déclarations et pactes précités insistent sur le fait que tout homme possède ces droits indépendamment de sa condition sociale. Tout cela offre une indubitable transcendance, car ce principe n'est compréhensible que si l'on suppose qu'il y a un noyau de base de droits - les droits de l'homme - qui ne naissent ni ne dépendent de la condition de l'homme.

Tous les hommes en sont titulaires, quelle que soit leur condition, car ces droits préexistent à toute condition et en sont indépendants. Ce qui signifie que l'on ne devient pas personne au sens juridique par l'effet d'une quelconque condition sociale, mais par le simple fait d'être homme.

b) L'opinion suivant laquelle on est "*personne*" par concession de la loi positive, soulève le problème de sa compatibilité avec l'idée que certains droits ou biens juridiques préexistent à la loi positive. S'il existe de véritables droits de l'homme, non seulement en paroles mais aussi en réalité, l'incompatibilité est évidente. Si l'homme est sujet de droit par concession de la loi positive, il est personne indépendamment de cette loi. Si les droits de l'homme ne sont pas compris comme de véritables droits, mais si l'on admet au moins le minimum pour que l'idée de droits de l'homme ne s'évanouisse pas complètement (savoir, des biens juridiques inhérents à l'être humain), du coup l'on aura accepté la présence dans l'être humain de quelque chose qui, étant inhérent à lui, préexiste à la loi positive comme mesure de sa justice ou de son injustice. Ce minimum n'est rien d'autre que la reconnaissance de l'homme comme porteur et titulaire de biens juridiques qui lui sont inhérents, qui le constituent comme sujet devant le droit et non comme objet. Cette subjectivité juridique - être sujet devant le droit - constitue déjà l'homme comme personne, comme sujet devant la loi. Si en revanche, toute subjectivité juridique inhérente à l'être humain est repoussée, si l'on affirme que l'homme n'est pas en soi sujet devant la loi, si la personnalité juridique n'est qu'une création de la loi positive, il est alors évident que les droits de l'homme sont inadmissibles en tant qu'ils représentent de véritables droits ou des valeurs objectives inhérentes à l'être humain. Les droits de l'homme, tels qu'il sont compris dans les déclarations et les pactes internationaux, s'évanouissent. Si la personnalité juridique ne préexiste pas à la loi positive, les droits de l'homme n'existent pas, c'est à autre chose que nous avons - peut-être - affaire. D'où la transcendance de l'art. 6 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, que l'on retrouve encore dans d'autres textes internationaux : "*tout homme a le droit en tout lieu à être reconnu comme une personne devant la loi*". Le langage est le même que celui que nous avons déjà analysé ; il a aussi le même sens. Par conséquent, si la personnalité juridique ("*être personne devant la loi*")

doit être reconnue en tout lieu, à tout homme, et si l'on qualifie cela de droit de l'homme, la conclusion est claire : la personnalité juridique est préexistante à toute loi positive. La personnalité juridique doit être reconnue à tout être humain, indépendamment de sa condition et ce, aussi bien aux personnes déjà nées qu'à celles qui ne le sont point encore. Là où l'on ne reconnaît pas la personnalité juridique à un être humain existant, quelle que soit sa race, sa caste, qu'il soit déjà né ou point encore, on commet une injustice.

S'il en est ainsi et si l'art. 6 précité et en général les idées clés de la théorie des droits de l'homme telles qu'elles nous sont apparues dans les divers traités internationaux, ne sont pas erronés, comment concilier tout cela avec la notion de personne composée comme "*condition juridique attribuée par la loi positive*" ? D'autre part, et indépendamment de la philosophie juridique que l'on suit, appliquer à la vie juridique le principe selon lequel seule la loi positive reconnaît la qualité de personne constitue une exception de taille au principe posé par l'art. 6 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (cf. aussi l'art. 16 du Pacte international des droits civiques et politiques de 1966).

## 5. L'ETRE HUMAIN COMME SUJET DE DROITS INNES

Bien qu'il y ait encore beaucoup de problèmes que les droits de l'homme posent à la philosophie du droit, ceux que j'ai abordé me paraissent suffisants pour montrer quel est le substrat commun à tous ces problèmes : s'il y a un noyau juridique inhérent à la personne humaine, comment réduire le droit à la loi positive ?

La difficulté réside dans le fait que nier ce noyau juridique inhérent à l'être humain aboutit à nier l'existence-même des droits de l'homme. Il ne s'agit donc pas simplement d'un thème pour érudits, mais d'un point axial de la théorie des droits de l'homme. Il me semble que les philosophes du droit et, en général, les juristes doivent se trouver confrontés directement à cette question : l'homme possède-t-il des droits innés ou au moins est-il porteur de biens juridiques inhérents à son être ? Il s'agit d'être conscient de la transcendance de cette question. Y répondre par l'affirmative équivaut à nier que le droit soit uniquement contenu dans la loi positive. Soutenir, à l'inverse, que seule la loi positive est du droit, revient

à nier l'existence des droits de l'homme. Inutile d'insister sur la raison ; si quelque chose est clair en ce domaine, c'est qu'un trait essentiel de la notion de droits de l'homme est qu'ils ne proviennent pas des pouvoirs sociaux ou d'un consensus général, mais de l'être humain lui-même.

Ainsi, tel est le dilemme qui se pose aux juristes et aux philosophes du droit : ces droits de l'homme existent-ils ou non ? Tout ce que disent les déclarations et les pactes sur les "*droits inhérents*", les "*droits essentiels*", les "*droits fondés sur les attributs ou la dignité de la personne humaine*" est-ce une vaine discussion, une idée erronée traduite dans un langage impropre, ou au contraire est-ce une idée simple : l'être humain est porteur d'un noyau inné de droits ? La question doit être posée clairement et sans préjugés. Si on ne la résout pas, tout ce que l'on a dit sur les droits de l'homme sera un bel édifice sans fondations, car la question fondamentale demeurera toujours posée : existe-t-il ou non des droits de l'homme ?

## 6. CONCLUSION

Les questions posées, ma résolution est donc accomplie. Il me reste simplement à dire ce qui, selon moi, devrait être la réponse correcte à toutes ces questions. Il me semble que les déclarations et pactes expriment une profonde réalité humaine et cette idée que les droits de l'homme sont des droits inhérents à tout être humain, fondés sur la dignité de la personne. La théorie des droits de l'homme devrait donc reposer sur trois postulats :

- a) les droits de l'homme sont de véritables droits,
- b) ces droits sont préexistants et par suite indépendants de la loi positive et du consensus social,
- c) ces droits s'appuient sur le fait que l'homme est une personne, en comprenant par "*personne*" un être doté de dignité, maître de soi, et par suite porteur de certains biens qui sont **ses droits**.

Les droits de l'homme sont une réalité et non une idéologie. Il revient à la philosophie du droit de fournir une notion de droit qui tienne compte de cette réalité et non le contraire.

## NOTES

(1) "(...) and that, when any government shall be found inadequate or contrary to these purposes, a majority of the community hath an indubitable, inalienable and indefeasible right to reform, alter, or abolish it, in such manner as shall be judged most conducive to the public weal ?

(2) "We hold these truths to be self-evident : that all men are created equal ; that they are endowed by their creator with certain unalienable rights ; that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness. That, to secure these rights, governments are instituted among man, deriving their just powers from the consent of the governed. That, whenever any form of government becomes destructive of these ends, it is the right of the people to alter or to abolish it and to institute new government".

(3) V. J. Hervada, *Introducción crítica al derecho natural* (Pamplona 1981).

# HENRY LEVY-BRUHL et L'AVENIR DU DROIT \*

Par Norbert ROULAND

*Université d'Aix-Marseille III*

Henry Lévy-Brühl nous a quittés en 1964. Peu de temps avant sa mort, il confiait à un de ses élèves "Je sais peu de choses". Naturellement, c'était faux. La modestie est souvent la marque des grands esprits : Henri Lévy-Brühl fut de ceux-là. A ce titre, l'homme et l'oeuvre méritent plus qu'une commémoration. Dire en quoi il fut novateur, mesurer le caractère prémonitoire de sa pensée, dénoncer les infirmités de la réflexion et de l'enseignement juridiques qui ont conduit à la déshérence de trop de ses idées, tels sont les buts assignés aux lignes qui suivent.

Feuilletons la bibliographie de ses travaux, en prêtant attention à leurs dates de publication. Nous constatons qu'après une thèse de droit romain de stricte obédience (1), H. L.-B. s'est rapidement et *simultanément* orienté dans des directions chronologiques variées : les ouvrages et articles consacrés au droit antique voisinent avec les études d'Histoire du Droit, depuis l'Empire carolingien jusqu'au XVIIIe siècle (2). C'est là le signe qu'il maîtrisait l'ensemble de sa discipline, capacité dont on trouve à l'heure actuelle de moins en moins d'exemples, en raison de l'acharnement mis à faire des juristes des "*techniciens*" que l'on croit à tort efficaces parce qu'ils savent beaucoup sur très peu. Les lacunes de l'épistémologie juridique dont s'inquiète un ouvrage récent et pionnier (3) apportent un témoignage supplémentaire sur la réalité du ghetto en lequel les juristes se sont complus à s'enfermer. H. L.-B. avait pourtant tenté de les en faire sortir. Peu de temps après sa thèse (on doit tenir compte de l'interruption de

---

(\*) A paraître dans : Inter-Nord, 18 (1985). Nous remercions le Pr. Jean Malaurie, Directeur d'Inter-Nord, d'avoir bien voulu nous autoriser à publier ce texte dans la R.R.J.

la guerre), commence à paraître la série de ses textes à caractère sociologique (4), dont la fréquence va s'intensifiant à partir de 1946 (5). A une époque où les attitudes mentales du sérail romaniste étaient peu propices à ce type d'échappées (6), cette volonté de voir plus loin et plus clair témoignait d'un courage et d'une ouverture d'esprit peu communs. Ces qualités expliquent en partie l'intérêt manifesté par H. L.-B. envers l'anthropologie juridique. Il la pratiqua de plusieurs manières. D'abord au travers du droit romain : le choix qu'il fit de certains de ses sujets (7), la manière, surtout, dont il les étudia, témoignent d'une quête des significations plus que de la recherche d'exercices purement techniques. Il s'attacha tout particulièrement à revivifier la problématique du très ancien droit romain (8) en s'inspirant des données fournies par l'ethnologie générale. En cela, H. L.-B. fut un précurseur : ce n'est que très récemment, et avec combien de réticences, que les antiquisants (ou du moins une partie d'entre eux) ont admis la légitimité du regard anthropologique (9). La mort l'empêcha de mener à son terme le commentaire socio-anthropologique du Digeste (10). Dans les dernières années de sa vie, il eut cependant le temps de rédiger des articles où il étendait le champ de sa réflexion aux sociétés autrefois appelées "*primitives*" (11). Leur étude permettrait d'après lui de mieux comprendre les sociétés modernes, dans la mesure où celles-ci comporteraient encore des institutions trouvant leur origine dans le "*pré-droit*" primitif (12). Sur ce point, avouons que sa pensée a vieilli : elle procède d'un évolutionnisme aujourd'hui dépassé. Il semble plus juste de penser que pensée sauvage et pensée moderne peuvent coexister en se partageant le territoire conceptuel et juridique (13). En revanche la pensée d'H. L.-B. conserve toute son actualité lorsqu'il situe l'importance de l'ethnologie juridique par rapport aux phénomènes d'acculturation issus de la décolonisation : vingt ans après sa mort, peu de juristes ont compris le rôle que l'ethnologie juridique devrait tenir dans les tentatives de solution des problèmes posés par le Tiers-Monde (14).

Encore méconnue, l'ethnologie juridique est pourtant objet de recherches et d'enseignement depuis plus d'un demi-siècle (15). R. Maunier, professeur de droit, créa après la première guerre mondiale, à la Faculté de Droit de Paris, la Salle d'Ethnologie juridique ainsi qu'une collection de ladite Salle consacrée à des travaux d'ethnologie

juridique ; simultanément Henri Labouret, administrateur de la France d'outre-mer assurait à l'Ecole coloniale les premiers enseignements de droit coutumier africain et d'ethnologie juridique. Après le second conflit mondial, H. L.-B. prit la direction de la Salle d'Ethnologie juridique, et suscita en 1955 la création à la Faculté de Droit de Paris d'un enseignement de droit africain. Il avait alors soixante-et-onze ans, et avait su s'entourer d'hommes de valeur qui assurèrent ces nouvelles tâches : à l'heure actuelle ce sont eux et leurs propres collaborateurs qui président aux destinées de l'anthropologie juridique en France.

Etre un savant ne suffit pas pour avoir des élèves : il y faut aussi des qualités de coeur, car un authentique "*patron*" est celui qui sait donner beaucoup. Je suis né trop tard pour avoir rencontré H. L.-B., mais les témoignages de ceux qui l'ont entouré concordent : H. L.-B. était un homme de coeur, à l'écoute des autres, qui aida intellectuellement et matériellement beaucoup de jeunes chercheurs. Il accueillit et secourut nombre de Juifs chassés d'Europe centrale, avant de tomber lui-même sous le coup des mesures de discrimination raciale du régime de Vichy. Mis à la retraite anticipée, menacé dans sa sécurité personnelle, il dut la vie à Paul Ramadier, qui l'aida à trouver un refuge (16). Lorsqu'il put regagner son domicile à la Libération, ce fut pour trouver son appartement pillé et sa bibliothèque dispersée : les notes qu'il avait rédigées en vue de futurs travaux (notamment sur l'histoire du droit commercial) avaient disparu. Il faut dire que H. L.-B. était non seulement coupable de ses origines, mais aussi des idées sociales et politiques qu'il partageait avec son père. Quelques semaines après sa mort, P. Petot évoquait ainsi la personnalité de Lucien Lévy-Brühl et la qualité de l'accueil qu'il réservait aux condisciples de son fils : "*Ceux qui ont eu jadis le privilège d'être reçus dans l'appartement de la rue Lincoln se souviennent de ce causeur brillant, informé de tout, ouvert aux idées généreuses et bienveillant aux jeunes amis de ses trois fils*" (17).

"*Idées généreuses*" ? Précisons ce qu'écrivait P. Petot de façon allusive : H. L.-B. et son père étaient des hommes de gauche, attitude fort exotique chez les juristes. S'il est parfaitement exact que la gauche n'a pas le monopole du coeur, il n'en reste pas moins que c'est par ce choix

que H. L.-B. exprima sur le plan politique la sensibilité et l'ouverture d'esprit et de coeur qui étaient les siennes. S'il dut en partie cette ouverture d'esprit à la bienveillance et à la qualité de l'éducation qu'il reçut de son père, H. L.-B. eut également la chance de fréquenter au début du siècle, après ses études de licence, le Séminaire de droit romain, fondé par Adrien Audibert. L'esprit de tolérance y régnait : *"Sa direction [celle d'Adrien Audibert] était sans dogmatisme, toute de finesse et de réserve ; chacun y exposait les résultats provisoires de ses recherches. On en discutait fort librement, et les critiques restaient toujours très courtoises"* (18). Quarante ans plus tard, lorsqu'il fonda l'Institut de Droit Romain, H. L.-B. sut recréer cette atmosphère qui avait heureusement marqué sa vie d'étudiant : *"Ce fut - et c'est encore - une réussite complète. Aux séances hebdomadaires, un auditoire nombreux s'entasse dans les murs trop étroits de la Salle Collinet, pour entendre un savant étranger ou français exposer quelque problème relatif aux droits de l'Antiquité. Une libre discussion, à laquelle peuvent prendre part tous les assistants s'engage, que Lévy-Briühl dirigeait avec autant d'autorité que de tact. On ne saurait exagérer l'importance de ces rencontres. Elles ont stimulé, en France et à l'étranger, le goût de la recherche désintéressée dans un domaine de capital intérêt pour les historiens de l'antiquité"* (19).

Laisser s'exprimer les autres, savoir les accueillir et écouter : en cela aussi, H. L.-B. fut un anthropologue... Ses qualités humaines avaient leurs correspondances dans le domaine intellectuel. Nous dirions aujourd'hui que sa formation et son activité scientifiques étaient pluridisciplinaires. En même temps qu'une licence de Droit, il passa une licence de Lettres à la Sorbonne. Après la seconde guerre mondiale, L. Febvre lui confia à la VIe Section de l'Ecole Pratique des Hautes Etudes une direction d'études qu'il occupa jusqu'à sa mort. Qui a fréquenté quelque peu la VIe Section (devenue Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales) sait que sa haute qualité scientifique ainsi que l'esprit de liberté et de collaboration entre collègues de différentes disciplines qui y régnait correspondaient parfaitement au tempérament d'H. L.-B. On ne peut que déplorer qu'à l'heure actuelle les juristes ne soient plus représentés dans cette institution et craindre qu'il ne s'agisse pas là d'un effet du seul hasard : en croyant gagner en "scientificité", ceux-ci ont ac-

cumulé par rapport aux autres sciences humaines un énorme retard (20). En ce sens, on peut écrire que la leçon d'H. L.-B. n'a pas été entendue. J'ai jusqu'ici surtout souligné le rôle joué par les qualités propres à l'homme dans le caractère novateur de l'oeuvre. Comme tout auteur, H. L.-B. s'inscrit dans un mouvement de pensée propre à son époque : tentons de préciser la place qu'il y occupe.

\*\*\* \* \*\*\*

Lorsque naît H. L.-B., une très profonde transformation est en train de s'amorcer dans le monde des juristes (21). Nées en même temps que le Code Civil (1804), les Ecoles de Droit s'adonnèrent jusqu'aux débuts des années quatre-vingt aux délices de l'Exégèse. Elles devaient former avant tout des magistrats et des hommes de loi, et le faisaient en dressant les étudiants au commentaire des Codes napoléoniens, réputés aussi sacrés et immuables que les Saintes Ecritures. Les Ecoles de Droit étaient des écoles de Loi : sur bien des points, l'enseignement juridique actuel porte encore la trace de cette funeste confusion. On s'occupait pourtant du droit romain, mais à la manière dont certains privatistes contemporains affectent de déplorer sa prochaine disparition (déjà opérée dans bien des facultés) : les juristes y voyaient une sorte de clavier sur lequel les étudiants pouvaient faire leurs gammes en vue de leurs futures prestations en droit positif. Le droit romain était un droit écrit, *codifié*, et bardé d'une redoutable carapace technique : en l'explorant, l'étudiant acquerrait un savoir-faire et un savoir-dire, s'exerçait au maniement du langage ésotérique qui lui donnerait plus tard la dignité et la respectabilité du juriste. Il se trouvait que ce droit était celui des Romains ; il eût pu, à vrai dire, être japonais ou dogon sans que cela eût changé grand-chose (22), pourvu qu'il demeurât technique. On se souciait fort peu d'en dégager le sens historique, de le relier à l'ensemble culturel dont il était issu. Paul Frédéric Girard, qui présida le jury de la première (23) thèse de H. L.-B., appartenait à l'Ecole de l'Exégèse. Pour lui, la tâche du romaniste consistait "... à rassembler les textes, à les interpréter exactement et, lorsqu'ils divergeaient, à proposer les moyens de les concilier" (24). A la veille de la première guerre mondiale, ce type d'enseignement était dépassé : la porte des Ecoles de Droit s'entr'ouvrait à la Sociologie et à ses pères fonda-

teurs : A. Comte et, surtout, pour les juristes, E. Durkheim. On pourrait s'étonner de cette remise en cause de la part d'un milieu fort conservateur. L'immobilisme exégétique était devenu impossible à maintenir : les principes fondamentaux du droit napoléonien ne suffisaient plus à régir une société qui avait en un siècle profondément évolué (25). D'autre part, il faut bien comprendre que le terme de "*Sociologie*" ne possédait pas alors sur le plan politique les résonances contestataires qui, de nos jours, effraient tant les juristes et les incitent à se réfugier dans leur *castrum*. Au contraire, la Sociologie devait servir à prévenir et régler "*pacifiquement*" les conflits sociaux. Elle était donc fort respectueuse de l'ordre établi, de même que l'anthropologie était dominée par l'esthétique de l'exotisme et par l'évolutionnisme, faisant du colonisateur "*civilisé*" le point d'aboutissement historique d'un processus qui ôtait petit à petit au "*Sauvage*" sa primitivité. Ce n'est que plus tard que l'odeur de soufre se substitua aux parfums de bon ton qui émanaient de ces disciplines nouvelles. Les juristes durent cependant s'habituer à faire des vers nouveaux : l'École sociologique du droit était en train de naître (26). Du coup, l'étude des droits du passé se modifia : on commença à les étudier de façon historique, et non plus seulement en tant que systèmes, puisque la Sociologie apprenait que le fait manifeste sa force par rapport au droit, en même temps qu'il le nourrit. H. L.-B. se situe à ce carrefour épistémologique. A l'heure actuelle, les disciplines historiques du droit et leur agrégation paraissent désuettes à beaucoup de juristes. La situation était exactement inverse à l'époque d'H. L.-B. Celui-ci naît en 1884, quatre ans seulement après la création par le décret du 28 septembre 1880 d'un enseignement annuel d'Histoire générale du droit français en première année. Ce cours échut souvent aux esprits les plus ouverts (27), au premier rang desquels il faut citer Adhémar Esmein, qui enseignait à la Faculté de Droit de Paris, mais aussi à l'École des Sciences Politiques et aux Hautes Etudes. Son manuel d'Histoire des Institutions paraît en 1892 et sera l'objet de plus de quinze ré-éditions. Du côté des romanistes, Collinet publie en 1912 - l'année où H. L.-B. soutient sa thèse de droit romain - ses *Etudes Historiques sur le Droit de Justinien*, où la prise en considération des facteurs historiques tranche nettement sur les principes a-chroniques de l'Exégèse. H. L.-B. passera bientôt l'agrégation d'Histoire du Droit : celle-ci était de création fort récente, puisqu'instituée par un arrêt du 23 juil-

let 1896. Influence de la Sociologie, renouvellement de l'étude des droits du passé : H. L.-B. tira par son oeuvre les conséquences de ce mouvement doctrinal, puisqu'il fut en même temps qu'un historien le premier véritable sociologue juriste (28). Il fut aussi, nous l'avons vu, le fondateur de l'ethnologie juridique française (29). Le fait que Lucien Lévy-Brühl fût son père est certainement déterminant (30), mais insuffisant, cependant, à tout expliquer de l'intérêt porté par H. L.-B. à l'ethnologie : il aurait fort bien pu, après tout, se contenter de la lire et révéler sans chercher à la faire féconder par le droit. Force est de constater une fois de plus le caractère prémonitoire de sa démarche, qu'expliquent sans doute plusieurs éléments. D'abord, son attirance pour le très ancien droit romain, droit d'une société où l'écrit est rare, et les structures étatiques souvent peu affirmées, comme dans de nombreuses sociétés traditionnelles. Par ailleurs, H. L.-B. était assez enclin à l'évolutionnisme : la tentation était grande d'accorder aux sociétés traditionnelles le même rôle de "source" des sociétés modernes que celui joué par le droit antique dans la formation des droits modernes. D'autre part, H. L.-B. était l'ami de L. Febvre, le père fondateur de la "Nouvelle Histoire". C'est aujourd'hui un lieu commun que de constater les emprunts réciproques que se sont faits depuis une vingtaine d'années l'Histoire et l'Anthropologie, à partir du moment où l'Histoire est devenue "non événementielle". H. L.-B. sut pressentir cette osmose. Il était non seulement historien, mais historien du droit. En s'intéressant à l'ethnologie, l'historien en lui ne pouvait oublier le juriste en chemin.

Romaniste de talent, premier sociologue juriste, fondateur de l'ethnologie juridique française ... J'imagine que le lecteur doit s'étonner : si vraiment H. L.-B. fut tout cela, comment se fait-il que son nom soit à l'heure actuelle inconnu de la quasi-totalité des étudiants en droit ? Ce qui revient à se demander pourquoi leurs professeurs ne leur en parlent pas.

\*\*\* \* \*\*\*

"... on ne peut pas dire que le corps des juristes suscite beaucoup de sympathie, et encore moins de respect [...] (Le droit) n'est plus aujourd'hui rien qu'une technique absconse dont le maniement serait réservé à quelques spécialistes (31) [...] (Les) sciences juridiques sont très

*en retard par rapport aux autres sciences sociales (32) [...] On peut parler d'un sous-développement de la recherche juridique (33) [...] (Le juriste est) plus souvent l'homme du métier qu'un chercheur préoccupé des fondements de sa discipline (34) [...] Il arrive en effet que les concours d'agrégation privilégient le talent à transmettre des savoirs constitués au détriment de la capacité à utiliser les méthodes de la recherche, à appliquer au droit les acquis d'autres disciplines, à promouvoir de nouvelles problématiques (35) [...] Le faible développement de la recherche juridique ne tient pas seulement à l'insuffisance d'un secteur, mais aussi à la nature même du droit et à la conception dominante de l'enseignement du droit qui semble avoir répondu à la question : 'Le droit, science ou technique ?', en s'orientant en fait vers des études techniques" (36).*

Simple brocard décoché aux juristes par des minorités rebelles et contestataires ? Hélas non, car ce procès - mérité - procède pour l'essentiel des observations contenues dans le récent (1982) rapport Godelier sur l'état des sciences humaines en France. Les romanistes ne sont pas épargnés :

*"Une attention toute particulière doit être prêtée aux efforts des chercheurs qui tentent de libérer le droit romain du poids de la tradition juridique pour l'immerger dans l'histoire et le féconder par une approche sociologique ou anthropologique : efforts essentiels, mais qui se heurtent à un barrage idéologique (37) [...] Pour dynamiser le droit romain en France face à la supériorité italienne et à la domination allemande, il faut l'intégrer à l'intérieur d'une étude d'ensemble de l'Antiquité, dans une perspective historique et anthropologique" (38).*

Henri Lévy-Brühl, ou la déshérence ? est-on tenté d'écrire devant cet affligeant constat. A ce point du débat, le lecteur me permettra de faire état de mon expérience personnelle. Je suis entré en première année de droit en 1965, ai soutenu ma thèse d'Etat en droit romain en 1977, et ai commencé à enseigner à l'Université en 1971. Au cours des quinze dernières années, j'ai enseigné à tous les niveaux (de la première année au DEA) et sous toutes les formes (travaux dirigés, cours magistraux, séminaires). Je dois constater qu'à l'exception de quelques cours (39) - qui furent heureusement pour moi les plus marquants - je n'ai jamais entendu parler des sciences

humaines, et encore moins d'anthropologie juridique. La formation que je reçus fut de stricte obédience positiviste. Un cheminement personnel (40) me conduisit vers d'autres directions. Peu à peu, grâce à l'appui de quelques collègues "éclairés", et en raison d'une certaine mode de l'anthropologie, je réussis à faire passer dans mes enseignements quelque peu d'anthropologie juridique sans trop violer les programmes officiels. J'ai pu constater lors de chacune de ces initiatives l'intérêt des étudiants. C'est dire que le blocage ne vient pas d'eux, et que c'est bien, en effet, l'*opinio communis* du milieu des juristes qu'il convient d'incriminer. Pourquoi sont-ils si peu à avoir exploré les voies ouvertes il y a un demi-siècle par H. L.-B. ?

*"La mentalité des gens de Droit est, mutatis mutandis, assez comparable à celle des habitants de ces villes de l'Ouest américain, isolées, repliées sur elles-mêmes, et qui se sentaient vite agressées. La crainte de l'intrus, de la nouveauté mène, ici et là, à la vénération de la tradition et à l'esprit d'union pour la défense de ce qui a été si durement établi ; par déviation, à une intolérance pour ce qui est 'différent', et qui mène souvent au lynchage pur et simple" (41).*

Pourquoi les juristes souffrent-ils de telles angoisses obsidionales, après avoir délaissé un siècle auparavant les plaisirs esthétiques de l'Exégèse au profit de l'Ecole Sociologique ? C'est que la Sociologie et l'Anthropologie sont devenues dangereuses. D'abord auxiliaires de l'ordre établi et colonial, elles en sont devenues les dénonciatrices : l'exotique est maintenant quotidien. D'autre part - car tout ne peut s'expliquer par la seule politique - le juriste est toujours tenté de privilégier l'ordre et ce qui fait système ; on connaît ses virtuosités taxinomiques. Or, comme on le sait, le meilleur moyen de faire s'effondrer un château de cartes est de le toucher : mieux vaut, pour le préserver, se contenter de le regarder. Tout le succès du positivisme s'explique ainsi : poser le droit en science des règles et non de ce qui les sous-tend, identifier droit et loi, refuser l'épistémologie, ce qui permet d'éviter bien des périls. Du moins le croit-on : le jour où les juristes s'apercevront que le pire des dangers pour une science est de renoncer à être une science, il sera sans doute trop tard. Enfin, les Facultés de Droit ne forment pas à n'importe quels métiers. Pourquoi l'ait-on du droit ? Rarement par vocation, souvent par ennui,

quelquefois par incompetence. On devient ainsi fonctionnaire, magistrat, avocat, juriste d'affaires : professions qui privilégient les notions d'ordre et/ou de défense du patrimoine. Ce qui en soi n'a rien de choquant : le citoyen a le droit d'aspirer à la sécurité, et de chercher à protéger ses biens. Le problème réside dans le fait que ces notions impriment trop exclusivement le milieu des juristes : tous les historiens savent que souvent le meilleur moyen de préserver est d'accepter une certaine dose de changement, sous peine de s'acheminer, *volens nolens*, vers des remises en cause beaucoup plus radicales.

Tous ces motifs ne sont pas avouables, ni même forcément conscients. Puisque les juristes ne pouvaient plus, comme au début du XXe siècle en appeler aux sciences humaines, il leur fallut trouver d'autres sources de légitimité : ce fut la scientificité positiviste (imaginerait-on une physique qui se couperait de l'évolution des mathématiques ? Les juristes réussissent, eux, ce tour de force...), mâtinée de technocratisme (42). Les Facultés de droit doivent former "*utile*" ; elles le peuvent parce que l'enseignement qu'elles délivrent est objectif et scientifique. Cette scientificité postule l'indépendance entre l'objet observé (la norme juridique) et l'observateur (le juriste) (43), et s'érige à la hauteur d'une mytho-logique (le mythe étant la scientificité du droit) : "*... la référence à la logique formelle n'est donc qu'un mythe servant à parer l'ordre juridique d'un bien-fondé incontestable et à éviter toute discussion sur la validité de ses prescriptions*" (44). Nous sommes ainsi renvoyés cent ans en arrière : la scientificité joue dans le système actuel techno-positiviste exactement le même rôle que le Code dans l'Ecole de l'Exégèse. Naturellement, les juristes se paient de mots : tout le monde sait de nos jours que ce point de départ est épistémologiquement faux : "*... le propre de la scientificité n'est pas de refléter le réel, mais de le traduire en des théories changeantes et réfutables ... [la] connaissance doit essayer de négocier avec l'incertitude*" (45), les spécialistes des sciences exactes l'affirment, les historiens comme G. Duby et P. Veyne le répètent, C. Lévi-Strauss l'écrivait il y a presque trente ans :

*"... l'homme ne se contente plus de connaître ; tout en connaissant davantage, il se voit lui-même connaissant, et l'objet véritable de sa recherche devient un peu plus, chaque jour, ce couple indissoluble formé par une humanité qui transforme le*

*monde et qui se transforme elle-même au cours de ses opérations" (46).*

Mais les juristes ne lisent pas C. Lévi-Strauss.

Dans cette débâcle, quelle est la place tenue par les disciplines juridiques à vocation critique ? L'histoire du droit et le droit romain se portent mal. Depuis 1960, la part de leurs enseignements a considérablement décru (47) ; les postes offerts au concours d'agrégation varient entre deux et cinq tous les deux ans ; dès 1960, les programmes officiels, revenant sur la réforme de 1954 qui avait souligné l'importance de l'étude des "*faits sociaux*" à côté de celle des institutions, ravalait les premiers au rang de parents pauvres par rapport aux normes (48). Les historiens du droit n'avaient, semble-t-il, guère profité de ces quelques années fastes pour rénover leur enseignement :

*"Naguère, la part de l'histoire [...] était emprisonnée dans une formule qui définissait assez bien ce qu'on entendait qu'elle fût. On parlait d'"Histoire des Institutions publiques et des faits sociaux" [...] On pouvait attendre que ce changement d'énoncé traduisit une conception nouvelle, adaptée aux bouleversements intervenus [...] dans les démarches mêmes de la science historique [...] Faux espoir : l'euphorie terminologique, surtout chez les juristes de ce temps, n'a jamais servi qu'à draper des vides attristants. Après un lustre de réformes sismiques, le contenu des enseignements historiques de droit est revenu, sans avoir subi le moindre froissement, se mouler dans son siège de 1920 ou 1930" (49).*

A ce manque de dynamisme s'ajoutèrent les effets destructeurs sur les disciplines historiques du changement de système de légitimation du droit : comme l'écrit J. Poumarède (50), l'efficacité technocratique et le néo-positivisme suffisent à fonder le droit dans le discours dominant des juristes sans qu'ils aient besoin de s'embarasser des justifications de l'Histoire. Née il y a cent ans, l'Histoire du Droit sera-t-elle bientôt close ?

Plus jeune encore, l'anthropologie juridique "*française*" chère à H. L.-B. a des idées, et fort peu de moyens. le droit comparé eût pu lui servir de lieu de naissance et d' cadre de développement. Il n'en a pas été ainsi. En effet, les comparatistes ont trop souvent privilégié une présentation purement descriptive, et surtout ont

rejeté dans les ténèbres extérieures l'analyse des droits non étatiques (51). Car si l'ethnologie juridique *étrangère* peut exhiber des titres déjà anciens (52), le développement de cette discipline en France s'est jusqu'à présent heurté à l'identification opérée par les juristes du droit à l'Etat (53). Remarquons que nous sommes là face à un véritable invariant de la pensée juridique française, à laquelle les historiens du droit eux-mêmes n'échappent pas. Les premiers manuels d'Histoire des Institutions privilégiaient d'emblée l'Etat. *"En somme, l'histoire générale du droit français est présentée comme un vaste mouvement pluri-séculaire de rationalisation des sources, guidé et soutenu par la renaissance et le progrès continu de la notion d'Etat"* (54). A. Esmein définit la féodalité par rapport à la souveraineté, puissance de l'Etat, et refuse fermement d'y voir un système politique *sui generis* (55) : *"L'autorité publique, jadis incarnée dans le pouvoir royal, n'a pas disparu [...] mais elle s'est dénaturée et démembrée, elle est devenue la seigneurie. La seigneurie n'est pas autre chose que la souveraineté, ou un démembrement de la souveraineté, qui a passé dans la propriété privée, dans le patrimoine de certains individus"* (56). Plus près de nous, un arrêté ministériel de 1972 définissait le champ historique objet de l'Histoire du Droit : des Hittites à 1960, excluant *a silentio* les sociétés a-étatiques.

Qu'a donc l'Etat de si rassurant pour les juristes, alors que les sociétés traditionnelles paraissent s'en méfier au plus haut point (57) ?

Ses avantages sont nombreux. D'abord, il permet une véritable explosion du droit (58) : si l'Etat est bien lié au processus historique par lequel une société se divise, il permet à l'ordre juridique de se détacher de la religion et de la morale, et crée ainsi les conditions propices au développement de sa dynamique. Les romanistes ont ainsi noté à juste titre que le droit ne devint une science autonome, objet des premiers traités du *ius civile* qu'à partir du moment où il se laïcisa (59). Du même coup, l'Etat permet aux juristes de voir reconnues leur identité et leur importance au sein de la société. Ensuite, l'Etat privilégie la Loi par rapport à la Coutume, le droit par rapport au fait : *"Dans le cas de la loi, la norme est posée et le fait acquiert sa valeur par sa qualification légale ; au contraire, dans le cas de la coutume, la norme découle du fait qui, par sa réitération et sa ritualisation,*

devient norme" (60). C'est ainsi que, à la fin du Moyen Age, le monarque français prescrivit la rédaction officielle des coutumes : le droit coutumier devenait du droit étatique (61). On comprend dès lors l'amour du juriste néo-positiviste pour l'Etat : si le droit est avant tout la norme, toute tentative de refoulement du fait est bienvenue. Enfin, l'Etat est bénéfique : il ne dispose pas aveuglément du droit et de la force, car il est l'institution du Bien commun (62). L'Etat donne au droit le moyen de se développer, privilégie son aspect normatif, et légitime l'ordre juridique en le sacralisant : l'enthousiasme de nos juristes est décidément bien compréhensible.

C'est dire que l'anthropologie juridique, qui privilégie dans un premier temps (63) l'étude des sociétés a-étatiques, ne pourra se développer de façon autre que marginale que si les juristes acceptent de procéder à une véritable révolution copernicienne en abandonnant leur croyance primitive (au sens péjoratif du terme) dans la "scientificité" de leur discipline et l'exclusivisme de la norme. Leur intérêt à long terme est d'effectuer cette remise en cause, car elle est la condition de leur survie : "*... cette évolution traduit une technicisation du droit qui n'est plus, très souvent, que la mise en forme juridique de lois scientifiques ou de normes techniques élaborées ailleurs, une mince pellicule destinée à maintenir la fiction juridique alors que le droit ne régit plus que nominale-ment les comportements et les conduites [...] le fait pour le droit de prendre appui sur la science ne peut que renforcer la croyance dans la véracité de son message et dans l'objectivité des normes qu'il pose. Mais, là encore, cette légitimité nouvelle s'accompagne d'une perte de la substance proprement juridique du droit qui annonce peut-être son déclin irréversible comme moyen de régulation sociale*" (64).

Le problème réside dans le fait que la plupart des juristes n'ont nullement conscience du caractère suicidaire de la voie néo-positiviste sur laquelle ils cheminent allègrement, et que, d'une façon générale, ils éprouvent une répulsion viscérale pour les remises en cause, paresse intellectuelle qu'ils se cachent à eux-mêmes en qualifiant de "*marxiste*" tout ce qui menace leur quiétude (65).

Malgré l'oeuvre d'H. L.-B., la France n'est donc point pour le moment la terre d'élection de l'anthropologie juridique. Les premières synthèses ont été publiées dans

les pays anglophones (66). Peu nombreuses, et disposant de moyens réduits, les équipes de recherche françaises sont dirigées par les élèves d'H. L.-B. et accomplissent un travail pionnier (67). On notera que ceux-ci sont pour la plupart à l'origine des historiens du droit, qui se sont intéressés aux populations africaines (on se souvient que H.-L.-B. favorisa en 1955 la création d'un enseignement de droit africain à la Faculté de Droit de Paris). On citera ainsi les noms de M. Alliot, E. Le Roy, R. Verdier, et J. Poirier.

M. Alliot est l'auteur de nombreuses études sur les coutumes et les droits modernes de l'Ouest africain, et s'est attaché tout particulièrement à l'étude de l'acculturation. Il a été à l'initiative de la création, en 1964, d'un Département de Droit africain à la Faculté de Droit de Paris, et a également créé le Laboratoire d'anthropologie juridique (68), qu'il dirige avec E. Le Roy. Ce dernier, qui est déjà l'auteur de fort nombreux travaux d'anthropologie juridique, a commencé à étudier les droits fonciers africains, et mène actuellement de front diverses recherches sur le Sénégal contemporain ainsi qu'une réflexion théorique fondamentale sur l'anthropologie juridique. Après avoir collaboré aux recherches collectives sur les structures foncières - qui ont donné lieu à la publication de plusieurs corpus - R. Verdier s'est intéressé au système répressif des sociétés traditionnelles. J. Poirier, avant de diriger la publication des volumes de la collection *La Pléiade* consacrés à l'ethnologie (69), a pris en 1948 la succession d'H. Labouret à l'ancienne ENFOM, et a étudié les droits africains et malgaches. Pour ma part, romaniste de formation, je me suis attaché depuis une dizaine d'années à l'étude des sociétés arctiques, en étudiant simultanément leurs structures juridiques et judiciaires traditionnelles, et leur acculturation à l'époque contemporaine (70), tout en continuant à réfléchir sur la société antique en essayant de porter sur elle un regard de type anthropologique (71).

\*\*\* \* \*\*\*

Loin de ne constituer qu'un exercice sans conséquences pour esthètes en mal d'exotisme, l'anthropologie juridique est une des voies par lesquelles les juristes peuvent encore sauver le droit en lui donnant une authentique scientificité, bien différente de celle à laquelle

se réfèrent les néo-positivistes, qui n'est qu'un archaïsme désuet. Les anthropologues du droit ont certes besoin de moyens matériels pour pouvoir continuer leurs recherches et étendre leur champ. L'anthropologie juridique nécessite aussi d'être enseignée : une discipline qui ne se transmet pas est condamnée.

Mais tout cela ne servira à rien si, parallèlement, nos collègues juristes ne procèdent à un radical *aggiornamento* épistémologique : la révolution que nous devons annoncer est culturelle, et, paraphrasant Freud, j'irai jusqu'à dire que nous devons apporter la peste chez les juristes pour qu'enfin ceux-ci consentent à vivre dans le présent et préparer l'avenir.

## NOTES

- (1) Le témoignage instrumentaire en Droit Romain (thèse Droit Paris, 1912).
- (2) Ses contributions les plus novatrices à l'histoire du droit concernent l'histoire du droit commercial sous l'Ancien Régime (cf. notamment Histoire des sociétés de commerce aux XVIIe et XVIIIe siècles (Paris, Domat-Monchrestien, 1933).
- (3) Cf. C. Atias, Epistémologie juridique (Paris, P.U.F., 1985).
- (4) Les deux premiers sont sans doute : "Les effets des actes nuls", Rivista internazionale di filosofia di Diritto, VI (1926), 177-181 ; "Qu'est-ce que le fait historique ?", Revue de synthèse historique (1926), 53-59.
- (5) Cf. notamment Sociologie du Droit (1961) ; La preuve judiciaire (1964).
- (6) En ce sens, cf. J. Poumarede, "Pavane pour une histoire du droit défunte", Procès, 6 (1980), 97.
- (7) Cf., par exemple, "Le latin et le droit romain", Revue des Etudes Latines (1924), 103-120 ; "Le simulacre de combat dans le 'Sacramentum in rem'", Studi P. Bonfante, III (Pavie, 1929) 83-90 ; "Esquisse d'une théorie sociologique de l'esclavage à Rome", Revue générale du droit (1931), 1-19 ; "De la dénomination négative de certaines institutions juridiques", R.H.D. (1936), 337-341 ; "L'abandon noxal", etc.
- (8) Cf. notamment : Quelques problèmes du très ancien droit romain (Paris, Domat-Monchrestien, 1934) ; Nouvelles études sur le très ancien droit romain (Paris, Sirley, 1947) ; Recherches sur les Actions de la Loi (Paris, 1958).
- (9) Cf. N. Loraux, "La recherche sur l'Antiquité classique en France", dans M. Godelier, Les Sciences de l'Homme et de la Société en France (Paris, 1982), 225-226.
- (10) Cf. P. Petot, "Henri Lévy-Brühl", Revue historique de Droit français et étranger, 2 (1964), 197. Le Digeste est un recueil des grands textes de la jurisprudence romaine classique, composé sous l'autorité de Justinien, empereur d'Orient (527-565 ap. J.-C.).
- (11) "Introduction à l'étude du droit coutumier africain", Revue internationale de droit comparé (1956) ; "Ethnologie juridique", dans : Ethnologie générale (Paris, 1968), 1111-1179 (paru à titre posthume).
- (12) Ethnologie juridique, **op. cit.**, 1176.
- (13) Cf. N. Rouland, "Persistances et invariances : Structure, Histoire, Droit", Journal of Legal Pluralis (à paraître, 1986) : "The Major Trends of

the History of Law" Cyclopedia of Modern Legal Systems (dir. Pr K.R. Redden), (à paraître, 1986).

(14) Ethnologie juridique, **op. cit.**, 1177-1178. Cf. N. Rouland, "L'Histoire des institutions : du hasard à la nécessité", Revue de droit prospectif, 1 (1983), 25-26.

(15) Cf. J. Poirier, "L'Ethnologie juridique", Revue de l'Enseignement supérieur, 3 (1965), 31 ; "Situation actuelle et programme de travail de l'ethnologie juridique", Revue internationale des Sciences sociales, XXII63 (1970), 515 ; "Histoire de la pensée ethnologique", Ethnologie générale, **op. cit.**, 147.

(16) Cf. P. Petot, **op. cit.**, 194.

(17) **Ibid.**, 193.

(18) **Ibid.**

(19) P. Petot, **op. cit.**, 194-195.

(20) Cf. N. Rouland, "Réflexions optimistes sur la 'crise' des Sciences Humaines", Revue de droit prospectif (1983).

(21) Cf. A.J. Arnaud, Les juristes face à la société (Paris, P.U.F., 1975), 75 sq. ; J. Poumarede, **op. cit.**, 93-96 ; J. Carbonnier, Sociologie Juridique (Paris, A. Colin, 1972), 79-82.

(22) Sauf - et reconnaissons-le, l'argument est d'importance - que son origine chronologique permettait au besoin d'appeler à la rescousse la référence à "l'humanisme" antique.

(23) A cette époque, le candidat à l'agrégation de droit devait soutenir deux thèses...

(24) P. Petot, **op. cit.**, 196.

(25) Cf. A.J. Arnaud, **op. cit.**, 79-105.

(26) Pour plus de détails sur cette Ecole, cf. M. Miaille, Une introduction critique au droit (Paris, Maspero, 1976), 325 sq. ; A.J. Arnaud, **op. cit.**, 105-122. Pour ces auteurs, la Sociologie du Droit servit avant tout à éviter un droit socialisant : en bref, sur le plan politique, elle aurait été une arme utilisée par la bourgeoisie pour lutter contre le socialisme. Il s'agit évidemment là d'une interprétation de type marxiste. Si elle est juste dans son principe, elle ment aussi par omission, par excès de réductionnisme. Admettons que la bourgeoisie ait inventé la sociologie pour perpétuer sa domination : il reste à expliquer pourquoi d'authentiques hommes de gauche comme H. L.-B. animèrent l'Ecole sociologique du droit, et comment en un demi-siècle les sciences humaines en sont venues à faire figure d'épouvantail pour les milieux bien-pensants... Qu'on se souvienne de ce qu'on entendait dire de la sociologie après

mai 68 ! On me répondra que, sorte de Frankenstein, la Sociologie a échappé à ses créateurs. Soit. Mais admettons alors que c'est bien la preuve qu'elle n'était pas conservatrice par essence. La fécondité de l'approche sociologique ou anthropologique tient non seulement à une historicisation dans un contexte socio-politique donné, mais surtout à sa valeur explicative : on comprend mieux le droit avec la sociologie que sans elle, et cette constatation est indépendante des opinions politiques de celui qui y procède. En bref, disons que l'utilisation politique qui peut être faite ou tentée d'une pensée ou d'une démarche ne leur enlèvent pas pour autant leur autonomie : si la religion a pu être "l'opium du peuple", il est bien évident qu'elle fut et peut être tout autre chose.

(27) Cf. J. Poumarede, *op. cit.*, 95.

(28) Cf. A.J. Arnaud, *op. cit.*, 115.

(29) Avant lui, certains travaux d'ethnologie juridique française avaient déjà été publiés. Mais H. L.-B. fut à l'origine de l'impulsion décisive (cf. J. Poirier, L'Ethnologie juridique, *op. cit.*, 30-31).

(30) Sur l'oeuvre de Lucien Lévy-Brühl, cf. Ethnologie Générale, *op. cit.* 127, 1055, 1628 ; J. Carbonnier, *op. cit.*, 31-33, 296.

(31) F. Ewald, Le Magazine Littéraire, 200-201 (1983), 40.

(32) M. Godelier, *op. cit.*, 43.

(33) D. Colas, La recherche en sciences juridiques et en sciences politiques, dans : M. Godelier, *op. cit.*, 359.

(34) *Ibid.*, 360.

(35) *Ibid.*, 362. Cf. dans le même sens : M. Gauchet, "Marasme des sciences molles", Le Magazine Littéraire, *op. cit.*, 26.

(36) D. Colas, *op. cit.*, 363.

(37) N. Loraux, *op. cit.*, 226 (pour un exemple concret de ce type de "barrage", cf. *ibid.*, 232, n. 1).

(38) *Ibid.*, 241.

(39) En tout premier lieu ceux d'Histoire des Institutions, donnés principalement par le Pr. L.-R. Ménager, auquel je rends ici hommage ; et un cours à option disparu depuis, celui de "Droit privé africain et malgache", enseigné par le Pr Blanc-Jouvan.

(40) Cf. N. Rouland, "Notes de marche en ethnologie juridique des Inuit", Inter-Nord (1984).

(41) A.J. Arnaud, *op. cit.*, 122. Dans le même sens, quoique sous une forme plus modérée : "Les juristes seraient-ils raisonnables de jouer la carte de l'autonomie du droit et de leur spécialisation, alors que la

connaissance juridique souffre cruellement de l'ignorance de l'histoire, de la psychologie, de l'économie, de la sociologie, de l'anthropologie ?" (C. Atias, "Le pouvoir des idées en droit civil", Connaissance Politique, 2 (1983), 140.

(42) Sur l'empire de la technocratie sur l'enseignement du droit, cf. A.J. Arnaud, **op. cit.**, 198-205.

(43) Cf. C. Atias, **op. cit.**, 130.

(44) J. Chevalier, "L'ordre juridique", dans : Le Droit en Procès (P.U.F., 1983), 13.

(45) E. Morin, Science avec conscience (Paris, Fayard, 1982), 35.

(46) C. Lévi-Strauss, Anthropologie Structurale (Paris, Plon, 1958), 394.

(47) Cf. A.J. Arnaud, **op. cit.**, 199.

(48) Cf. J. Poumarede, **op. cit.**, 100.

(49) L.R. Menager, La chute de l'Empire romain (C.R.D.P., Marseille, 1966), 3.

(50) Cf. J. Poumarede, **op. cit.**, 101.

(51) Le manuel de R. David Les grands systèmes de droit contemporain (Paris, Dalloz, 1974) consacre six pages (565-571) sur 657 aux droits coutumiers...

(52) Le magistrat allemand Post fut le premier auteur à associer les mots "ethnologie" et "droit" en publiant en 1890 son Grundris der Ethnologischen Jurisprudenz. Mais auparavant, Summer Maine avait déjà écrit son Ancient Law (1861). Ces deux auteurs étaient juristes, tout comme Morgan (1818-1881). On remarquera d'ailleurs que les grands anthropologues eurent souvent une formation de juristes. C. Lévi-Strauss évoque ainsi ses études de droit : "Une curieuse fatalité pèse sur l'enseignement du droit. Pris entre la théologie dont, à cette époque, son esprit le rapprochait, et le journalisme vers quoi la récente réforme est en train de le faire basculer, on dirait qu'il leur est impossible de se situer sur un plan à la fois solide et objectif : il perd une des vertus quand il essaye de conquérir ou de retenir l'autre. Objet d'étude pour le savant, le juriste me faisait penser à un animal qui prétendrait montrer la lanterne magique au zoologiste. A l'époque, heureusement, les examens de droit se travaillaient en quinze jours, grâce à des aide-mémoires appris par coeur. Plus encore que sa stérilité, la clientèle du droit me rebutait". (C. Lévi-Strauss, Tristes Tropiques [Paris, Plon, 1955], 57-58).

(53) Cf. E. Le Roy, "Pour une anthropologie du droit", Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 1 (1978), 76 ; J.N. Lambert, Communication au Xe Congrès international de droit comparé (Budapest, 23-30 août 1978), 2-3 ; N. Rouland, Réflexions optimistes... (**op. cit.**).

(54) J. Poumarede, op. cit., 96.

(55) Comme le montre la longue controverse qu'il entame avec Henri Sée, qui préférerait voir dans la seigneurie une émanation de la grande propriété foncière, dans une société a-étatique (cf. A. Esmein, Cours élémentaire d'Histoire du Droit français, Paris, 1912), 203-214. Pour une remise en cause des théories sur le féodalisme, cf. A. Guerreau, Le féodalisme, un horizon théorique (Paris, le Sycomore, 1980).

(56) A. Esmein, op. cit., 198.

(57) Cf. P. Clastres, La Société contre l'Etat (Paris, 1974) ; Recherches en anthropologie politique (Paris, 1980).

(58) Cf. J. Chevallier, op. cit., 36.

(59) Cf. J. Gaudemet, Institutions de l'Antiquité (Paris, 1967), 394.

(60) R. Verdier, "Premières orientations pour une anthropologie du droit", Droits et Culture, 1 (1981), 7.

(61) Cf. N. Rouland, The Major Trends... (op. cit.).

(62) Cf. M. Miaille, op. cit.

(63) Il y aura sans doute une seconde étape (de même que l'ethnologie de la France a succédé à celle des populations lointaines), où l'anthropologue du droit s'attaquera à nos propres systèmes juridiques et fera oeuvre commune avec le sociologue du droit, pour montrer tout ce qui, dans le droit, échappe à la norme. La sociologie du droit contemporaine est représentée en France par le doyen J. Carbonnier (cf. notamment : J. Carbonnier, Flexible droit (Paris, L.G.D.J., 1971) ; Sociologie juridique (Paris, A. Colin, 1972).

(64) D. Loschak, "Droit, normalité et normalisation", dans : Le Droit en procès (op. cit.), 77.

(65) Est-il besoin de préciser qu'on peut fort bien critiquer le traditionalisme des juristes sans être marxiste, de même qu'il existe une analyse marxiste (cf. l'oeuvre de M. Miaille) de ce traditionalisme ?

(66) Cf. E. Adamson-Hoebel, The Law of Primitive Man (Harvard University Press, 1967) ; M. Gluckmann, Politics, Law and Ritual in Tribal Society (Oxford, 1971) ; L. Pospisil, Anthropology of Law (New-York, 1971) ; Social Anthropology and Law, I. Hammet édit. (ASA Monograph n° 14, Academic Press, 1977). On trouvera des bibliographies d'ethnologie juridique dans : L. Nader, Klaus F. Koch, Bruce (OX, "The Ethnography of Law : a Bibliographic Survey", Current Anthropology, 7-3 (1966), 267-294 ; N. Rouland, "L'ethnologie juridique des Inuit : approche bibliographique critique", Etudes Inuit, 2-1 (1978), 120-131 ; "Horizons pour l'anthropologie juridique", Revue de droit prospectif (1984).

(67) La première - et à ce jour unique - revue française d'ethnologie juridique, Droits et Culture, dirigée par R. Verdier, est née en 1981. Les ethno-juristes français publient depuis les années 70 dans différentes revues, mis à part la publication des corpus du Laboratoire d'anthropologie juridique sur les structures foncières africaines, mais les ouvrages sont encore rares (une heureuse et récente exception : La Vengeance dans les sociétés extra-occidentales (ouvrage collectif sous la direction de R. Verdier), Tome I (Paris, Cujas, 1980). Les travaux universitaires des équipes de recherches sont trop souvent l'objet d'une diffusion restreinte : thèses non publiées et textes dactylographiés.

(68) Laboratoire d'Anthropologie Juridique de l'Université de Paris I : 14 rue Cujas, 75231, Paris Cedex 05, tél. : 329.12.13, p. 39-50.

(69) Trois tomes parus à ce jour.

(70) Le lecteur intéressé par ces thèmes trouvera une bibliographie de ces travaux dans : N. Rouland, Horizons... (**op. cit.**).

(71) Cf. par exemple, Rome, démocratie impossible ? (Actes-Sud, 1981).

## PIE XII et la PHILOSOPHIE DU DROIT \*

Par le R.P. Philippe ANDRE-VINCENT o. p.

*Docteur en Droit, Chargé de Séminaires au  
Centre de Philosophie du Droit de la Faculté de  
Droit d'Aix, Conseiller théologique des Juristes  
Catholiques de France*

A Pie XII la philosophie du droit doit d'abord le nécessaire rappel de ses notions fondamentales : d'une part, son objet, le juste dans son objectivité au regard de la raison ; d'autre part, son sujet, la volonté humaine que doit régler la justice pour qu'elle soit inclinée au bien dû à autrui. En reconnaissant l'objectivité du droit on découvre la réalité des relations de justice qui le constituent de personne à personne dans *"la nature des choses"*. Cet ordre naturel est antérieur aux lois qui déterminent l'ordre juridique : il en découle un droit naturel antérieur et inhérent au droit créé par les lois humaines, le droit positif. Sans ce fondement naturel et sans la distinction de ces deux niveaux du droit, on réduit la justice à la légalité ; le droit devient la création d'un Pouvoir que plus rien ne domine et ne limite : il s'identifie à la loi, telle qu'elle est posée... C'est l'absolutisme du législateur.

Le *"Positivisme juridique"* et *"l'absolutisme d'Etat"* ont été dénoncés par Pie XII avec vigueur au lendemain de la guerre qui était l'apogée apocalyptique de ces deux erreurs. Identifier le droit à la loi fait du pouvoir législatif un créateur absolu du droit : *"il n'est pas du tout nécessaire que les lois humaines se réfèrent au droit naturel"* : elles valent par elles-mêmes, elles sont par elles-mêmes le droit. Conception césarienne et *"libérale"* condamnée par les papes du XIXème siècle (1) et portée à son comble par les Etats totalitaires du XXème (2).

---

(\*) Article publié dans "Le Juris Chrétien" n° 12 (décembre 1983) Revue de la Confédération des Juristes Catholiques de France.

"Faut-il peut-être remonter beaucoup en arrière dans l'histoire pour trouver un tel 'droit légal', qui enlève à l'homme toute dignité personnelle ; qui lui dénie le droit fondamental à la vie et à l'intégrité de ses membres, en livrant l'une et l'autre au pouvoir arbitraire du parti et de l'Etat ; qui ne reconnaît pas à l'individu le droit à l'honneur ni à une bonne réputation, qui contestent aux parents le droit sur leurs enfants et la tâche de leur éducation ; qui surtout considère la reconnaissance de Dieu, Maître suprême, et la dépendance de l'homme à son égard comme son intérêt pour l'Etat et la communauté humaine ?".

"Ce 'droit légal', au sens où il vient d'être exposé, a bouleversé l'ordre établi par le Créateur ; il a appelé le désordre, ordre ; la tyrannie, autorité ; l'esclavage, liberté ; le crime, vertu patriotique". "Tel était et tel est encore, devons-nous dire, dans certains endroits, le 'droit légal'" (3).

Or sans la référence nécessaire de ce "droit légal" au "droit naturel" qui le juge il garde son autorité, quelle que soit son immoralité : il autorise le crime. Les "criminels de guerre" du procès de Nuremberg auraient pu être acquittés si l'on avait observé "les principes du positiviste juridique". Les inculpés se trouvaient pour ainsi dire, couverts par le "droit en vigueur". De quoi, en effet, étaient-ils coupables, sinon d'avoir "accompli ce que ce droit prescrivait ou permettait ?".

"Nous n'entendons pas, certes, excuser les vrais coupables. Mais la plus grande responsabilité retombe sur les prophètes, sur les propagateurs, sur les créateurs d'une culture, d'un pouvoir d'Etat, d'une législation qui ne reconnaissent pas Dieu, ni ses droits souverains. Partout où ces prophètes étaient et où ils sont encore à l'oeuvre, on doit susciter la rénovation et la restauration du véritable esprit juridique" (4).

Pour restaurer ce "véritable esprit juridique" il faut retrouver "l'ordre absolu des êtres et des fins". Il ne faut pas séparer ce qui est uni : dans la nature des choses l'ordre juridique n'est pas séparé de l'ordre moral. Le sens du droit, du "vrai droit" n'existe pas sans le sens du bien, du vrai bien qui est en chaque personne de par sa nature. Chaque être humain possède en lui ce sens, cette loi du bien conforme à sa nature : la loi naturelle.

Naturelle et divine, cette loi relève en chaque être de l'Auteur de la Nature : elle reçoit de Lui son existence, sa force : elle Le reconnaît et Lui donne ce qui lui est dû en justice : l'adoration. Tel est le premier acte de justice et le commencement de tout droit. On ne donnera pas ce qui est dû aux hommes, sans donner d'abord son dû à Dieu.

Pie XII revient souvent à ce premier objet de la justice : ce droit qui fonde tous les autres et qui éclaire tout l'ordre des droits, naturel, positif. Théologie ? Sans doute. Mais aussi philosophie : les dix commandements soutiennent la raison et guident ses pas sur ce qui est sa voie normale et que par elle-même elle devrait connaître.

En remontant à Dieu la raison humaine, même si elle est éclairée par la foi et la théologie, ne perd pas l'autonomie de son domaine. La consistance de la philosophie du droit est renforcée. Cette sagesse n'en connaît que mieux son objet propre : non ce qui est dû à Dieu (et qui la dépasse) mais ce qui est dû à autrui dans les relations de la vie en société. Et cela est à sa portée.

Le lien de dépendance qui relie dans son être chaque personne à Dieu fonde tous les liens qui unissent les personnes entre elles, spécialement ces relations de justice qui sont établies par la nature ou par les conventions humaines. L'ordre de ces relations repose sur ce fondement : il est éclairé par l'Ordonnateur Divin et par la relation de dépendance totale qui lui rattache chaque personne. Cette relation directe à l'Absolu préserve la personne d'être complètement absorbée par la société ; elle la préserve d'abord de son propre absolutisme.

La personne humaine dans l'enseignement de Pie XII (repris par Jean XXIII) est définie comme un être doté d'une certaine nature. Par sa raison et sa volonté, en union avec ses sens et toute sa vie physique, la personne humaine est intégrée à l'univers : les relations de justice sont nouées d'abord par la nature ; et c'est selon la nature des choses et à travers elle qu'elles se développent, se définissent, se multiplient. Ordre naturel = ordre divin, surtout pour la personne dont la nature ne peut être connue vraiment sans "*la connexion ontologique par laquelle elle est liée à la Cause transcendante*". Cette connexion ontologique retentit sur toutes les relations des personnes

entre elles à travers les choses. Sans elle *"il est clair qu'il ne sera pas possible au juriste d'acquérir une saine conception du droit, ni d'obtenir son ordonnance systématique, sinon en renonçant à voir l'homme et les choses humaines en dehors de la lumière qui, telle une pluie, descend de la divinité pour éclairer le pénible chemin qu'il suit dans ses investigations"* (5).

L'image poétique de la pluie qui pénètre doucement la terre suggère l'humble labeur de la raison docile au réel dans la docilité au Créateur. La philosophie du droit est invitée à considérer les personnes dans l'humus qui nourrit leurs racines et soutient leurs relations. La méthode de recherche du juste à travers la nature des choses sera celle du droit naturel classique : un art plutôt qu'une science, une dialectique plutôt qu'une déduction abstraite.

On ne doit pas se laisser tromper par le caractère abstrait d'une pensée fortement universaliste. Le sujet du droit auquel nous réfère Pie XII n'est pas l'individu isolé, l'être fictif qui existe par lui-même et crée de rien ses relations qui l'unissent à autrui : l'individu souverain du Contrat Social, le sujet absolu des *"droits de l'homme"*.

*"L'erreur du rationalisme moderne a consisté précisément dans sa prétention de vouloir construire le système des droits humains et la théorie générale du droit, en considérant la nature de l'homme comme un être existant par lui-même, n'ayant de rapport nécessaire d'aucune sorte avec un être supérieur, de la volonté créatrice et ordonnatrice duquel dépendent son essence et son activité. Vous savez dans quel dédale inextricable de difficultés s'est trouvée la pensée juridique contemporaine, par suite de l'embarras provoqué par cette déviation initiale ; vous savez aussi que le juriste qui s'est confronté à la règle établie par ledit positivisme a failli à sa tâche en perdant, avec la juste connaissance de la nature humaine, la saine conception du droit"* (6). Une saine conception du droit, rejetant l'abstraction individualiste, reconnaît les personnes dans leur réalité sociale : les sujets de droit n'existent comme tels que reliés entre eux par des relations données par la nature ; relations fondamentales de l'enfant à ses parents, de l'être humain à son Créateur. Sur la relation ontologique se greffe la relation de justice qui englobe pour chaque homme envers son Créateur tout ce qu'il reçoit de Lui.

Les sujets du droit n'existent pas comme tels avant qu'il y ait droit. Mais il y a droit dès qu'il y a justice ; et il y a justice dès qu'il y a relation entre êtres humains. Le droit, le juste, est la première qualité humaine de ces relations. Pie XII nous renvoie à saint Thomas d'Aquin pour cette notion objective du droit, qui s'ouvre au discernement du droit naturel. Dans la nature des choses les êtres humains apparaissent comme des fins, et des fins transcendantes par cette *"ouverture à l'Absolu"* qui est même à l'état de blessure mortelle, relation ontologique de la créature au Créateur, de l'homme à Dieu. Faute de reconnaître cette relation primordiale et de la ratifier dans une relation de justice adorante, les sujets de droit sont réduits à leurs relations interpersonnelles. C'est bien vainement que l'individualisme libéral prétendra élever au-dessus des relations sociales un Homme abstrait qui sera mis à la place de Dieu.

Cependant loin de réduire la personne à un ensemble de relations sociales (avec le marxisme) Pie XII déclare qu'elle constitue *"la fin et le fondement de la société"* (7) ; et il recueille l'idée des *"droits fondamentaux de la personne"* que sous la théorie des *"droits de l'homme"* la révolution française héritait du droit naturel. Ces droits ne peuvent être dits *"inaliénables"* et *"antérieurs"* à l'Etat (8) que parce qu'ils viennent de Dieu Auteur de l'ordre naturel qui est l'assise de tout droit de tout pouvoir.

Dans son message de Noël 1942, Pie XII a proclamé ces *"droits fondamentaux"* comme autant de buts pour l'action des pouvoirs dans la société. Ils sont toute autre chose que des droits subjectifs (des facultés d'agir pour les personnes) : ils constituent un ensemble de choses dues aux personnes pour leur développement du berceau à la tombe, en leur procurant l'ensemble des biens du corps et de l'esprit nécessaire à leur vie et à leur perfectionnement : ils requièrent les formes sociales qui rendent possible leur responsabilité personnelle *"aussi bien dans l'ordre temporel que dans l'éternel"* (9).

Ces droits fondamentaux ne sont donc pas antérieurs ni extérieurs au bien commun de la société ; mais ils ne peuvent être violés *"sous prétexte du bien commun"* : *"ils sont ce qu'il y a de plus précieux dans le bien commun"* (10). Ils sont donc des buts de droit, inhérents aux personnes mais non comme des droits subjectifs déterminés par

la loi : ils sont plutôt cela qui détermine la loi au sein de ce bien commun auquel toute loi est ordonnée comme à son but. Décisive est la définition thomiste de la loi "*ordre de la raison au bien commun*" (11).

Personne et société, autorité et liberté, ne sont donc pas antinomiques : elles sont réconciliées dans leur fondement "*l'ordre absolu des êtres et des fins*".

Evoquons ici tout ce que gagnerait la science politique actuelle à préciser les notions de bien commun, de liberté, de pouvoir, à la lumière de l'enseignement de Pie XII sur "*l'ordre absolu des êtres et des fins*". Sur cet ordre divin se fondent également les droits fondamentaux de la personne et l'autorité du pouvoir (12). Toutefois, la personne est première dans l'ordre des fins : seule elle a par nature relation personnelle à Dieu.

Pie XII a diagnostiqué dans leurs causes les grandes maladies de la philosophie moderne du droit : il en a montré les redoutables conséquences dans la vie du monde actuel. Allant au fond du mal il a pu pronostiquer non des malheurs seulement mais des remèdes. Il a servi la justice en notre temps en professant des vérités qui ne passent pas.

## NOTES

- (1) Et expressément par le "Syllabus" auquel nous empruntons la citation précédente (Art. 56).
- (2) Voir allocution au tribunal de la Rote (13.XI.1949) dans "Enseignements Pontificaux" (Solesmes n° 1070-1071).
- (3) Pie XII, ibidem, E.P. n° 1072-1073.
- (4) Pie XII, ibidem, E.P. n° 1074-1075.
- (5) E.P. n° 1057.
- (6) E.P. n° 1058.
- (7) A maintes reprises dans les discours, dans les grands messages de Noël, spécialement : 24 déc. 42, E.P. n° 778, 785, 803, etc.
- (8) E.P. n° 834.
- (9) E.P. n° 803.
- (10) E.P. n° 1053.
- (11) Ajoutons avec St Thomas d'Aquin : "formulée par celui qui a la charge de gouverner le peuple, et promulguée". Ia - IIae q 90 a 3,4.
- (12) Voir le message de Noël 1944 E.P. n° 847 et s.

**LE LIBERTARIANISME  
ET LE PATERNALISME LEGAL \***

Par John HOSPERS

*Département de Philosophie  
Université de Californie du Sud*

- \* Cet article a paru en anglais dans **The Journal of Libertarian Studies**, vol. IV, n° 3, Été 1980, p. 255 à 265. Nous tenons à remercier très sincèrement et très chaleureusement l'auteur et l'éditeur d'avoir accepté de nous confier ce texte et d'avoir autorisé la publication de la traduction de M. A. Atias.

Dans son livre **Principes de morale et législation**, le philosophe et législateur du 18ème s., Jeremy Bentham divise toutes les lois en trois catégories :

- 1° Les lois prévues pour vous protéger de tout dommage causé par d'autres personnes ;
- 2° Les lois prévues pour vous protéger de tout dommage causé par vous-même ;
- 3° Et enfin, les lois exigeant de vous aide et assistance aux autres personnes.

Bentham soutenait que seule la première catégorie de lois était légitime et, en général, les libertariens seraient du même avis.

La troisième classe de lois, parfois appelées "*lois du bon Samaritain*" est en notable augmentation de nos jours, et, l'exemple principal n'en est pas la loi vous requérant d'assister des personnes dans les difficultés (telles que les victimes d'accidents) encore que ces lois aussi soient en augmentation (1), mais plutôt des lois -tout à la fois dictées par le Congrès et les Bureaux- qui traitent de la distribution : ainsi en est-il des timbres pour le bien-être et la nourriture et des programmes pour les déshérités.

Bentham argumenta de façon persuasive contre ces lois aussi : et il condamna également les lois du deuxième type et c'est de celles-ci que je me propose de traiter dans cet article. La législation prévue pour protéger les gens d'eux-mêmes est appelée "*législation paternaliste*" et la conception que de telles lois sont légitimes et devraient être promulguées est appelée "*paternalisme légal*".

- I -

Le moralisme légal est la conception de ce que la Nation toute entière devrait être gouvernée par une seule moralité et/ou religion et qu'une différence d'opinion avec le point de vue officiel devrait être punie comme un crime. Des exemples de moralisme légal sont fournis par l'Eglise Catholique avant la Réforme et par l'Iran de l'Ayatollah Khomeini.

Le paternalisme légal est la conception selon laquelle la loi devrait (au moins de temps en temps) exiger d'un peuple qu'il agisse

a) contre son désir,

b) pour son bien, et aussi le protéger des conséquences indésirables de ses propres actions. Le terme dérive du latin "*pater*", père ; de même qu'un bon père protège ses enfants du mal et du danger, tirant en arrière l'enfant devant la voiture lancée à grande vitesse ou encore au bord du précipice où il risque de tomber, de même l'Etat devrait protéger ses citoyens, non seulement contre le tort à eux infligé par d'autres citoyens, mais aussi contre le mal qu'ils pourraient se faire à eux-mêmes. Si bien que, selon les partisans du Paternalisme légal, l'Etat devrait interdire les drogues parce que sinon les gens risqueraient d'en consommer, et même si le péril ne concernait que leur santé ou leur vie, l'Etat devrait protéger de telles valeurs les concernant, si les gens sont trop sots ou trop incompetents pour le faire eux-mêmes. Ou encore, l'Etat devrait protéger les gens contre leur propre prodigalité par des épargnes obligatoires telles que la Sécurité Sociale.

Les libertariens, bien sûr, sont vigoureusement anti-paternalistes, puisqu'ils croient que les gens devraient supporter les conséquences de leurs actes et que, en tout cas, l'Etat n'a aucun droit à décider par voie légale ce que les gens doivent faire aussi longtemps que leurs actes ne portent aucun préjudice à quelqu'un d'autre. Le concept de préjudice est, nous l'admettons, vague (2), certains diraient, par exemple, qu'un instituteur porte plus de préjudice à des enfants en leur enseignant une doctrine antichrétienne qu'en blessant matériellement leur corps, et si les mêmes personnes imposaient leur volonté elles imposeraient non seulement le paternalisme légal mais un système complet de morale légale. Pourtant la plupart des chrétiens, sachant ce qui arriverait si chaque secte morale ou religieuse essayait d'imposer son point de vue à chacun de cette façon, préféreront la persuasion à l'obligation et, quelques malfaisants qu'ils puissent trouver certains enseignements, ne pousseront pas jusqu'à demander qu'on déclare ces enseignements illégaux. Mais le désagrément à propos de ce qui constitue le préjudice se poursuit : certains considèrent comme malfaisants les productions cinématographiques classées X ;

d'autres pensent de même à propos des plages où les gens sont nus, et encore d'autres tiendront le même raisonnement à propos de certaines théories d'éducation. Pourtant la plupart de ceux qui tiennent ce raisonnement (et dans le cas de l'éducation souvent avec de bonnes raisons) n'iront pas jusqu'à prétendre que ceux qui sont responsables de ce préjudice allégué sont passibles de poursuites judiciaires, civiles ou criminelles. Le "*préjudice*" est en général traduit par les libertariens en accord avec leur philosophie politique de façon à inclure :

- a) la blessure corporelle telle que causée par des voies de fait,
- b) le dommage causé à une propriété ou vol de celle-ci
- c) et la violation d'un contrat.

En conséquence, ce sont ces points seulement que les libertariens cherchent à interdire par voie légale.

## - II -

Cependant, même les libertariens ne sont pas, par principe, opposés à tous les paternalismes. Il existe plusieurs groupes de gens pour qui un certain degré de paternalisme mérite une action.

**1° Bébé et enfants.** Les bébés ne peuvent absolument pas prendre soin d'eux-mêmes et les enfants ne le peuvent pas non plus sur bien des points. Certes, les enfants prennent des décisions, mais, par manque d'expérience, souvent ils ne parviennent pas à apprécier les conséquences des actions qu'ils envisagent. Le point de vue sur les droits des enfants est un foyer ardent de controverses habituelles ; cependant, il n'est probablement aucun parent qui n'ait à quelque moment usé de contrainte afin d'empêcher son enfant de subir un mal ou afin de lui faire du bien.

Un degré de paternalisme est également compris dans le système légal ; par exemple, s'il est démontré que des parents font souffrir leurs enfants, l'Etat retire aux parents la garde des enfants pour le bien de ces derniers, même si un tel acte n'est pas, parfois, en accord avec les propres souhaits des enfants, émis à ce moment-là. L'examen raisonné aura montré que les parents se seront comportés comme des gardiens non compétents des droits des enfants.

**2° Les vieillards.** Quand un couple de gens âgés ne peut plus assurer ses besoins mais refuse d'abandonner son logis, qu'en conséquence il refuse de payer les factures utilitaires et que la lumière et le chauffage lui sont coupés, il est habituel qu'un de leurs proches obtienne d'un procureur auprès du Tribunal le pouvoir de payer les factures, et, peut-être de conduire des transactions commerciales au nom des parents même si ceux-ci ne sont pas d'accord, afin de protéger lesdits parents contre les conséquences de leurs actes.

Quoiqu'il n'y ait eu que peu de discussion à ce sujet, il est probable que la majorité des libertariens s'accommoderaient, dans de tels cas, d'un certain degré de paternalisme. Au stade ultime il paraîtrait assez grossier de dire *"s'ils sont assez stupides ou négligents au point de ne pas payer les factures de la vie de chaque jour, laissez-les geler"*. Notre affirmation usuelle est que les gens sont capables d'estimer jusqu'à un certain point les conséquences de leurs propres actes, et cette affirmation est fautive dans le cas de gâtisme, tout autant que dans le cas des enfants.

**3° Les incapables mentaux** (c'est un groupe plus vaste que celui des déments).

Il ne s'agit pas d'un groupe nettement individualisé, mais pourtant il y a bon nombre de gens qui, comme les enfants, sont tout-à-fait incapables de se comporter normalement dans le monde et de lutter pour eux-mêmes. Dans la plupart des Etats, les gens sont au moins temporairement *"mis sous l'aile"* des institutions quand ils sont en danger immédiat de *"faire du mal à eux-mêmes ou aux autres"*.

Les libertariens, en général, sont opposés au placement obligatoire des gens qui n'ont commis aucun crime passible de la loi mais il n'est pas évident que tous les libertariens seraient conduits à s'opposer à l'incarcération d'un psychotique brandissant un couteau dans une phase agressive qui l'incline à tuer les enfants du voisinage.

D'autres pourraient approuver l'incarcération par contrainte de celui qui représenterait un danger pour lui-même ou même de celui qui serait simplement incapable d'agir, par exemple, de trouver sa nourriture ou son abri alors qu'il possède sur lui de l'argent.

## - III -

Mais, laissons pour un moment ces groupes de côté. Que dire des *"adultes normaux"* ? Au moins, pourrait-on croire, nous devrions être entièrement opposés à quelque paternalisme que ce soit en ce qui les concerne.

John Stuart Mill écrit dans **Sur la liberté** :

*"ni une personne, ni un groupe, n'est autorisé à dire à une autre créature humaine, majeure, qu'elle ne doit pas agir dans sa vie pour son propre bénéfice comme elle l'a choisi... Le seul motif d'action justifié contre n'importe quel membre d'une communauté civilisée, contre son gré, consiste à l'empêcher à faire du mal aux autres. On ne peut en droit l'obliger à agir ou l'en empêcher parce que cela sera mieux pour lui, que cela le rendra plus heureux, que, dans l'opinion des autres, d'agir de telle façon est plus sage ou même plus juste".*

Mill, disciple de Bentham, était un *"utilitarien"* et fondait ses conclusions morales sur ce qui était *"le mieux pour la société"* mais on peut douter qu'il ait pu justifier son antipaternalisme actif sur un terrain utilitaire. On peut penser que l'obligation faite aux motocyclistes de porter un casque pour leur protection, produit au total de meilleurs résultats, par exemple un bonheur plus complet et moins de malheur, que l'absence d'obligation surtout s'il y a une quantité de conducteurs insouciants.

On peut même croire que la coutume de faire arranger le mariage par les parents apporte moins de malheur que de laisser les jeunes décider eux-mêmes de la chose, surtout quand ils sont émotionnellement loin de la maturité. Pourtant, Mill, pas tellement dans son livre *"Utilitarianism"* mais dans On liberty fonde son attitude sur des considérations tout à fait différentes.

*"Il y a une part de la vie de chacun, une fois atteint l'âge du discernement où l'individualité de chaque personne peut régner sans contrôle, ni d'une autre personne, ni de la collectivité"*

Et de même, dans son ouvrage sur **La liberté** *"la manière dont un homme conduit sa vie est la meilleure, non pas parce qu'elle est la meilleure en soi, mais parce que c'est la sienne... C'est le privilège et la condition même de chaque être humain quand il a atteint la plénitude de ses facultés, d'employer et interpréter l'expérience à sa façon".*

Mill, ici, parle "au sujet de ce que cela signifie d'être un être humain, un sujet autonome". C'est parce que "le fait de forcer une personne pour son bien, supprime son état d'être indépendant" que Mill s'y oppose aussi violemment et en termes aussi catégoriques. "Pouvoir choisir est un bien qui est indépendant de la connaissance de ce qui est choisi" (3).

La question que je veux maintenant poser est : les libertariens sont-ils condamnés à être 100 % antipaternalistes, si on excepte les cas cités dans le paragraphe précédent ?

Nous sommes parfois paternalistes avec des adultes qui ne présentent pas de troubles mentaux et nous nous croyons tout à fait dans le droit d'agir ainsi ; un ami, une épouse vous dit "n'oubliez pas de me réveiller à 7 h, mon travail en dépend. Obligez-moi s'il le faut. Ne tenez aucun compte de ce que je dirai à ce moment-là, faites-moi lever". Si vous agissez ainsi, en désaccord avec le souhait de la personne à son réveil, devez-vous en tant que libertarien ressentir une culpabilité et un remords ? Non, parce que même si le fait de l'obliger à se lever est contraire à son souhait à ce moment, ce fait est en accord avec les buts à long terme qu'il s'est lui-même fixés.

Nous sommes dans une position telle que nous devons ou bien sacrifier son but à court terme (rester endormi) ou son but à long terme (garder son travail) et nous considérons qu'il est préférable d'assurer son but à long terme.

L'assistant hospitalier nourrit de force un malade qui a besoin de cette nourriture mais la refuse. Le libertarien devrait dire "s'il ne veut pas de nourriture, il est mauvais de le forcer" et ainsi l'amener à la mort ? Bien sûr que non.

Ce que nous devons faire (ou au moins ce qu'il nous est permis de faire) c'est d'aller contre son désir présent qui peut durer un jour ou une semaine, afin de satisfaire son désir à long terme (qui était permanent avant sa maladie actuelle) de survivre. Quand le malade aura recouvré la santé, il est possible qu'il nous remercie de l'avoir nourri de force : "cela m'a sauvé la vie". Si cela arrive, les libertariens vont-ils continuer à dire

de l'alimentation de force qu'elle était mauvaise ? Même si au moment donné nous n'avons aucune preuve indépendante que le patient tenait à la vie, nous pouvons essayer de le supposer à partir du fait qu'il a vécu jusque là et sommes justifiés d'avoir **présumé** qu'il souhaite vivre. S'il nous est reconnaissant d'avoir sauvé sa vie, cela seul suffit à justifier notre action ; et s'il souhaite encore survivre après sa guérison, il est encore en vie pour faire ce choix, et il lui reste de nombreux moyens d'arriver à se propre mort s'il fait ce choix. Certaines décisions une fois prises sont très lointaines à atteindre ou dangereuses, ou irréversibles, parfois tout à la fois, dans notre exemple. Quand il en est ainsi, nous agissons de façon paternaliste dans l'intérêt du sujet, afin qu'il puisse vivre pour choisir le moment librement.

#### - IV -

C'est une chose que d'avoir le droit de faire un acte X, cela en est une autre que d'exiger légalement qu'il agisse ainsi. Y-a-t-il une justification quelconque du paternalisme légal ?

Mill lui-même pensait que dans certaines occasions le paternalisme était justifié. Il soutenait par exemple qu'un contrat par lequel une personne se vend à perpétuité en esclavage devrait être nul et non avenue, et c'est en vérité ainsi qu'il serait défini par à peu près tous les tribunaux du monde occidental.

Mais pourquoi si une personne signe un tel contrat, quelqu'un devrait interférer ? Mill écrit dans son **On Liberty** :

*"La raison de ne pas intervenir, sauf pour le salut d'autrui, dans les actes volontaires, est la prise en considération de la liberté de quiconque, ... en se vendant comme esclave, il aliène sa liberté, il abandonne tout emploi ultérieur de cette liberté au delà de cet acte simple. De sorte qu'il détruit, dans son cas, le but même qui est la permission de disposer de lui-même... le principe de liberté ne peut exiger qu'il soit libre de ne pas être libre. Ce n'est pas une liberté que d'être autorisé à aliéner sa liberté".*

La raison pour ne pas honorer ce contrat est la nécessité de préserver la liberté de la personne de faire d'autres choix dans le futur. Le paternalisme est justifié

au temps 1, afin de préserver une étendue de liberté pour cet individu aux temps 2, 3, 4, etc...

Peut-être cet exemple est-il extrême ou tout au moins unique. Revenons donc à un exemple plus approprié à ce monde, la loi qui oblige dans tous les Etats des U.S.A., sauf quatre, les cyclistes à porter un casque pour leur propre sécurité. Mais "*pour leur propre sécurité*" n'est pas la seule raison pour promulguer de telles lois. C'est aussi pour la protection des autres, ce qui nous fait tomber sous le titre de paternalisme impur plutôt que sous celui de pur paternalisme (une loi est purement paternaliste si elle s'intéresse **uniquement** à la protection de l'individu ; elle est paternaliste de façon impure quand elle est édictée en partie pour cette raison et en partie pour d'autres). Sans son casque, un cycliste au cours d'un accident risque une blessure du crâne, et sous l'égide des lois actuelles intéressant les handicapés il sera une charge permanente pour l'Etat, pouvant parfois vivre plusieurs dizaines d'années à la charge de la Société.

La Cour Suprême de Rhode-Island il y a quelques années, soutint l'exigence du casque en se fondant sur ce qu'il n'était pas certain que la législature soit sans pouvoir d'interdire à des individus de "*se conduire de façon à risquer de devenir une charge pour l'Etat*".

Se suicider est habituellement un crime (on peut vous tuer pour l'avoir tenté). Même des tentatives sans succès sont punissables. Cependant, votre vie est votre propriété, n'avez-vous pas le droit d'en faire ce que vous voulez ? Quel droit à l'Etat de vous donner ordre de n'y pas toucher ? Aucun, disons-nous.

Pourtant l'Etat donne ordre à ses policiers, quand quelqu'un essaie de se tuer en sautant dans la rivière, de faire de leur mieux pour sauver le suicidé en puissance pourvu qu'ils puissent le faire sans "*risque majeur*" pour leur propre vie.

Y-a-t-il une justification quelconque de cette règle ? Je pense qu'une telle règle pourrait être défendue pour la raison déjà donnée : quand on empêche de force une personne de se tuer au temps 1, on permet à cette personne de faire son choix plus tard alors que le décès de cette personne aurait mis un terme à tout choix futur. Peut-être cette personne était en état dépressif, qui aurait disparu si elle avait vécu ; peut-être avait-elle

l'esprit en pleine confusion ou peut-être était-elle droguée, déséquilibrée ? Le policier n'en sait rien quand il voit l'homme sauter. Il vaut mieux supposer que pour l'avenir lointain l'homme veut vivre, que de supposer que son opinion ferme et continue (temps 1, 2, 3, n...) est de mourir. Si on suppose que sa tentative est seulement une aberration temporaire, et qu'on agisse en conséquence, des remerciements chaleureux seront sa réponse, tandis que si ce n'est pas une aberration temporaire mais une décision permanente, alors notre homme sera toujours en vie pour faire son choix un peu plus tard.

Le paternalisme dans un tel cas représente une sorte de **gageure**, faite par quelqu'un qui agit de façon paternaliste pour le bien de quelqu'un d'autre.

*"Je vais parier que vos désirs à long terme sont contraires à votre souhait apparent du moment présent, aussi vais-je agir pour protéger votre désir à long terme même si cela veut dire que je nie votre souhait actuel, que j'espère temporaire".*

Dans certains cas, il peut même paraître justifié, par exemple pour le mariage de très jeunes gens, d'**imposer de force une période d'attente**, quand les conséquences de l'acte risquent d'être tout à fait lointaines et catastrophiques, il peut paraître meilleur de faire attendre le sujet même si ce n'est pas son désir actuel, exactement comme on oblige quelqu'un à se lever même si cette personne ne le veut pas à ce moment précis. Une impulsion suicidaire aurait des conséquences imprévisibles, lointaines si bien qu'importe serait justifié à se tromper au nom de la prudence ? Si les jours passent, que la personne reste profondément déprimée, refuse les conseils ou les traitements, alors ce sujet peut comme Marc Aurèle peser prudemment le pour et le contre et décider enfin *"Cette pièce est enfumée, je sors"*.

- V -

Plutôt que d'adopter la conclusion simpliste que toute action paternaliste est mauvaise, j'adopte une conclusion plus modérée : je veux dire que plus une action personnelle (ou un projet, ou la pensée d'une action) est **volontaire**, moins d'autres personnes (ou institutions, en particulier la loi) sont justifiées à se conduire de façon paternaliste envers cette personne.

Le mot clé est "**volontairement**". La conception populaire de l'intention volontaire, partagée par la plupart des libertariens, me paraît effleurer la surface du concept. La conception populaire, que l'on trouve dans la plupart des textes libertariens est que l'intention volontaire signifie **non-obligation**. Aussi longtemps que vous n'avez pas été obligé, ainsi que le suggère cet argument, votre décision est volontaire ; mais selon moi il en faut beaucoup plus.

I - La liberté à l'égard de l'obligation et de la contrainte.

Il est vrai que quand apparaît la contrainte, la décision n'est pas volontaire. Mais même dans ce cas existent des degrés. Le cas limite est par exemple celui où quelqu'un de plus fort que vous met de force vos doigts sur la gâchette du fusil. Vous résistez mais sans succès. Dans ce cas, il ne s'agit pas du tout de votre acte mais de l'acte de la personne qui vous y a obligé. Vous êtes non pas en une action physique dominatrice, mais en sa **menace** : "*Si tu ne donnes pas ton portefeuille, je tire*". Contrairement au premier cas, dans le cas de menace, il y a un choix ; vous pouvez donner votre vie au lieu de votre portefeuille (ou probablement l'une et l'autre). Il ne s'agit guère d'un choix et donner notre portefeuille n'eût pas été notre choix sauf si nous y sommes contraints : nous fûmes amenés à le faire alors que nous ne l'aurions pas fait volontairement.

Les menaces aussi sont affaire de degré. La menace de perdre la vie est plus sérieuse que la menace d'une blessure. La menace d'une blessure est en général plus sérieuse que celle de la perte d'emploi ; et la menace de votre belle-mère de s'en aller si vous ne faites pas ce qu'elle demande est encore moins une menace, à la vérité il peut même s'agir non d'une menace, mais de son opposé, un encouragement (4). Un bon nombre de libertariens ne parle de contrainte que s'il existe un dommage physique ou la menace de celui-ci, mais à mon avis le champ est trop étroit.

La menace d'une perte d'emploi peut n'être qu'une piètre menace si vous pouvez aisément en obtenir un autre ; mais s'il n'y en a pas d'accessible à 100 miles à la ronde ou si il n'y a pas d'offre correspondant à vos aptitudes ou si vous devez déménager avec toute votre famille dans un autre Etat, la menace d'une perte d'emploi peut devenir très sérieuse.

En aucun cas, vous n'auriez volontairement abandonné votre travail, vous ne l'auriez quitté que contraint (et par coercition, nous entendons la menace portant sur votre genre de vie, différente seulement en degré de la menace sur votre vie ou un de vos membres).

En vérité, quelque soit la sorte de pression exercée, cela interfère avec l'indépendance de votre décision. Le gardien dit *"si vous ne coopérez pas avec nous en vous joignant aux réunions de thérapie de groupe, nous allons vous mettre au trou pendant deux semaines"*. Assurément, ceci compromet l'autonomie de décision du prisonnier. Quelqu'un effectue une pression sur vous pour vous faire prendre une décision à la hâte alors que vous ne l'auriez pas prise, sans cette pression ; encore que ceci ne soit pas comparable à la perte de la vie ou d'un membre, cela peut compromettre sérieusement l'autonomie de la décision. Il se peut que les lois prohibant le duel soient justifiées par le fait que si le duel était autorisé, bien des gens ressentiraient une grande obligation à préserver leur image *"macho"* en ne refusant jamais un défi et ainsi, ils sont (pas exactement contraints, mais...) obligés (peut-être par une contrainte sociologique considérable) à courir de duel en duel même s'ils n'aimaient pas cela et s'en abstiendraient, n'était l'obligation.

Ce n'est pas un cas évident de contrainte mais il y a une continuité entre la coercition et la contrainte et quand la contrainte est de celles que j'ai décrites, un individu sera soulagé et ravi, et au long terme il remplit un plan de vie plus accordé avec ses souhaits personnels si la pratique des duels est interdite par la loi (rappelez-vous le film *"les duellistes"* où cette contrainte ruine la vie entière du protagoniste. Quelle est la différence entre cela et le tuer directement ?).

Il y a une sorte de sagesse paternaliste dans la remarque de l'éminent philosophe Groucho Marx dans un de ses films, quand il s'éveille d'un évanouissement et déclare *"mettez-moi de force un peu de cognac dans le gosier"*.

Toute influence, que ce soit une pression ou une coercition totale qui amène le processus de la décision à *"filtrer à travers votre esprit"* et ainsi déclenche la décision avec une coopération nulle ou partielle de vos facultés de décision indépendantes. Cette influence conduit

à inhiber l'autonomie de la décision ; mais la liberté à l'égard de l'obligation de la contrainte est seulement l'une des conditions réclamées pour une action volontaire.

## 2 - Un assentiment informé et enseigné.

La décision doit être informée, fondée sur les faits relevant de la cause et toute fausse information supprimée. Si le marchand vous vend ce qui est selon lui un diamant véritable alors qu'il s'agit en fait de verroterie et que vous payiez le prix d'un diamant, votre décision de payer n'est pas volontaire. *"Vous n'auriez pas payé autant pour cela volontairement"* dirons-nous, au moins pour un bout de verre. Il ne s'agit pas de coercition ou d'obligation, vous avez été trompé, c'est-à-dire qu'on vous a fourni une information fausse quand vous avez pris votre décision.

La tromperie est seulement un cas spécial. Vous pensez que vous êtes en train de boire de l'eau, vous en avez réclamé, et votre hôte a apporté un liquide clair qui a l'air d'être de l'eau, mais qui contient du poison. Encore qu'aucune contrainte ne vous ait été imposée, on ne peut affirmer raisonnablement que vous buvez volontairement du poison. Le fait de boire du poison n'est pas dans ces circonstances un acte délibéré ; boire de l'eau en est un, mais ce n'est pas ce que vous faites.

Ou encore, vous vous apprêtez à traverser un pont, sans savoir que l'extrémité du pont a disparu, vous ne pouvez la voir à cause du brouillard. Vous savez que si le pont a disparu vous allez faire une chute mortelle, mais vous ne savez pas que ce pont est détruit. Etant donné que votre but est de traverser le pont et non pas de vous suicider, votre action, fondée sur une fausse information est involontaire. Si un homme pensait réellement que quand il a sauté du 25ème étage il va flotter dans l'air, est-ce que son saut vers la mort serait encore volontaire ?

Quand un malade accepte de participer à une expérimentation médicale -on ne le menace pas, on ne le contraint pas- mais si certaines conséquences sérieuses ou déplaisantes de la substance expérimentée lui ont été dissimulées, on ne pourra dire qu'il consent spontanément à absorber la substance. Il ne faut pas seulement un assentiment sans contrainte, il faut une information associée.

Parce que l'assentiment n'est pas informé, il n'est pas totalement indépendant. A quel degré d'information doit-on atteindre pour être réellement renseigné ? La formule générale est : on doit fournir au sujet toutes les informations le concernant avant que la décision puisse être prise. Mais là aussi c'est affaire de degré : on pourrait continuer indéfiniment à citer des cas médicaux qui **pourraient** avoir rapport avec le problème ; peut-il se trouver quelqu'un qui soit sûr qu'on est arrivé au bout de ces citations ? Même si le médecin ou le chercheur a cité tous les faits qu'il connaît, il peut s'en trouver d'autres qu'il ne connaît pas, qui ont un rapport étroit avec la décision du malade et même avec sa vie ou sa mort.

Donc, il semblerait que le malade pût disposer d'un assentiment informé, mais pas d'un **assentiment totalement informé**. Si une information entière (complète) est réclamée en cas de volontariat, l'assentiment du patient sera toujours un peu moins que tout à fait volontaire. Disons-le à nouveau, c'est affaire de degré.

Quand des prisonniers ou des patients d'un hôpital psychiatrique sont encouragés à s'offrir comme des cobayes, il est tout à fait probable que, cachée à l'arrière plan, sinon au premier plan, on trouve une pression externe (punition si vous refusez, récompense si vous acceptez). Mais, en outre, c'est bien rarement en fait que le malade reçoit toutes les informations afférentes que connaît le médecin, ce qui arrive ressemble plus à *"qu'est-ce que vous penseriez, les gars, de vous joindre à nous pour une expérimentation intéressante et qui ne vous prendrait pas beaucoup de temps"* et ainsi de suite. Si bien que l'accord manque de volonté personnelle des deux côtés.

Ce serait à peine exagéré d'affirmer que l'accord des enfants pour participer à une telle expérimentation ne peut jamais être totalement spontané et que cette *"approbation volontaire"*, encore qu'on puisse la demander dans un tel cas, ne peut jamais être donnée. Même si l'enfant pouvait avaler toute l'information qu'un médecin inhabituellement bavard aura fournie au sujet d'un nouveau médicament, l'enfant n'est pas en mesure d'**apprécier** la force de cette information. Combien d'enfants peuvent réellement comprendre l'importance majeure d'une simple affirmation telle que *"il y a 50 chances sur 100 que vous mouriez ?"* Les enfants peuvent faire toutes sortes d'affir-

mations confiantes, de défis, de paris, sans avoir une idée complète de ce qu'ils signifient. Quand on offre à un gamin de 12 ans du L.S.D. en lui disant "*cela va te donner une sensation formidable*", il peut l'accepter avec enthousiasme tout autant qu'un bébé qui jouerait avec un bâton de dynamite ou un fusil chargé.

Pour cette raison, et au contraire de ce que certains libertariens croient apparemment, toutes ces sortes d'invitations devraient être interdites par la loi, pour la protection de l'enfant.

L'enfant ne peut donner un consentement éclairé encore moins un accord "*instruit*" et ceux qui prendraient avantage de l'incapacité de l'enfant devraient subir les foudres de la loi la plus sévère. Dire que "*après tout, l'enfant a donné son assentiment*" serait risible si les conséquences n'en étaient aussi tragiques.

### 3° Un état psychologiquement sain.

Il existe, me semble-t-il une troisième condition qui doit être remplie. Une personne peut ne pas subir une coercition ou une pression extérieure et peut avoir une connaissance complète des informations sur le problème, et pourtant cette personne peut prendre sa décision d'après ce que je pourrai seulement décrire comme un état psychologique insatisfaisant ou irrationnel si on interprète les termes. Une personne peut être mentalement déséquilibrée ; mais sans aller aussi loin elle peut être dans un état d'étourdissement, ou sous l'influence d'une drogue, ou dans un état aigu de tristesse ou de dépression, ou simplement de confusion. Habituellement, quand quelqu'un est dans un tel état on peut difficilement dire qu'il est "*totalemt informé*" si bien que son action ne serait pas spontanément volontaire en vertu du deuxième argument.

Mais il peut y avoir des cas où il ne subit aucune pression, où tous les faits sont clairement exposés et où pourtant il n'est pas en état de prendre une décision telle qu'il l'aurait prise s'il n'avait été dans un tel état psychologique. Une personne en état de dépression pourrait avoir une pleine conscience des faits en soi et pourtant un catalogue de faits qui pourraient habituellement terroriser, par exemple, sa mort imminente ou la fin du monde entier pourrait bien ne l'amener à aucun acte ou aucune réponse.

Je ne veux pas dire que n'importe quelle décision que nous étiquetterions comme non judicieuse montrerait que la personne est dans cet état psychologique "*anormal*"; bien des gens certes peuvent agir volontairement et pourtant sottement. Je veux seulement suggérer que quand un sujet est dans l'état mental que j'ai décrit, ses décisions ne peuvent être considérées comme totalement volontaires.

Un malade psychotique en phase délirante peut sauter du deuxième étage, sans aucune contrainte et sachant parfaitement les effets probables d'un tel acte. C'est essentiellement l'état mental d'un tel sujet et non l'obligation ou l'absence d'information qui nous fait hésiter à dire que ses actions sont totalement volontaires.

Quand ils discutent sur les actes de l'homme, les libertariens attachent une grande importance au mot "*volonté spontanée*". Mais, à mon avis, la plupart d'entre eux la conçoivent trop petitement. "*S'il a été obligé il n'a pas agi de son propre chef*", une telle affirmation est acceptée par tous les libertariens. Mais ils oublient trop souvent de voir que la volonté délibérée n'est pas aussi simple que cela, -et qu'une fois éliminée la notion de coercition ou pression- l'action peut quand même manquer de volonté délibérée. J'ai soutenu que la conception simpliste de la volonté délibérée non seulement ne rend pas justice à ce concept mais en outre que l'effet en est souvent fort fâcheux et j'ai affirmé que la volonté délibérée, comme bien d'autres concepts n'est pas un concept de **oui** ou **non** mais affaire de degré : non seulement la coercition associée à la pression comporte un vaste éventail d'influences, d'une application de la force à un bout jusqu'à l'exercice d'une pression psychologique subtile, à l'autre, mais encore, même quand aucune pression extérieure n'a été mise en jeu, un acte peut être seulement incomplètement volontaire s'il ne répond pas aux deux autres conditions que j'ai exposées.

## - VI -

J'ai argumenté en faveur du paternalisme dans les pages précédentes quand l'action du paternalisme conduisait à aider un sujet à atteindre ses propres objectifs. L'homme veut se réveiller à 7 h du matin pour garder son travail et en allant contre sa demande de 6 h. nous l'aidons à atteindre ce qu'il veut, même si ce n'est pas ce qu'il souhaite au moment précis où nous le réveillons.

Si l'envie de se suicider est transitoire, nous l'aidons à atteindre son but lointain, qui suppose qu'il soit en vie en ne le laissant pas se tuer à ce moment. Même quand les lois qui interdirent le duel furent proposées, elles s'appuyèrent sur l'affirmation qu'une vie libérée de cette malédiction est ce que souhaitait pour lui-même tout individu en constante menace d'être appelé à d'autres duels. Mais il y a aussi un paternalisme qui **contrarie** les buts à long terme de chaque personne. Les lois qui limitent le nombre d'heures de travail par semaine sont présentées par leurs partisans comme assurant la protection de la personne ; mais que dire si cette personne ne réclame rien de pareil ? Que dire si cette personne souhaite faire une quantité d'heures supplémentaires cette année pour gagner l'argent nécessaire pour se lancer dans un commerce, peut-être lucratif, l'an prochain ?

Mais, pourra-t-on dire, assurément les actions qui contrariaient les buts personnels ne peuvent être paternalistes, puisqu'une partie de la définition du paternalisme est qu'il agit pour le bien du sujet. Certes, mais là est la difficulté : **ce qui est bon pour le sujet** peut ne pas être la même chose **que ce qu'il désire** (même à long terme).

Supposons que, ce que nous souhaitons pour son bien, ce soit qu'il développe ses qualités afin d'avoir une vie comblée, alors que tout ce qu'il souhaite c'est d'être un noceur. Ou supposons qu'il est un drogué et que tout ce qu'il souhaite est de rester dans l'euphorie de la drogue pour toute la durée de sa vie (ne se souciant nullement si sa vie est courte aussi longtemps que selon son appréciation elle est douce). Même si **nous** croyons, même si nous croyons fermement qu'une telle vie ne **lui** fait aucun **bien**, pensant aux qualités gâchées, à tout ce qu'il aurait pu faire et apprécier s'il n'avait (à notre point de vue) gâché sa vie, néanmoins, nous sommes mis en face du fait que ce que nous voulons pour lui n'est pas la même chose que ce que lui veut pour lui-même.

La sorte de paternalisme qui consiste pour nous à agir contre la volonté d'un sujet pour atteindre les buts que **nous** nous sommes fixés pour lui, plutôt que notre action contre sa volonté actuelle pour atteindre ses **propres buts** (étant entendu qu'il est assez adulte pour en avoir) est à mon avis le paternalisme que devraient condamner tous les libertariens.

Les libertariens ont condamné tous les paternalismes sans reconnaître ses deux aspects distincts, l'un d'entre eux étant parfois acceptable, l'autre non.

Une fois établi que nos buts pour une personne ne coïncident pas avec ses propres buts, et une fois que nous aurons essayé la raison et même, cela est possible, la persuasion pour la convaincre (ne jamais la forcer), si elle persiste dans son point de vue, alors, en tant que libertariens, nous devons conclure "*c'est sa vie, je n'en suis pas propriétaire, je peux parfois employer la coercition contre sa volonté pour atteindre ses propres fins, je ne puis jamais employer la coercition contre sa volonté pour atteindre mes fins. A mon avis, et même du point de vue de Sirius, mon idéal pour lui, est meilleur que le sien. Mais son idéal a la seule caractéristique spéciale que c'est le sien. Aussi, je n'ai aucun droit à intervenir de force contre lui.*"

Ici, en tant que libertariens, nous sommes à égalité. Et, au fond ce n'est que l'application de la deuxième règle morale de Kant, que nous devrions toujours traiter les autres en tant qu'entités et jamais comme le moyen d'atteindre nos fins.

## NOTES

- (1) Voir par J. Ratcliffe, The good Samaritan and the law, New-York Anchor Doubleday, 1966.
- (2) Voir Joël Feinberg, Social Philosophy, Englewood Cliffs, N.J. Prentice-Hall paperback, Foundations of Philosophy series, 1973, chap. 2 and 3.
- (3) Gerald Dworkin, "Paternalism", The Monist 56, n° 1.
- (4) Voir John Hospers, "Some Problems Concerning Punishment and the use of Force", Reason, (november 1972 and january 1973).



R. R. J. 1985  
Pages 557 à 709

E T U D E S



# LA NOTION DE CONSIDERATION

## DANS LA COMMON LAW :

Vieux problèmes. Nouvelles théories (\*)

Par Basil S. MARKESINIS

*Fellow of Trinity College  
Lecturer in Law, University of Cambridge*

*Professeur associé aux Universités  
de Paris I et Paris II (1982-3)*

### I - INTRODUCTION

"Cause" et **consideration** sont deux notions qui ont donné naissance à des controverses sans fin dans leur propre système de droit et à une incommensurable confusion chez ceux qui sont étrangers à ces deux systèmes. Les juristes français ont bénéficié d'une présentation claire de la notion anglaise de **consideration** dans les ouvrages du professeur David (1). Mais ce qui y était décrit est l'interprétation "*classique*" de la doctrine telle qu'on pouvait la trouver dans les manuels usuels comme celui de Cheshire and Fifoot (2). Cette interprétation "*classique*"

---

(\*) Cet article représente pour l'essentiel le texte d'une conférence prononcée le 25 mars 1983 au Centre de Droit Comparé de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille. J'ai grand plaisir à remercier le directeur du Centre, M. le Professeur Christian Mouly, pour son initiative et son accueil chaleureux. Je remercie également mes Collègues, MM. les Professeurs Christian Atias, Pierre Bonassies et Michel Borysewicz, qui ont très aimablement assisté à la Conférence et au Séminaire qui la suivit. Finalement, je remercie très vivement mon ancien étudiant de **Cornell Law School** aux Etats-Unis, M. Jean-Baptiste Lapère de Cabannes, qui m'a beaucoup aidé à plusieurs reprises pour la rédaction française de la première version de ce texte.

est depuis un certain temps déjà contestée aux Etats-Unis et plus récemment en Angleterre, en particulier par le professeur Atiyah (3). Cela ne signifie pas que l'exposition "*classique*" soit erronée, moins encore qu'elle ait perdu son audience. Bien au contraire, la contestation de la théorie traditionnelle a provoqué par réaction quelques attaques très intéressantes de la valeur des idées nouvelles (4). Celles-ci ont toutefois eu, pour le moins, la conséquence avantageuse d'avoir suscité une discussion animée sur l'ensemble du droit des contrats et ses rapports avec les autres branches du droit des obligations (5). L'objet de cette étude est de donner au juriste français une vue d'ensemble des idées nouvelles, puis d'analyser brièvement le rôle fonctionnel de la **consideration** comparé à celui de la notion plus familière de "*cause*".

## II - NATURE ET OBJET DE LA THEORIE DE LA CONSIDERATION

Quand, au cours du XVII<sup>e</sup> siècle, l'**assumpsit** se transforma en un recours général en matière contractuelle, le droit anglais décida sciemment de ne pas l'admettre pour la violation de tout type de promesse. En particulier, les promesses à titre gratuit ne devaient pas être sanctionnées - en tout cas si elles n'étaient pas en forme authentique. Seul le demandeur (**promisee**) qui avait fourni une "**consideration**", c'est-à-dire le demandeur en état de prouver qu'il avait fourni (ou allait fournir) au défendeur une prestation, ou qui, à la demande expresse ou implicite du défendeur, s'était fondé sur sa promesse, et en avait éprouvé un préjudice, pouvait obtenir satisfaction sur le fondement du contrat.

A partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, des auteurs anglais et américains, accordant leur attention au contrat par excellence - l'**executory synallagmatic contract** - tendirent de plus en plus à voir dans la **consideration** le prix d'un marché (6). Je m'engage à vous livrer ma voiture, vous vous engagez à me payer \$ 1,000. Notre accord fait naître des obligations réciproques. L'opération d'échange - **bargain** - est à la base de cette notion de contrat.

Il est incontestable que tel était (et est toujours) le cas d'un grand nombre de situations contractuelles ; et l'accent mis sur la notion d'échange, la notion de marché (**bargain**), était, dans une certaine mesure, tout

à fait approprié compte tenu du caractère commercial marqué du droit anglais des contrats. Mais il apparaît aujourd'hui indûment restrictif, voire même faux, de tenir la **consideration** pour une théorie limitant le domaine contractuel aux seuls marchés (**bargains**). Ces idées traditionnelles sur la **consideration**, même si elles gardent encore une certaine validité, ne doivent pas être trop exagérées pour trois raisons.

La **première** est qu'à trop insister sur le rôle de la **consideration** comme moyen de distinction entre des engagements onéreux (qui seront sanctionnés par le droit des contrats) et les engagements gratuits (qui resteront en dehors du droit des contrats), on risque de faire oublier d'autres objectifs atteints par la théorie de **consideration** au cours de sa longue histoire (7). La **seconde** raison est que cette fonction, si communément attribuée à la **consideration**, ne tient pas compte du rôle qu'elle joue non seulement dans la formation du contrat, mais, avec une égale importance, dans la modification et la fin du contrat. La **troisième** est que l'analyse "*classique*" de la **consideration**, comme regroupant les éléments d'un marché (**bargain**) omet de faire ressortir que les éléments du désavantage (**detriment**) et de l'avantage (**benefit**) (qui sont essentiels à la doctrine telle qu'elle était conçue à l'origine) sont des idées qui sous-tendent des domaines étendus du droit des obligations et ne se limitent pas au droit des contrats. Ainsi, le droit met souvent à la charge des personnes qui ont reçu de tiers une prestation, une obligation de rémunération en-dehors même de toute absence de promesse ou d'accord à cet effet. Une somme d'argent, payée à cause d'une erreur de fait devra être ainsi reversée par le bénéficiaire ; il en est de même d'une somme d'argent versée pour une cause qui ne se réalise pas. Ces exemples, tirés du droit de la **restitution**, s'expliquent traditionnellement par la notion d'enrichissement sans cause, mais ce n'est qu'une façon de dire que des prestations, fournies en absence de toute raison reconnue en droit, devront être reversées. De même, la confiance accordée à tort à la parole ou à la conduite d'une personne (**representor**) peut rendre cette personne responsable vis-à-vis de la personne qui s'est raisonnablement fondée sur un tel comportement (**representee**) et en a souffert un préjudice. La nature d'une telle responsabilité est parfois décrite comme contractuelle, parfois comme délictuelle et est

parfois expliquée par référence à des articles juridiques comme ceux de **promissory estoppel**. Il apparaît toutefois clairement que, quelle que soit la nomenclature utilisée dans chaque cas, l'idée sous-jacente de telles décisions est le désir de protéger une confiance raisonnable et ayant conduit à un préjudice. Ceci doit être souligné parce que, bien qu'on ait traditionnellement fondé la **consideration** sur ces deux notions (**benefit/detriment**, avantage/préjudice), celles-ci ne se limitent évidemment pas au droit des contrats mais interfèrent dans le droit des obligations (8). Egalement, le désir du droit de protéger une confiance raisonnable a abouti à une multiplication des sanctions contractuelles ou quasi-contractuelles là où auparavant aucune sanction légale n'intervenait.

Même dans le domaine du droit des contrats au sens strict, on peut trouver beaucoup d'exemples qui n'admettent pas facilement l'analyse traditionnelle du "**marché**" et l'idée corollaire que rien ne vaut **consideration** s'il n'était ainsi regardé par les parties. Ainsi, la responsabilité du mandataire (dans le contrat d'**agency**) vis-à-vis de tiers, en raison du préjudice subi pour violation par le mandataire de sa garantie implicite de pouvoir (**implied warranty of authority**) est souvent expliquée comme découlant d'un contrat collatéral passé entre le mandataire et le tiers (9). La **consideration "découverte"** dans ce cas par la jurisprudence comme contrepartie à la déclaration de son pouvoir par le mandataire est la volonté du tiers de conclure le contrat **principal**. C'est pourtant aller loin, pour ne pas dire plus, que de tenir cet acte du tiers comme le "**prix**" de la promesse du mandataire. De même, il est difficile de soutenir que le fait pour une personne de prêter de l'argent à X, en se fondant sur la garantie d'un tiers, constitue la conclusion d'un contrat avec ce tiers. Tout d'abord, le prêteur ne fait aucune promesse, mais agit simplement en réponse à la garantie (ce qui est un contrat unilatéral au sens anglais du terme). Ensuite, le garant ne retire aucun avantage **direct** d'un tel contrat. La raison pour laquelle le garant est tenu par sa promesse doit être cherchée dans l'idée de **detrimental reliance** ("*confiance qui a suscité un acte et dont la trahison causerait un préjudice*") de la part du prêteur, et il est difficile de concilier cette idée avec la notion de **bargain**. C'est encore plus évident lorsque le demandeur/**promisee** a agi en se fondant sur la parole ou le comportement du promettant dans un

sens auquel le promettant n'avait pas d'intérêt et pour lequel il n'est pas possible de dire qu'il ait voulu conclure un marché. Ainsi dans **Crabb v. Arrun** (10), la Cour d'Appel jugea qu'une déclaration d'une autorité locale sur laquelle le demandeur s'était fondé d'une manière prévisible mais non prescrite par l'autorité locale ne pouvait être retenue à son détriment. Aucun échange de promesse, aucun accord au sens traditionnel du terme, ne pouvait exister en l'espèce ; il n'y avait pas de **consideration**, et donc pas de contrat. Mais, bien que la Cour n'ait pas qualifié la situation de contractuelle, elle accorda toutefois une réparation qui aurait été appropriée dans une action contractuelle ou, en tout cas, avait des caractéristiques contractuelles.

Si la **consideration** doit donc rester le seul critère permettant de déterminer quelles attentes fondées sur une promesse doivent être protégées contractuellement, il est possible que l'on doive le tenir pour allant au-delà de la notion de "*marché*". Le point commun des notions de "*bargain*" (marché) et de **reliance** est qu'elles reflètent la volonté d'un système de droit d'assurer que les avantages accordés donnent lieu à compensation et que la confiance raisonnablement accordée aux tiers sera justement protégée. L'existence d'un tel avantage ou préjudice fournit la "*cause juridique*" ou la "*raison*" du caractère exécutoire de la promesse. Mais, puisque les doubles idées de **conferred benefit** et **detrimental reliance** fournissent la justification à l'imposition des obligations contractuelles, quasi-contractuelles et même délictuelles, il suit que la distinction stricte en droit anglais entre les obligations contractuelles (résultant d'un marché) et délictuelles (imposées par la loi) pourrait bien être remise en question. Autrement dit, la différence entre les obligations "*imposées*" (**imposed**) et "*assumées*" (**assumed**) pourrait bien n'être pas aussi stricte que le soutenait la théorie traditionnelle. Voilà pourquoi nous avons dit que les nouvelles théories sur la notion de **consideration** ont provoqué une discussion animée sur l'ensemble du droit des obligations.

### III - EXECUTED, EXECUTORY AND PAST CONSIDERATION

A l'origine, le droit anglais n'a jamais admis comme **consideration** valable une prestation déjà entièrement fournie avant la prise de l'engagement. L'assimilation

postérieure de la **consideration** avec la notion de "*marché*" a rendu ce refus encore plus inévitable. Car un "*marché*" signifie qu'une promesse doit être donnée en retour d'une autre promesse demandée par le co-contractant. Autrement dit, le **quid pro quo** doit être fourni en échange de l'engagement. Pour certains auteurs modernes, un tel résultat n'apparaît toutefois pas à l'abri de toute critique. Car, comme nous l'avons vu, on peut imposer des obligations dans des situations où il n'existe ni accord ni marché. S'il en est ainsi, pourquoi ne pas l'admettre dans le cas où il existe un véritable accord des volontés, mais, concernant une **past consideration** ? Autrement dit, puisque la restitution d'un avantage accordé est souvent imposée par le droit en l'absence même d'une promesse, pourquoi ne pas sanctionner une promesse postérieure à l'acte de l'autre partie, surtout lorsque ceci paraît juste ? Pour éviter un tel résultat, le droit anglais a créé une exception : si un service est rendu (ou un bien livré) dans des circonstances où il existait une promesse **implicite** de payer, une promesse expresse ultérieure à cet effet suffira (12). L'exception est quand même souvent fondée sur une fiction et, en tout cas, ne va pas toujours assez loin. Un arrêt américain intéressant en donne un exemple (13). A sauva la vie de B et **alors seulement** B lui promit une rente à vie. B paya régulièrement la rente jusqu'à sa mort ; ses exécuteurs testamentaires refusèrent de continuer de payer. La question posée, celle de la validité de l'engagement fait **après** que A ait sauvé la vie de B, reçut une réponse affirmative. Dans l'analyse traditionnelle, cet "*accord*" était dépourvu de **consideration**, car il était difficile de soutenir que le sauvetage avait pour raison une rémunération à venir. L'analyse classique ne produit pas le résultat que la moralité et que la politique judiciaire doivent encourager. Des arrêts anglais récents comme **Horton v. Horton** (14) suggèrent que la jurisprudence anglaise est à la recherche de "*sorties de secours*" pour échapper à ses propres théories et aboutir aux résultats que connaît en la matière le droit américain (et aussi le droit français) (15).

L'arrêt récent **Pau On v. Lau Yiu Long** (16) suggère également que la jurisprudence anglaise est tentée d'abandonner la théorie selon laquelle une **past consideration** n'est pas valable comme **consideration**. Un résumé simplifié de la situation très compliquée des faits aidera à la compréhension de l'arrêt.

A 1 (17), qui détient des actions d'une société A, en vend à une société B (dont B 1 détient des actions) en échange d'actions de B à £ 2.50 par action. Pour empêcher A 1 de vendre brutalement toutes ses actions dans B (ce qui entraînerait une chute de leurs cours), B demanda à A 1, qui accepta, de ne pas négocier 60 % des actions cédées à A 1 avant un an (**accord principal**). A 1, pour se protéger d'une éventuelle **baisse** du cours des valeurs ainsi immobilisées, passa un accord **subsidaire** avec B 1 par lequel ce dernier acceptait, à l'expiration du délai d'un an, de racheter les 60 % d'actions immobilisées au prix fixe de \$ 2.50 par action. Peu de temps après la signature de cet accord (mais avant la remise des actions de A 1 à B), A 1 se rendit compte que de ce fait il ne pourrait pas profiter d'une éventuelle **hausse** du cours de ses actions (B 1 devant les racheter, quelles que soient les circonstances, au prix fixé de \$ 2.50). A 1 refusa alors de remettre les actions tant que B 1 n'aurait pas détruit l'accord subsidiaire pour le remplacer par une garantie d'indemnisation. B 1, acculé, consentit à ce nouvel arrangement et un **nouvel** accord (qui remplaça l'accord subsidiaire) fut conclu par lequel, lors de la remise des actions de A 1 à B, B 1 indemniserait A 1 en cas de chute du cours des actions en-dessous de £ 2.50. De fait, à la fin du délai d'un an, le cours des actions avait baissé et A 1 demanda à B 1 l'exécution de la garantie. B 1 refusa toute validité à cet accord (nouveau) de garantie, déclarant qu'il était fondé sur une **consideration** passée (c'est-à-dire la promesse déjà faite par A 1 de remettre des actions à B en échange d'actions de la société B).

Le **Privy Council** tout d'abord réaffirma les principes traditionnels applicables à la notion d'une **past consideration**. Une telle **consideration** existe : 1) si "l'acte" était demandé par le promettant (le défendeur) ; 2) s'il était toujours sous-entendu que "l'acte" doit être payé et 3) si l'agrément était légal. Mais en appliquant ces règles à l'espèce en cause, le **Privy Council** ne vit pas que la promesse de A 1 à B 1 (en vue d'obtenir sa garantie) de remettre les actions à B, considérée de ce fait comme une **consideration** suffisante, faisait en fait partie d'une autre transaction avec B (l'accord **principal**) dont A 1 avait déjà obtenu la contrepartie (les actions dans la compagnie B). Ainsi, s'il n'y avait pas eu un nouvel accord, il est clair que A 1 n'aurait jamais obtenu l'indemnisation de

la part de B 1. Le résultat s'explique si l'on considère que le premier accord subsidiaire contenait une erreur, au sens commercial du terme, puisque A 1 aurait effectivement dû obtenir de B 1 (ou avait-il fait une mauvaise affaire ?) la stipulation d'indemnisation que celui-ci lui avait donnée par le nouveau contrat. Il apparaît logique de déduire que le **Privy Council** avait pensé qu'en fin de compte A 1 ne recevait (dans le nouvel accord) que ce à quoi il avait droit du double point de vue moral et commercial, et qu'en ce sens, il était naturel de juger que la promesse avait été donnée moyennant une contrepartie valable ("**good consideration**"). Une explication plus traditionnelle consisterait à s'appuyer sur le fait que, dans l'espèce, bien que B et B 1 soient **en fait** la même personne, ce sont **en droit** deux personnes différentes. On peut alors soutenir que la seconde promesse de A 1 de transférer les actions à B était faite à B 1 (alors qu'auparavant elle avait été faite à B). Une obligation à l'égard d'un tiers (A 1 vis-à-vis de B) serait la **consideration** fournie pour l'engagement de B 1 dans le nouvel accord. Mais la distinction entre B et B 1 est fictive et on peut se demander quel aurait été le résultat si B et B 1 avaient **en fait comme en droit** été une seule personne. On est donc ramené à la suggestion précédente : la Cour d'appel donnait effectivement à A 1 ce à quoi, du double point de vue moral et commercial, il avait droit de toute façon (d'après l'opinion de la Cour), et elle n'était pas disposée à se laisser arrêter par des détails techniques dans la doctrine de la **consideration**. La décision reste quand même controversée, d'autant plus que la Cour d'appel a refusé de prendre en considération le "**chantage**" exercé par A 1 sur B 1 et qui a abouti au nouvel accord (18).

#### IV - CONSIDERATION MUST MOVE FROM THE PROMISEE

La **consideration** doit être fournie par celui envers qui l'engagement est pris.

On dit souvent en droit anglais que la **consideration** doit être fournie par le demandeur **promisee**. Cela signifie que la partie envers qui l'engagement a été pris a elle-même fourni une **consideration** pour l'obligation de son co-contractant. Toutes les décisions ne sont cependant pas compatibles avec cette idée. Par exemple dans un cas (19), A avait une dette à l'égard de B et C paya

une partie de la dette en échange de la promesse que B remettait à A le solde de la dette. Il fut jugé que B était tenu par sa promesse et que A pouvait la lui opposer, bien qu'il n'ait pas donné de **consideration**. Pour les traditionnalistes, cette affaire constitue une exception à la règle générale. Quelles que soient la portée exacte et la nature de la règle que nous discutons, ses implications sont plus intéressantes dans le domaine de la stipulation pour autrui que le droit anglais a systématiquement refusé de reconnaître.

La règle selon laquelle la **consideration** doit être fournie par celui envers qui l'engagement est pris est parfois distinguée de l'effet relatif des contrats (**privity of contract**). Depuis le XIXe siècle (mais pas avant) (20), le droit anglais a constamment considéré qu'un contrat ne peut créer de droits au profit de quelqu'un qui n'a pas participé au "*marché*", quand bien même l'objet du contrat serait de créer un droit à son profit. En tant que tiers, il ne peut attaquer sur le fondement du contrat, en raison de l'effet relatif du contrat, limité aux parties. Cette incapacité du tiers à acquérir des droits par un contrat auquel il n'était pas partie vient de l'attitude adoptée par le droit anglais et en vertu de laquelle le contrat est essentiellement un **vinculum iuris** liant les co-contractants. Dans beaucoup de cas, cependant, une raison supplémentaire a été donnée : le tiers n'a normalement pas fourni une **consideration**. Ainsi, dans l'arrêt classique du XIXe siècle, **Tweddle v. Atkinson** (21), H et W se marièrent et X et Y, leurs pères respectifs, conclurent un contrat promettant à H une rente et l'autorisant expressément à les poursuivre en paiement. Après le décès de X et Y, H attaqua l'exécuteur testamentaire de Y en paiement de la somme promise, mais fut débouté au motif qu'il n'avait pas donné de **consideration** (il aurait pu l'être aussi bien au motif qu'il était un tiers au contrat) (22).

Toutefois, la référence à la règle selon laquelle "*la consideration doit être donnée par celui envers qui l'engagement est pris*" (**promisee**) pour justifier ce résultat n'est pas convaincante, car elle ne tient pas compte du fait que ce n'est pas le tiers (en l'espèce, H), mais le co-contractant (ici, X ou Y) qui est le **promisee**. Dans ce sens, la **consideration** ne doit pas s'opposer à la reconnaissance de la stipulation pour autrui. Mais il reste

quand même l'objection que H était un tiers au contrat. Sa situation aurait-elle été meilleure s'il avait été partie au contrat mais n'avait fourni aucune **consideration** ? Un arrêt australien (23) nous donne un exemple intéressant. A a accordé à B des droits d'exploitation minière sur ses terres, en contrepartie de quoi B devait payer des redevances, à lui et à sa femme, qui **était aussi partie au contrat** (sous seing privé). La question posée à la Cour était celle de la recevabilité d'une action de l'épouse contre B après la mort de A. La Cour australienne donna une réponse affirmative ; si la **consideration** était donnée **conjointement** par A et son épouse, il importait peu de savoir lequel l'avait en fait donnée. La solution n'a toutefois pas été adoptée en droit anglais, et quelques interprètes orthodoxes de la **consideration** en ont même critiqué le raisonnement.

Pour traiter une telle situation, la règle traditionnelle a donc été formulée telle que nous l'avons énoncée en tête de ce paragraphe : il ne suffit pas qu'il y ait **consideration** ; il faut qu'elle ait été fournie par le demandeur. Une telle formulation reste fidèle à l'idée selon laquelle la **consideration** équivaut à un marché ; et elle reste cohérente en refusant d'accorder un traitement plus favorable au tiers bénéficiaire d'une promesse à titre gratuit qu'au co-contractant bénéficiaire de la même promesse à titre gratuit. Le résultat n'est toutefois pas entièrement satisfaisant, car le bénéficiaire dans une stipulation pour autrui est dans une situation très semblable - mais pas exactement identique - à celle du cessionnaire ; et le refus persistant de sanctionner une stipulation pour autrui est moins compréhensible, au vu de la reconnaissance et de la simplification récentes de la cession de droits (**assignment of rights**). De même, si le **promisee** (stipulant) a fourni une **consideration**, il convient que le promettant soit tenu d'exécuter sa promesse, et dans la plupart des cas - mais pas dans tous - le meilleur moyen est de donner au tiers bénéficiaire la possibilité d'agir en exécution.

On peut soutenir que la jurisprudence semble de plus en plus sensible à de tels arguments et essaie d'aboutir aux résultats recherchés. Sa méthodologie reste quand même tortueuse tant que la structure traditionnelle est maintenue. L'arrêt intéressant de **Charnock v. Liverpool Corp.** (24), en donne un bon exemple. En l'espèce, la voiture du demandeur fut endommagée et la compagnie

d'assurance conclut avec le défendeur un arrangement aux termes duquel celle-ci la ferait réparer à ses frais. Il y avait donc contrat entre la compagnie d'assurance et le garage. Le garage mit un temps très long à effectuer les réparations, et le demandeur (propriétaire du véhicule) le poursuivit en dommages-intérêts. La Cour jugea qu'une telle action était recevable, sur le fondement d'un contrat, **implicite**, de faire les réparations dans un délai raisonnable. Il faut admettre que l'interprétation de la situation par la création d'un second contrat apparaît quelque peu artificielle pour le garage. Il est de même pour le moins douteux que le demandeur ait réellement pensé conclure un contrat avec le garage, étant donné qu'il ne s'était occupé de rien et ne devait pas payer la facture lui-même. La Cour estima clairement que le travail devait être fait dans un délai raisonnable et que l'action du propriétaire était fondée. La façon la plus simple d'atteindre un tel résultat aurait été d'admettre l'existence d'une stipulation pour le demandeur, puisque cela n'aurait fait que traduire la réalité "*commerciale*" de l'espèce ; mais en raison des objections doctrinales déjà évoquées, la Cour ne pouvait le faire et fut donc obligée de recourir à une analyse plus artificielle. Il est donc fort probable que les raisons du refus d'admettre la stipulation pour autrui se trouvaient ailleurs que dans la doctrine de la **consideration**. Deux raisons découlent indirectement de la jurisprudence : l'une est le désir de réserver au **promisee**/stipulant le droit de révoquer librement l'avantage qu'il a demandé au promettant de consentir au tiers ; l'autre est la crainte, en donnant aux tiers un droit direct, de créer une certaine tension avec d'autres intérêts (par exemple, ceux des créanciers du **promisee**/stipulant) (25). Une solution qui apparaît équitable entre le stipulant, le promettant et le tiers bénéficiaire, peut être moins juste dès lors qu'on fait intervenir des intérêts étrangers. Le comparatiste répliquera immédiatement que les systèmes de droit codifié ont eu à résoudre ces problèmes, et les ont, de façon générale, résolus de façon satisfaisante par l'admission, avec quelques variantes, de la stipulation pour autrui. Ainsi, il est probable que la véritable excuse au refus du droit anglais d'admettre ce type de contrat se trouve dans la prolifération des moyens d'origine législative ou jurisprudentielle, qui ont été élaborés pour contourner la plupart des obstacles de la théorie classique opposée à la notion de stipulation pour autrui.

## V - LA CONSIDERATION N'A PAS A ÊTRE ADEQUATE

D'innombrables arrêts ont confirmé la proposition selon laquelle **n'importe quel** avantage ou sacrifice est une **consideration** valable, et que ce n'est pas du rôle de la jurisprudence d'en apprécier le caractère suffisant. En décider différemment, surtout au XIXe siècle, équivalait à remettre en cause les principes fondamentaux du droit des contrats, puisque la liberté du contrat signifiait que les parties étaient entièrement libres de fixer leur prix pour leurs engagements. Comme le déclara Lord Blackburn dans une opinion (26) :

*"La valeur de la **consideration** doit être appréciée par les parties lors de la conclusion du contrat et non pas par la Cour quand il en est demandé exécution".*

Il fut ainsi jugé en 1839 (27) que la remise d'un papier sans valeur légale était une contrepartie suffisante au paiement d'une très forte somme. Il fut également jugé au début du siècle (28) qu'un journal, publiant des questions de lecteurs avec les réponses qu'il y donnait, en tirait un avantage suffisant pour fonder un engagement implicite de responsabilité dans les réponses ainsi publiées. En 1960, Nestlé, fabricant de chocolat bien connu, offrit un disque à toute personne lui adressant trois emballages de chocolat avec 1 shilling 6 pences. Bien que les emballages aient été sans valeur aucune (Nestlé les jetait à réception), il fut jugé qu'ils constituaient une partie de l'avantage obtenu par le fabricant et étaient une partie de la **consideration** reçue pour un tel contrat (29). Encore plus récemment, il fut jugé (30) que le contrat donnant pour £ 1 une option d'achat sur une maison de £ 10.000 appartenant au défendeur était valable, et la Cour refusa d'examiner la question de savoir si une **consideration** aussi symbolique pouvait être tenue pour un prix raisonnable pour une telle option. Une telle jurisprudence a conduit certains auteurs à écrire de façon catégorique que *"la doctrine de la lésion (**lesio enormis**) n'a pas de place dans la **common law** anglaise"* (31). Mais bien que tout ceci soit parfaitement correct et, de plus, tout à fait conforme à la théorie orthodoxe, une certaine évolution a eu lieu, qui semble tendre à modifier la situation. Certains de ces développements, nous le verrons, ne sont pas particulièrement récents ; d'autres, plus

modernes, sont tous aussi imperceptibles. Tous sont des éléments en faveur d'une reconsidération de la proposition, traditionnelle et tranchée, que la valeur de la **consideration** est sans importance (**adequacy of consideration is immaterial**). Le professeur Atiyah a ainsi soutenu que :

*"L'ensemble du processus d'analyse et d'interprétation des contrats est imprégné de la notion de **fairness** (équité, équilibre) de l'échange, au point que l'un des rôles essentiels de la Cour est d'assurer une raisonnable réciprocité (des termes) de l'échange" (32).*

Ceci n'est pas admis par la doctrine et la jurisprudence traditionnelles, parce que c'était en opposition avec la théorie contractuelle traditionnelle ; (et aussi peut-être parce qu'on tend à le faire discrètement plutôt qu'ouvertement, à partir de principes clairs). Mais quand on rassemble la doctrine et la jurisprudence, il devient impossible d'échapper à la conclusion que la valeur de la **consideration** est en fait un principe important du droit des contrats. Cela ne veut bien sûr pas dire que la Cour déclarera nul tout contrat dans lequel la **consideration** est sérieusement insuffisante. L'annulation n'est qu'un des moyens de remédier à un sérieux déséquilibre dans les termes de l'échange, et c'est un moyen quelque peu maladroit, sauf quand le contrat reste entièrement à exécuter. Dans d'autres cas, il peut être plus simple de juger le contrat valable et de déterminer les obligations des parties pour assurer - dans certaines limites - un caractère équitable au contrat. De nombreux spécialistes (33) du droit des contrats refuseront d'admettre que la jurisprudence anglaise justifie une analyse aussi nuancée, et le professeur Atiyah est le premier à l'admettre. Mais il est certainement plus convaincant quand il remarque plus généralement que :

*"Les juges, comme l'individu moyen, n'aiment pas les contrats vraiment léonins, dans lesquels la **consideration** est réellement disproportionnée. Et quand les magistrats répugnent suffisamment à atteindre un résultat donné, ils essaient normalement de ne pas y aboutir, s'ils peuvent le faire en se fondant sur des techniques (moyens) juridiques acceptables" (34).*

Certains de ces moyens peuvent de prime abord apparaître comme étant sans aucun lien avec la **consideration** ; mais ils peuvent en pratique permettre de contester (même indirectement) la valeur de la **consideration**.

Ainsi, **premièrement**, la valeur de la **consideration** peut être un facteur très important dans toutes ces affaires de ventes de biens, surtout si l'interprétation du contrat est incertaine. Si A vend à B des marchandises d'une certaine qualité, et si B affirme que le contrat portait sur des biens d'une qualité différente, la valeur de la **consideration** peut donner une indication quant à celle des parties qui a raison.

Il en est de même, **ensuite**, des conditions générales implicites. Aux termes du **Sale of Goods Act 1979**, il y a normalement dans les contrats de vente une condition implicite, celle selon laquelle les marchandises sont d'une qualité "**vendable**" (**merchantable quality**). Bien que l'Act donne une définition de ce terme, la qualité "**vendable**" dépend largement pour son appréciation du prix qui est payé. Dans le cas de la vente d'une voiture d'occasion qui s'avère défectueuse, la Cour ne posera pas directement la question du prix excessif ; mais le prix payé peut influencer sur la responsabilité du vendeur.

**Troisièmement**, la valeur de la **consideration** peut influencer l'interprétation des contrats, en particulier quant à l'étendue d'une clause de non-responsabilité. Dans un arrêt récent (35), la Chambre des Lords a eu à apprécier la responsabilité du défendeur pour un incendie causé volontairement par l'un de ses propres employés, au cours de son travail comme gardien de l'usine du demandeur. L'incendie causa la destruction totale de l'usine et le demandeur attaqua le défendeur, réclamant des dommages-intérêts substantiels. L'obligation contractuelle du défendeur était d'inspecter l'usine quatre fois par nuit, sept nuits par semaine, pour une somme inférieure à £ 9 par semaine. La Chambre des Lords tint pour extrêmement important le fait que la somme était très faible en regard du service rendu, dans son appréciation de la clause (36). Ainsi, le montant de la **consideration** fut en cette espèce un élément important de l'appréciation de la responsabilité du défendeur.

**Enfin** le caractère symbolique de la **consideration** pouvait amener la Cour à évaluer le dol ou le caractère léonin du contrat. Il semble effectivement que ces notions soient élargies, la jurisprudence - et le législateur - tenant de plus en plus compte de la "**force**" relative des parties au contrat et de la présence d'un côté d'un "**unfair bargaining power**" (situation dominante). Ainsi

dans **Lloyd's Bank v. Bundy** (37) la Cour d'Appel annula un contrat de garantie par lequel un homme avait consenti une hypothèque sur sa maison en sûreté des dettes de l'affaire de son fils. L'hypothèque fut consentie à une époque où les affaires du fils étaient dans une situation financière désastreuse, et elle ne servit qu'à obtenir un bref répit avant la faillite. La Cour semble avoir tenu compte de ce que la garantie avait été donnée à un stade tellement tardif que les affaires du fils n'en avaient, en fait, pas profité. Il convient peut-être de répéter ici que cette jurisprudence révèle seulement à quel point les magistrats modernes répugnent à approuver des contrats inéquitables dans lesquels la contribution d'une partie est par trop évidemment disproportionnée à celle de l'autre. Malgré tout, le fait que leur travail modérateur ne se fasse pas sous la terminologie traditionnelle de la **consideration** ne doit pas nous faire croire qu'ils ne contestent pas des notions fondamentales de cette théorie reconnue en droit.

## VI - LA CONSIDERATION DOIT ETRE REELLE

Bien que la théorie classique soutienne que la **consideration** n'a pas besoin d'être adéquate, elle soutient aussi qu'elle doit être réelle ou, comme l'on dit parfois, **sufficient**. La **consideration** doit être quelque chose qui a une valeur aux yeux du droit (38). Nous limiterons ici nos remarques à l'exécution d'une obligation d'un devoir déjà imposé.

La question est facile à poser : l'engagement du **promisee** va-t-il au-delà d'une obligation déjà existante ? Si le promettant n'obtient rien que ce à quoi il a déjà droit, la **consideration** est inexistante (**unreal**). C'est le cas lorsque le **promisee**/demandeur est déjà dans l'obligation de faire ce à quoi il s'engage. Mais le droit distingue selon qu'il s'agit de l'exécution d'une obligation imposée par la loi ou d'une obligation résultant d'une promesse antérieure au promettant ou à un tiers. Nous examinerons ces trois cas.

1) **Exécution d'une obligation déjà imposée par la loi.** Si le **promisee** est déjà tenu par une obligation légale, une promesse expresse d'exécuter ou l'exécution même de l'obligation ne valent pas **consideration**. Dans **Collins v. Godefroy** (39), le demandeur était dans l'obligation de témoigner pour le défendeur à un procès. Le défendeur

lui promet de le dédommager pour le trouble ainsi causé. Il fut jugé qu'il n'y avait pas de **consideration** puisque le demandeur était déjà légalement obligé de témoigner. De telles affaires peuvent être plaidées en termes de **consideration**, mais il s'agit en fait de cas où il est contraire à l'ordre public de conclure un contrat prévoyant une rémunération pour l'exécution de telles obligations. **A contrario**, si la promesse d'exécuter un devoir légal n'est pas contraire à l'ordre public, l'exécution de cette promesse doit être retenue (40). Bien que les ouvrages de droit des contrats insistent de plus en plus sur une telle justification, ils continuent de traiter ces arrêts dans le chapitre sur la **consideration** avec laquelle ils ont, en vérité, peu de rapport.

2) **Exécution d'une obligation due à un tiers.** Si A s'engage vis-à-vis de B, puis pour la même chose vis-à-vis de C, en contrepartie d'une rémunération A peut-il poursuivre C sur le fondement de cette promesse ? Ici, et à la différence de la situation précédente, il n'y a pas d'objection d'ordre public. Le droit classique hésitait toutefois, parce qu'une réponse affirmative posait la question de la réalité de la **consideration**, l'argument étant que A était déjà dans l'obligation, aux termes de son contrat avec B, de faire ce à quoi il s'engage maintenant vis-à-vis de C. C peut toutefois tirer un avantage de l'exécution de cette promesse ; et A peut être très gêné par la situation (41) où B et C peuvent le poursuivre en exécution. Deux arrêts récents du **Privy Council**, y compris l'arrêt **Pao on** que nous avons déjà examiné, ont admis la validité de cet argument. Donc, encore une fois, il n'y a aucune raison de discuter ce problème dans le chapitre sur la **consideration**.

3) **Exécution d'une obligation pré-existante envers le promettant.** L'arrêt classique contre l'existence d'une **consideration** dans ce cas-là est **Stilk v. Myrick** (42). Au cours d'une croisière de Londres en Mer Baltique et retour, deux (43) matelots désertèrent et le capitaine promit au reste de l'équipage qu'ils pourraient se partager la solde des déserteurs s'ils ramenaient le bateau à bon port. Il fut jugé que la promesse était nulle. Selon Lord Ellenborough :

*"L'accord est nul pour absence de **consideration**. Il n'y a pas de **consideration** pour le supplément de solde promis au reste de l'équipage. Avant leur*

*départ de Londres, ils s'étaient engagés à faire tout leur possible dans tous les cas d'urgence pendant la traversée... La désertion de deux matelots doit être tenue pour un cas d'urgence, au même titre que leur mort ; et le reste de l'équipage est tenu, de par son contrat originel, de tout faire pour ramener le navire à bon port".*

La justification de ce résultat était donc en termes traditionnels de **consideration** (44) : il n'y avait pas un détriment pour le **promisee**, ni un avantage pour le promettant. L'erreur d'une telle analyse a été démontrée par le professeur Corbin (entre autres). Selon lui (45) :

*"C'est une erreur de fait que de supposer que l'on ne reçoit pas de 'benefit' quand on reçoit ce à quoi on a déjà droit. Un tiens vaut mieux que deux tu l'auras, et c'est pour cette raison que l'on accepte de payer plus pour tenir. Il est aussi faux de supposer que l'exécution d'une obligation n'est pas une charge pour le bénéficiaire".*

D'autres spécialistes du droit des contrats ont repris la suggestion du professeur Corbin, selon laquelle la raison d'une telle règle doit être cherchée ailleurs, et, pour une partie de la doctrine, l'explication est qu'une promesse en contrepartie de l'exécution d'une obligation pré-existante **peut** trouver sa cause dans diverses pressions, inacceptables ou, même, complètement illégales. Par exemple, un entrepreneur peut soumissionner pour un marché en offrant un prix très bas, puis augmenter son prix après avoir été agréé. Cette volonté de faire échec à l'extorsion ou au chantage a même été mentionnée par un des juges dans **Stilk v. Myrick** (même s'il n'existe aucune indication de chantage dans cette espèce). De toute façon, la théorie de la **consideration** n'est pas suffisamment souple pour pouvoir traiter le problème de l'extorsion, car elle annule également des contrats véritables, sans élément de chantage.

L'explication traditionnelle de **Stilk v. Myrick** a été quand même approuvée récemment par le Juge Mocatta dans l'arrêt **North Ocean Shipping Co v. Hyundai Construction Co** (46). Dans cette affaire, un chantier de construction de bateaux en Corée passa un contrat avec un armateur pour construire un bateau-citerne pour un prix fixe de trente millions de dollars. Pendant la construction,

le dollar fut dévalorisé et le chantier demanda une augmentation de 10 % du prix. Si l'affaire s'était arrêtée là, le juge aurait été obligé de dire que les 10 % de surplus n'avaient aucune **consideration** comme contrepartie et, donc, devaient être remboursés selon les règles de l'enrichissement sans cause (voir **Stilk v. Myrick**). Mais l'armateur, quand il consentit à payer les 10 %, demanda que le chantier augmente de 10 % la lettre de crédit que celui-ci avait fournie comme garantie des sommes éventuelles qu'il aurait peut-être à payer comme remboursement aux termes du contrat. Selon le juge, cet acte représentait **consideration** pour le nouvel accord. Jusqu'ici donc, le contrat avait survécu aux problèmes de **consideration**. Mais le juge décida que le chantage du chantier, qui força l'armateur à augmenter le prix de 10 %, constituait une **duress**. Cela est un départ intéressant pour le droit anglais parce que jusqu'à une époque fort récente, la notion d'**economic duress** n'a jamais été reconnue en Angleterre. Seules des menaces de violence physique ou des menaces illicites rendaient un contrat annulable. Nous avons vu aussi que, selon l'opinion de Lord Scarman dans **Pao On** (47), la notion d'**economic duress** n'avait aucune place si elle n'avait pas vicié le consentement de l'autre partie au contrat. Quand même, l'opinion du Juge Mocatta nous donne toutefois l'impression que nous nous trouvons ici face à un sujet qui est dans un état d'évolution à cause de l'esprit paternaliste des juges modernes. Mais, pour revenir à l'arrêt **Hyundai** (48), le juge décida que, malgré ces faits, l'action du chantier devait être reçue parce que l'armateur n'avait fourni aucune objection aux actions du chantier **après** la fin de la **duress**.

## VII - CONSIDERATION INEXISTANTE ET MANQUE DE CONSIDERATION A POSTERIORI

1) **Consideration illusoire ou inexistante.** Si la **consideration** est le fondement du caractère exécutoire de l'obligation du promettant, son absence au moment de la conclusion du contrat devrait entraîner l'inexistence du contrat. Le résultat est logique, mais le droit anglais s'est servi parfois de la **consideration** et parfois de notions différentes pour y aboutir. Ainsi l'impossibilité, de fait ou de droit, qui remonte à la formation du contrat et qui est **évidente**, rend la **consideration** inexistante. Par

exemple, un engagement dans une charte-partie de faire appareiller le navire à une date déjà passée à la conclusion du contrat a été jugé nul, en raison de l'absence de réalité de la **consideration** donnée. De même la promesse par A à B de payer £ 1.000 pour tout le vin de sa cave est probablement analysée comme un contrat de bienfaisance (de payer £ 1.000) si les **deux parties savent à la conclusion** que la cave est vide (49). Si, en revanche, l'objet du contrat est détruit avant la signature du contrat, **à l'insu des parties**, le "contrat" sera nul, encore qu'ici on tende à fonder ce résultat sur d'autres notions. **Couturier v. Hastie** (50) est un bon exemple, et nous le comparerons à certains arrêts français dans la section finale.

## 2) Manque total ou partiel de consideration a posteriori.

L'interdépendance des prestations des parties, sur laquelle nous avons insisté au stade de la formation du contrat, signifie que si une des parties ne remplit pas son obligation aux termes du contrat, l'autre dispose de certains recours pour rétablir l'équilibre. La nature précise de ces recours dépendra de savoir si l'inexécution résulte d'une rupture (**breach of contract**) ou d'une raison justifiant l'inexécution (**excusable non performance**). Toutefois, l'explication des recours accordés à la partie innocente ne se fait pas toujours en termes de **consideration**. La notion de **frustration** a parfois été invoquée dans quelques cas. Ces exemples seront présentés plus opportunément à la dernière section où la notion de **consideration** sera brièvement comparée à celle de cause. Nous nous limiterons donc ici à quelques commentaires sur la notion de "**failure of consideration**".

La règle générale est que lorsqu'une personne paie de l'argent à une autre en exécution d'un contrat qui est "**inefficace**" (**ineffective**) ou qui le devient par la suite pour une raison quelconque (autrement dit, que le manque résulte d'une rupture du contrat du fait du défendeur (**breach**) ou par **frustration**, elle peut recouvrer la somme qu'elle a versée. A cet égard, il convient de noter deux choses. **Premièrement**, la **consideration** dans ce contexte est comprise de façon différente qu'à l'époque de la formation du contrat. Comme le dit Lord Simon (51) :

*"Dans le droit de la formation du contrat, l'engagement de faire peut souvent constituer **consideration**, mais quand on s'intéresse au droit du manque de*

*consideration*, et au droit quasi-contractuel d'obtenir un remboursement sur ce fondement, on se réfère de façon générale non plus à l'engagement, mais à son exécution".

Deuxièmement, cette sanction peut, du point de vue de la partie innocente, présenter des avantages et des inconvénients. L'avantage est que ce recours quasi-contractuel peut, parfois, être intenté dans une situation où une action pour inexécution (**breach of contract**) ne serait pas recevable (par exemple, le contrat est nul ou non valable par suite de la non-réalisation d'une condition suspensive). De même, si la partie innocente a fait une mauvaise affaire, elle pourra préférer obtenir remboursement plutôt qu'utiliser l'action pour inexécution et demander des dommages-intérêts. D'autre part, l'inconvénient du recours est qu'il ne peut être intenté qu'en cas de défaut **total** de **consideration** (**total failure**). Si le contrat a reçu une exécution partielle, et si le demandeur en a obtenu un avantage si minime soit-il, il ne pourra pas obtenir remboursement (et devra intenter une action qui lui est ouverte, telle une des actions pour inexécution). On note aussi que le caractère total ou partiel du défaut de **consideration** est déterminé non par le travail accompli ou par l'argent dépensé par le défendeur, mais par l'avantage, la prestation si mince soit-elle qu'en aura tiré le demandeur. A cet égard, il convient de signaler les injustices que ces règles techniques peuvent causer. Car si le contrat n'était pas exécuté par suite de **frustration** (impossibilité excusable), le demandeur pouvait réclamer de l'argent versé, même si le défendeur a engagé des dépenses considérables pour préparer l'exécution de son obligation. Toutefois, depuis le **Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943**, la Cour peut compenser ces dépenses avec tout ou partie des sommes réclamées par le demandeur.

### VIII - CONSIDERATION ET DISCHARGE OU VARIATION OF CONTRACTS

Nous avons noté au début de la Section I que la **consideration** en tant que théorie du droit, s'est développée en étroite relation avec la formation des contrats, comme moyen de priver de toute sanction légale les promesses à titre gratuit. De très longue date, la jurisprudence a également décidé que toute remise ou modification

d'une obligation devait également se fonder sur une **consideration** propre. En particulier, ce qui - par erreur - est appelé la règle de **Pinnel (Pinnel's rule)**, confirmée en 1884 par la Chambre des Lords dans **Foakes v. Beer** (52), énonçait qu'un avenant de renonciation au paiement d'une dette ne pouvait être exécutoire sans **consideration**. Ainsi, un accord entre A et B par lequel A accepterait paiement de 80 % de la dette de B en règlement de tous comptes ne serait pas valable, et A, ayant reçu paiement des 80 %, pourrait ensuite poursuivre B en paiement du solde. L'application stricte de la théorie de la **consideration** en l'espèce n'est en aucune façon une extension logique de la méfiance du système anglais à l'égard des promesses à titre gratuit. Car dire que les promesses à titre gratuit sont non valables (en l'absence de la forme authentique) est une chose, mais dénier efficacité à une remise gracieuse de dette en est une autre. Le fond de l'affaire est qu'en ce cas (tout comme dans celui de la promesse d'exécuter une obligation pré-existante en échange d'une rémunération supplémentaire), subsiste la possibilité de voir les débiteurs exercer une pression ou une influence indue sur leurs créanciers pour leur faire accepter une somme inférieure à la totalité de leurs dettes (53). Malgré cela, il reste vrai que la règle, telle qu'elle est, est beaucoup plus vaste dans son champ d'application que ne le nécessite son fondement, puisqu'elle annule également la remise de dette extorquée au créancier aussi bien que la réduction de prix accordée commercialement et équitablement. Il n'est donc pas étonnant que la brutalité de la règle ait encouragé de multiples efforts pour la détourner.

La première (et la plus ancienne) était qu'une modification de l'échéance, du moyen, du lieu ou du paiement valait **consideration** pour une réduction de créance (54).

Un accord de composition entre un débiteur et ses créanciers a aussi été reconnu comme une exception à la règle, mais la justification en est aussi tortueuse.

La règle de **Pinnel** ne joue pas non plus lorsque la demande du créancier est contestée de bonne foi ou lorsque la créance, bien qu'indiscutable, porte sur des sommes non évaluées (**un-liquidated**) et variables telles que des dommages-intérêts ou une rémunération raisonnable.

Mais l'exception de loin la plus importante à la règle est celle dont l'origine remonte à 1877 (55), mais qui est aujourd'hui connue comme le principe de l'arrêt **High Trees** (56) ou le principe de **promissory estoppel**. Ce principe, aussi simple que juste en son fondement, énonce que l'engagement de renoncer à demander l'exécution d'une obligation est valable s'il est prévu que l'on se fondera sur lui et si, en fait, le co-contractant s'y fie. Ce n'est pas ici le lieu de se livrer à une discussion détaillée de la jurisprudence récente et très importante, mais deux points doivent être notés. Tout d'abord, bien que le droit anglais donne force obligatoire à une telle "promesse", il ne lui donne pas le plein effet d'un engagement contractuel fondé sur une **consideration**. Ainsi, un engagement contractuel peut fonder une action dès sa formation alors que, dans le cas du **promissory estoppel**, la confiance placée par le **promisee** dans cette promesse est essentielle. De même, et malgré quelques hésitations, on admet généralement que le **promissory estoppel** suspend, mais n'éteint pas les droits. Dans **High Trees**, un propriétaire, quelques années après la conclusion d'un contrat de bail, informa ses locataires qu'en raison des conditions difficiles causées par la Seconde Guerre Mondiale et des difficultés posées par le paiement des loyers initialement convenus, il était prêt à leur consentir une réduction de loyer. Après la fin de la guerre, il fut jugé qu'il pouvait, moyennant un préavis raisonnable, revenir aux loyers antérieurs pour l'avenir (mais, d'après Lord Denning, il ne pouvait pas revenir sur sa promesse et demander paiement de la totalité des loyers pour la période de la guerre). La restriction la plus importante faite par le droit anglais dans sa construction du **promissory estoppel** est que le **promisee** peut l'opposer comme **défense** à une action intentée par le promettant, mais ne peut lui-même attaquer sur ce fondement, ce que l'on exprime en disant que le **promissory estoppel** est "*un bouclier, pas une épée*" (58). C'est une importante restriction, car si elle n'existait pas, le **promissory estoppel** ferait concurrence à la notion de marché (**bargain**), voire même serait une sérieuse menace pour la **consideration**. Cela s'est déjà produit d'une certaine manière aux Etats-Unis où, comme nous allons le voir dans la prochaine section, le **promissory estoppel** peut fonder une demande aussi bien qu'une défense.

## IX - L'INFLUENCE DE LA CONSIDERATION SUR LES REGLES DE L'OFFRE ET DE L'ACCEPTATION

Dans ce domaine, deux règles peuvent être associées à la notion de **consideration**, mais alors que la première est assez équitable, l'autre est beaucoup moins défendable.

La première concerne la conclusion des contrats "*entre absents*" et est connue aux Etats-Unis sous le nom de "*mailbox theory*". Cette règle, posée en Angleterre au XIXe siècle (59), est restée inchangée depuis. Elle pose qu'une offre est acceptée, formant donc un contrat valable et obligatoire, à l'instant où l'acceptant poste son acceptation. Bien que son fondement ne fasse pas l'unanimité, son adoption a dû être causée probablement par le fait qu'en droit anglais, une offre est librement révocable jusqu'à ce qu'elle soit acceptée (60). L'adoption de la règle de la "*remise à la poste de l'acceptation*" minimise donc la période d'incertitude pendant laquelle le sollicitant peut retirer son offre. A l'opposé, on notera que des systèmes de droit tel que le système allemand, qui a en principe admis l'irrévocabilité de l'offre pour une durée raisonnable (61), ne sont pas contraints d'adopter une telle règle dans le domaine de l'acceptation et ont au contraire choisi la théorie de la "*réception*". La thèse anglaise a été critiquée pour de multiples raisons (62). L'une est qu'elle conduit à la conclusion d'un contrat, même lorsque la lettre d'acceptation est perdue par la poste ou annulée par une déclaration d'intention que le sollicitant reçoit **avant** l'acceptation. Une seconde objection est que cette théorie n'est pas compatible avec la réglementation postale (que l'on peut trouver dans certains pays de **common law**, tels que les Etats-Unis) qui permet à l'expéditeur de récupérer une lettre jusqu'à ce qu'elle atteigne son destinataire. On a enfin soutenu que l'application **uniforme** de la règle de la "*boîte aux lettres*" à des situations de fait **différentes** ne permet pas toujours d'aboutir au meilleur résultat. Compte tenu toutefois de la libre révocabilité de l'offre (à cause de la théorie de la **consideration**), toute autre règle aurait pour effet de placer le destinataire de l'offre dans une situation d'incertitude prolongée, voire même injuste.

La seconde règle, qui peut être attribuée de façon encore plus évidente à la **consideration**, est celle selon laquelle l'offre reste librement révocable jusqu'à ce qu'elle

ait été acceptée. La question n'a pas été posée en jurisprudence, bien qu'elle ait été tacitement admise au moins depuis l'arrêt **Dickinson v. Dodds** (63). Aux Etats-Unis, en revanche, quantité d'arrêts ont eu à résoudre le problème posé par l'iniquité potentielle de cette règle. La plupart se situait dans le cas de contrats de construction immobilière et concernait les offres faites par les sous-traitants à l'entrepreneur principal pour que celui-ci puisse soumissionner pour l'ensemble (64). L'entrepreneur ayant obtenu le contrat, le sous-traitant retirait parfois son offre, sur laquelle l'entrepreneur s'était fondé pour établir sa propre soumission. Le retrait de l'offre par le sous-traitant est, selon la théorie classique, parfaitement possible jusqu'au moment où elle est formellement acceptée par l'entrepreneur principal. Le résultat pourrait être extrêmement injuste pour l'entrepreneur, surtout si le sous-traitant a formulé son offre en sachant que l'entrepreneur en tiendrait compte pour établir sa propre offre pour le marché. Les cours américaines, ignorant les demandes de la théorie de la **consideration**, ont, dans de tels cas, jugé que l'offre était valable et liait l'offrant (sous-traitant), au moyen d'un raisonnement qui a fait un large usage du besoin de compenser le préjudice résultant d'une "**detrimental reliance**". De plus, l'**Uniform Commercial Code** a, dans son article 2.205, disposé que :

*"Une offre, faite par un commerçant, d'acheter ou de vendre des marchandises, par une déclaration écrite assurant par sa formulation qu'elle est ferme, n'est pas révoquée pour absence de **consideration**, pendant la durée spécifiée ou à défaut un laps de temps raisonnable, qui ne pourra en aucun cas être inférieur à trois mois ; de telles conditions, spécifiées sur un modèle donné par le bénéficiaire, devront être signées par le pollicitant".*

On notera que si cette règle représente une brèche considérable dans la théorie de la **consideration**, elle reste formulée de façon rigide, et ses restrictions diverses (par exemple, application limitée aux commerçants, forme écrite...) lui conservent un caractère exceptionnel (bien que d'importance potentielle énorme). Mais l'article 89 B du projet provisoire du **Restatement Second, Contracts**, va encore plus loin. Il dispose en effet que :

*"1) Une offre est irrévocable comme option si a) elle est donnée par écrit et signée par l'offrant, énonce*

une **consideration** pour l'offre, et propose un échange équitable dans un délai raisonnable ; ou si b) elle est rendue irrévocable par une disposition légale ; 2) une offre dont l'offrant doit normalement attendre qu'elle entraîne une action ou une abstention substantielle de la part du bénéficiaire avant l'acceptation et qui cause, en fait, une telle action ou abstention est irrévocable comme donnant une option, ce dans la mesure nécessaire pour éviter une injustice".

L'idée de **detrimental reliance** est aussi exprimée dans des termes encore plus généraux dans l'article 90, **Restatement Second, Contracts**, qui stipule que :

*"Une promesse dont le promettant doit raisonnablement prévoir qu'elle causera une action ou une abstention de la part du bénéficiaire ou d'un tiers, et qui a pour conséquence une telle action ou abstention est valable et lie le promettant si l'exécution de la promesse permet seule d'éviter une injustice. Le recours accordé en cas de rupture peut être limité d'après des exigences de la justice".*

Bien des années avant le **Restatement**, Justice Holmes déclarait que (65) :

*"Ce serait couper la théorie de la **consideration** à la racine que d'admettre que la confiance mise par le **promisee** dans une offre à titre gratuit (c'est-à-dire **sans consideration**) puisse la rendre obligatoire pour le promettant".*

Très exactement quatre-vingt-dix ans plus tard, le professeur Gilmore, commentant l'incompatibilité entre l'article 75 (qui traite la **consideration** comme l'expression d'un marché) et l'article 90 (rapporté **supra**), était d'avis d'admettre que le premier avait, sauf dans le cas de la promesse entièrement inexécutée (**the wholly executory exchange**), complètement absorbé le principe du marché représenté par l'interprétation classique de la théorie de la **consideration** (66). L'évolution du droit anglais et américain est assez différente dans la matière et ceci doit être noté. Une brève explication est même nécessaire. Nous en proposons deux : l'une historique, l'autre d'une portée plus générale.

La réponse historique est tout simplement que la notion de **consideration** adoptée traditionnellement par

les cours des Etats-Unis et par la section 75 du **Restatement Contracts** est beaucoup plus "*étroite*" que celle adoptée en pratique par les cours anglaises. Ainsi, dans les deux systèmes, le point de départ est un peu différent. Aux Etats-Unis, la théorie traditionnelle enseigne (sous l'influence de Justice Holmes) que "*rien ne vaut **consideration** s'il n'était ainsi regardé par les parties*" (67). Autrement dit, l'une des promesses est strictement considérée comme la contrepartie demandée (**bargained for**) par l'autre partie. Au contraire, en Angleterre, nous pouvons trouver plusieurs exemples où les cours ont "*inventé*" - d'après la terminologie du professeur Treitel - une **consideration** afin de créer des obligations contractuelles. Ainsi, elles ont souvent traité un acte ou une abstention comme **consideration**, même si les parties ne le regardaient pas comme tel. Les affaires **Scotson v. Pegg** (68), **Shadwell** (69) et **De la Bere v. Pearson** (70) nous fournissent de telles illustrations. Mais une définition plus "*rigide*" ou "*étroite*" de la notion de **consideration** telle qu'elle était adoptée aux Etats-Unis, a obligé les cours américaines à élargir le domaine d'application du **promissory estoppel**. Ainsi, on peut fonder une action sur une notion ; et une offre peut être irrévocable si son destinataire se fie à elle, à son détriment. Au contraire, la définition plus souple, adoptée en Angleterre depuis le siècle dernier, a empêché jusqu'à une époque fort récente un tel développement.

Mais cette explication que nous proposons n'est que partielle. Une étude plus générale du droit des Etats-Unis nous persuade que le droit en Amérique du Nord est moins encombré par la tradition juridique commune. Les juges américains sont souvent plus aventureux que leurs confrères d'Angleterre, et ceci est une constatation valable pour le droit des contrats ainsi que le droit des délits. Les juges américains considèrent plus ouvertement les conséquences économiques et sociales d'une adhésion rigide à l'orthodoxie juridique et, si une doctrine leur apparaît incompatible avec les exigences de la vie moderne, ils l'abandonnent plus rapidement et avec moins d'hésitations qu'un juge anglais ne le ferait. Ainsi, la stipulation pour autrui est généralement acceptée aux Etats-Unis ; la doctrine du **promissory estoppel** est souvent utilisée pour élargir le champ contractuel ; et les offres sont souvent irrévocables. Souvent, les juristes d'Angleterre se méfient de tels développements, mais à la fin, dans huit cas sur dix, ils les adoptent.

## X - L'AVENIR DE LA CONSIDERATION

La théorie de la **consideration** en tant que telle a été et est encore l'objet de discussions ; à tout le moins, elle reste controversée. Il serait peu sérieux d'essayer de se prononcer sur son avenir dans un article qui ne vise qu'à présenter à un auditoire étranger les grandes lignes des tendances modernes. Quelques idées générales peuvent toutefois être avancées, sous la forme d'un résumé.

Il faut tout d'abord tenir compte de ce que la **consideration** peut avoir, et a eu, différentes significations au cours de sa longue histoire. Si elle veut dire que le demandeur doit prouver que l'engagement du défendeur, sur lequel il se fonde, *"est partie à un contrat auquel il a lui-même apporté quelque chose"*, qu'il *"a été donné en contrepartie d'un acte ou d'un engagement du demandeur"*, alors la **consideration** concerne le contrat à exécuter (**executory contract**), auquel elle se rapporte ; mais elle ne s'applique plus, ni n'explique les exemples toujours plus nombreux de recours contractuels ou quasi-contractuels accordés pour *"detrimental reliance"*. Si elle est définie comme la théorie permettant de déterminer quelles promesses seront sanctionnées par le droit, alors elle a sûrement encore un rôle à jouer. Autrement dit, elle devrait, si on la supprimait, être remplacée par une autre notion à cet effet. Il a été suggéré que la notion d'*"intention de créer des relations en droit"* pourrait valablement la suppléer. Ceci présenterait des avantages et des inconvénients, bien que les mêmes règles aient souvent tendance à ressortir sous une apparence différente. Ainsi les contrats à titre gratuit (dans le sens français du terme) continueraient certainement à mériter un traitement différent, qu'ils reçoivent en fait à bien des égards dans les systèmes de droit codifié.

Mais si le véritable rôle de la **consideration** est de déterminer de quels engagements le droit doit tenir compte, alors à certains égards elle se rapproche de la notion très abstraite de **cause**. Pour quelques auteurs anglais, ceci a été jugé vague autant qu'inacceptable ; cependant, la raison du caractère exécutoire d'un engagement peut en dernier ressort se fonder sur les deux idées que nous avons mentionnées au début de cet article et qui imprègnent le droit des obligations : le transfert

d'un avantage, d'une prestation, et la "**detrimental reliance**". Assez curieusement, ces deux éléments de la **consideration** furent fréquemment mis en avant jusqu'à ce que l'accent mis sur l'échange de prestations cause leur remplacement par l'idée de "**marché**" (**bargain**).

La question suivante est de savoir si l'idée de marché et l'idée de confiance peuvent coexister comme fondements de la protection des espérances légitimes créées par des paroles ou un comportement. Nous avons vu qu'en droit anglais, la notion de **detrimental reliance** est admise comme défense, mais non comme fondement d'une demande, encore que les choses puissent être en train de changer. Aux Etats-Unis cependant, les choses sont sensiblement différentes, au point que deux éminents juristes américains ont déclaré assez crûment que "*l'introduction du **promissory estoppel** remet en question l'avenir de la théorie du 'marché' voire même de toute la théorie de la **consideration**" (71).*

La modification ou le remplacement de la théorie de la **consideration** reste donc à étudier, au moins en ce qui concerne la formation des contrats. Mais d'autres facteurs peuvent jouer en ce qui concerne leur exécution ou les modifications qu'on y apporte. On a suggéré que le but premier de la **consideration** semble ici le désir de faire échec à l'extorsion. Ce résultat n'est pas atteint de la façon la plus satisfaisante, et on ne regretterait donc pas le remplacement de la **consideration** par une théorie plus fine. Une telle évolution devrait s'accompagner de l'extension du champ d'application d'une autre théorie pour atteindre ces objectifs, la théorie d'**economic duress** étant la plus logique. Il conviendrait donc en substance de reformuler certaines règles et de poser différemment la discussion, plutôt que d'opérer des modifications fondamentales. La **consideration** dans le contexte de la stipulation pour autrui doit aussi être revue. Il est certain que la situation de ce que le **First Restatement of Contracts** appelait les **credit beneficiaries** devrait être améliorée (72). C'est vrai que des règles secondaires y arrivent dans la pratique ; mais cela n'est pas une raison pour laisser intacte la situation actuelle qui est presque unanimement condamnée. Mais l'intérêt possible des tiers, en particulier dans les situations intéressant des **donee beneficiaries** doit, également, être pris en considération. Autrement dit, la simple suppression de la notion de

**consideration**, sans qu'elle soit remplacée par d'autres mécanismes et concepts, pourrait causer autant de nouveaux problèmes qu'elle en résoudrait.

## XI - OBSERVATIONS COMPARATIVES

Les étudiants intéressés par les concepts de cause et de **consideration** ont, sûrement, été frappés par deux choses. La première est l'extraordinaire capacité de ces concepts à survivre aux attaques d'éloquents critiques qui ont mis en doute leur utilité. La seconde est leur aptitude, également remarquable, à s'accommoder des théories comparatives les plus contradictoires. Car l'étude de ces deux notions a amené certains à les assimiler, d'autres à les considérer comme totalement différentes, d'autres enfin à douter qu'il puisse y avoir un intérêt quelconque à les comparer ou à les opposer (73).

Même si l'objet principal de cette étude a été de donner une description générale de certaines tendances modernes concernant la notion de **consideration**, nous croyons utile d'ajouter quelques observations comparatives à titre de conclusions générales.

Tout d'abord, il faut s'accorder avec René David, qui a écrit (74) très justement que :

*"Cause et **consideration** sont apparues en France et en Angleterre pour des raisons et par l'effet de circonstances analogues".*

Il y a peu de doute que les deux notions représentent une tentative de limiter la théorie philosophique de l'autonomie de la volonté qui aurait pour effet d'attribuer une valeur légale à la simple coïncidence des volontés des parties. Sans ces deux notions, le droit anglais et le droit français auraient évolué d'un extrême à l'autre : d'une phase de formalisme extrême à une phase de consensualisme extrême. Aucun des deux systèmes n'a vu son intérêt dans une telle évolution, et chacun a trouvé dans la notion de cause et celle de **consideration** le moyen de l'éviter. Mais, bien que les raisons qui ont permis l'introduction de ces concepts soient sensiblement les mêmes, les processus d'apparition diffèrent largement. Comme René David l'a bien remarqué, la théorie de la cause en droit français est le produit d'une préoccupation philosophique et morale au sujet de la volonté humaine qui, en droit, ne pouvait produire d'effets que si elle

était exprimée pour une cause déterminée et définie. Dans les contrats synallagmatiques, cette cause ne pouvait être que la prestation de l'autre partie. La notion de **consideration**, au contraire, a été le produit de la réflexion de juristes d'un système de droit essentiellement commercial, soucieux d'échapper au droit médiéval formaliste et d'étendre leur droit aux contrats. La notion d'**assumpsit** fournit les moyens de la contrôler. Comme le dit un historien anglais (75) : "*le mystère de la **consideration** que les juristes de l'époque victorienne trouvaient si fascinant*" n'est guère plus que "*la réponse pratique à un problème urgent*". Par des voies différentes, cause et **consideration** ne font que souligner l'interdépendance des obligations des parties (comme le montre l'origine du mot grec "*synallagma*" : échange).

En second lieu, il faut remarquer que n'a jamais existé et, probablement, que n'existe toujours pas une seule doctrine de la **consideration** (76). De même, les objectifs poursuivis par la notion sont nombreux et souvent vaguement définis ou maladroitement atteints. Probablement peut-on dire la même chose de la notion de cause (77). Cette multiplicité de théories et de buts atteints par les deux notions n'est pas toujours suffisamment soulignée par les auteurs et, en toute probabilité, elle fournit une des causes de la confusion qui accompagne les deux notions et rend leur comparaison, sur le plan des notions abstraites, impossible. Le meilleur point de départ est donc de découvrir les fonctions spécifiques que remplit chacune des deux notions et d'essayer une comparaison fonctionnelle au lieu de conceptuelle. Ayant dit cela, nous sommes obligés de revenir sur le plan conceptuel pour constater que la notion anglaise a été assujettie à des règles trop techniques et, à nos yeux modernes, souvent inutiles. Nous avons noté quelques conséquences inacceptables de la notion de **consideration**. Il nous suffit simplement d'exprimer une certaine préférence pour l'approche française qui, malgré plusieurs points faibles, nous semble, en général, plus logique et souvent même plus élégante. Bien que la recherche de l'élégance et de la logique ne soit pas une fin en soi, elle permet d'arriver à une cohérence doctrinale qui n'est pas sans avantage pour l'enseignant ainsi que pour le praticien.

Finalement, ce qui nous semble le plus intéressant à souligner avant tout, c'est que, dans la majorité - mais

pas la totalité - des cas, les solutions des deux systèmes sont semblables. Mais si les solutions sont souvent identiques ou analogues, la méthodologie reste différente. Dans les pages qui nous restent, nous essaierons de montrer comment le droit anglais utilise toute une série de notions juridiques comme celles de **mistake**, **absence of subject matter**, **illegality**, **frustration**, **failure of consideration**, pour accomplir les résultats atteints en droit français par le moyen de la cause.

En principe, il nous semble tout à fait correct de comparer la notion d'**executory consideration** à celle de cause dans les contrats synallagmatiques. Les deux notions tendent à lier les deux prestations et elles représentent le prix payé par l'une des parties pour la promesse faite par l'autre. Il convient maintenant d'indiquer les conséquences de cette interdépendance des obligations réciproques en faisant une distinction importante entre l'absence de cause ou de **consideration** au moment de la conclusion du contrat, et la disparition de ces deux notions après la formation du contrat.

### 1 - Absence de cause et de consideration au moment de la formation du contrat

De l'interdépendance des prestations dans les contrats synallagmatiques, le droit français déduit logiquement (article 1601 C.C.) que, si l'objet de la vente a cessé d'exister au moment de la conclusion du contrat, celui-ci est nul. Plus précisément, l'obligation du vendeur est nulle par absence d'objet, et celle de l'acheteur par absence de cause. Ce raisonnement est appliqué généralement. Ainsi, il a été appliqué pour annuler un contrat d'assurance d'un véhicule lorsqu'il s'est avéré que le véhicule avait été détruit sans que les parties en aient eu connaissance au moment de la conclusion du contrat. On peut trouver un parallèle en droit anglais dans **Couturier v. Hastie** (78), encore que sa justification ait donné lieu à beaucoup de controverses. Dans ce cas, le contrat porte sur une cargaison de blé que les parties croyaient raisonnablement en cours de transport de Grèce en Angleterre, mais qui vraisemblablement avait été déjà détruite et déchargée dans un port intermédiaire. L'arrêt est souvent présenté dans les manuels comme un cas d'erreur (79), même si le mot n'apparaît jamais dans le jugement. En réalité, l'absence d'objet (dans le sens français) était

décisive, et l'article 6 du **Sale of Goods Act** renforce cette conclusion (on discute cependant de savoir si ce texte s'applique à la chose qui a péri ou s'il s'applique aussi à la chose qui n'a jamais existé).

La comparaison de plusieurs arrêts concernant des situations différentes renforce la conclusion que les deux systèmes atteignent des solutions identiques par des voies différentes. Dans **Galloway v. Galloway** (80), par exemple, un contrat de mariage, prévoyant une séparation de biens entre un homme et une femme, fut déclaré nul car il était fondé sur la supposition commune, mais erronée, des deux parties qu'elles étaient valablement mariées, alors qu'elles ne l'étaient pas. Un équivalent amusant existe en droit français dans les contrats dits "*contrats de remplacement*". Ce type de contrat, courant au XIXe siècle où il n'était pas considéré comme contraire à l'ordre public, permettait à A de se faire remplacer par B dans l'exécution de ses obligations militaires, moyennant le versement d'une somme d'argent. Mais si le contrat reposait sur l'erreur commune que A devait effectuer un service militaire, alors qu'il ne le devait pas en fait, le contrat était jugé nul : B n'avait pas d'obligation de remplacement, et l'obligation de paiement se trouvait dépourvue de cause (81). On retrouve donc, encore une fois, l'interdépendance des obligations liée à la notion de cause. Mais pour le droit anglais, la solution était justifiée parfois par la notion d'erreur commune, parfois par la notion d'absence d'objet (**subject matter**) et, parfois même, par la notion de **consideration** (chaque fois que les parties connaissaient l'absence de la **consideration**).

## 2 - Disparition de cause ou de consideration postérieurement à la conclusion du contrat

Dans ce cas, il faut procéder à une distinction :

### a) Disparition totale de cause ou de consideration.

Cause et **consideration** ne se bornent pas à la formation du contrat. Elles ont, au contraire, pour effet d'assurer le maintien de l'équilibre initialement établi par les parties pendant la durée du contrat. L'absence partielle ou totale de l'une des deux prestations ne manquera donc pas d'affecter l'autre. En droit français, cette extension du jeu de la cause postérieurement à la formation

du contrat est le résultat d'une intense activité jurisprudentielle et ne s'explique pas dans les anciennes théories de la cause. La Cour de Cassation a ainsi répété nombre de fois la formule :

*"... Dans un contrat synallagmatique, l'obligation de l'une des parties a pour cause l'obligation de l'autre, et réciproquement, en sorte que si l'obligation de l'une n'est pas remplie, quel qu'en soit le motif, l'obligation de l'autre devient sans cause" (82).*

Les résultats atteints dans ces cas par le droit anglais sont semblables, mais l'explication théorique n'est pas toujours claire ou même satisfaisante. L'interdépendance des obligations des parties exige que l'inexécution de sa prestation par l'une des parties soit équilibrée par une sanction (**remedy**) accordée à l'autre partie. Cela est clair. Mais quelle sanction sera accordée à la partie *"innocente"* ? Ceci dépend de la position de la partie défaillante. Plus précisément, la partie défaillante était-elle empêchée d'accomplir sa prestation pour des raisons dont elle doit répondre, ou non ? La notion de **failure of consideration** (défaillance de la **consideration**) peut jouer un rôle important dans les situations d'**excusable non performance** (inexécution excusable), surtout dans des cas de **frustration**, bien que la règle ne soit pas absolument générale à tous les arrêts. **Taylor v. Caldwell** (83) nous fournit une excellente illustration. Dans cette affaire M. Caldwell avait promis de donner à M. Taylor l'usage d'une salle de spectacle à certaines dates précisées et pour donner des concerts. La salle de concert fut détruite dans un incendie accidentel six jours avant la date prévue par le contrat et Taylor agit en dommages-intérêts contre Caldwell pour inexécution de contrat (**breach of contract**). Son action fut rejetée, le juge considérant le contrat comme résilié.

Cet arrêt pose de façon stricte la règle selon laquelle le contrat est résilié et les deux parties déchargées de leurs obligations s'il est prouvé que la disponibilité d'une personne ou d'une chose est nécessaire à la réalisation de l'objet fondamental du contrat, lorsque la personne ou la chose disparaît pour une raison étrangère aux parties (**impossibility**). La règle est bien établie, mais reste sujette à contestations et produit parfois des résultats malencontreux. On peut se demander, par exemple, pourquoi le

contrat en tant que tel est annulé, au lieu de décharger simplement la partie "innocente" de l'exécution de son obligation. Plus proche de notre sujet, on peut se demander pourquoi au juste la partie "innocente" est déchargée de son obligation. La règle posée par le juge implique clairement que les deux parties voient disparaître leurs obligations dès lors que l'objet (**subject matter**) du contrat a cessé d'exister. Les deux parties sont donc libérées pour la même raison. Cette explication n'est pas convaincante. C'est vrai que M. Caldwell n'a pas à payer de dommages-intérêts, n'ayant aucunement violé ses obligations. Selon la terminologie française, il était soumis à une obligation de diligence et non à une obligation de résultat. Son obligation était de prendre la garde du hall et de le livrer à M. Taylor au jour prévu : cette obligation a été remplie. De l'autre côté, M. Taylor n'est pas déchargé de son obligation pour impossibilité. Il a une obligation de paiement et, sauf dans le cas de faillite, il n'y a pas d'impossibilité légale à payer une somme d'argent. La raison pour laquelle M. Taylor est libéré de son obligation est claire : parce qu'il n'a pas obtenu sa contrepartie, son marché n'étant pas réalisé. Dans une langue plus technique, parce qu'il y a eu une **failure of consideration**, comme le professeur Glanville Williams l'a très correctement suggéré il y a presque quarante ans (84). Mais ce ne fut pas le raisonnement adopté par la Cour.

Ce raisonnement clair, qui manque en Angleterre, existe en droit français. Ainsi l'article 1722 C.C. dispose que : "*si pendant la durée du bail, la chose était détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit...*", l'article 1741 C.C. disposant dans le même sens en cas de perte de la chose louée. A partir de ces articles du Code, des juristes français ont inventé la théorie des risques, fondée essentiellement sur le concept de cause et l'interdépendance des obligations des parties, et résumée ainsi par le professeur Weil (85) :

*"Quand un cas de force majeure empêche l'un des contractants d'accomplir sa prestation, non seulement celui-ci est exonéré, mais l'autre contractant est également libéré. Cette solution est commandée par la notion de cause : les obligations réciproques des parties dans les contrats synallagmatiques se servent mutuellement de cause, quand l'une s'éteint par impossibilité fortuite d'exécution, l'autre s'éteint également, faute de cause".*

**b) Disparition partielle de consideration ; absence partielle de cause.**

Dans le cas précédent, nous avons envisagé le cas de l'impossibilité complète de réalisation de l'une des deux obligations et des effets sur la contreprestation. Des règles analogues s'appliquent même au cas d'impossibilité partielle d'exécution de l'une des prestations. Nous commencerons ici avec le droit français.

Le point de départ reste toujours le Code civil. Mais, dans ce cas comme dans beaucoup d'autres, le Code ne contient pas de dispositions générales, seulement des règles particulières traitées par la jurisprudence et la doctrine comme des exemples d'un principe général non formulé. Dans ce cas, la disposition essentielle est celle de l'article 1722 C.C., qui dispose sans ambiguïté que, si la chose louée est partiellement détruite, le loueur n'a pas à payer de dommages-intérêts au locataire et celui-ci peut demander une diminution du prix ou la résiliation du bail. Nous ne nous intéressons ici qu'à la seconde hypothèse, et il convient de faire deux observations. L'article 1722 C.C. est généralement considéré comme une application d'une règle plus générale et la solution qu'il donne au problème de l'exécution partielle n'est pas limitée au seul contrat de bail. Ensuite, bien que l'article 1722 C.C. parle de **destruction** partielle, il est largement interprété par la jurisprudence et appliqué à tous les cas où "*son obligation se trouve... dépourvue de cause*" (86) : Ainsi, si un immeuble est loué au demandeur pour en faire un **music-hall** et si, par la suite, l'autorité militaire décide que les spectacle de **music-hall** doivent être suspendus, le locataire n'est pas tenu du prix du loyer, bien que le bâtiment continue d'être à sa disposition pour tout autre usage. Comme le constate le jugement (87) :

*"Attendu, en droit, que le prix du loyer payé au bailleur n'étant que la représentation de la jouissance assurée au locataire dans les termes de l'article 1719 C.C., le locataire est fondé à réclamer l'exonération complète du prix de ce loyer, lorsqu'il fait la preuve qu'en raison d'événements fortuits auxquels il est demeuré absolument étranger et constituant des cas de force majeure incontestable, il s'est trouvé, malgré lui, dans l'impossibilité de jouir de la location et d'en retirer aucun des avantages en vue desquels il avait contracté".*

L'explication de la décision se trouve donc dans la réponse à la question suivante posée par la Cour de Paris : "*Quelle est la cause de la location pour le preneur ?*". La réponse est claire dans les faits de l'attendu : la cause de la location est "*l'utilisation de l'immeuble pour en faire un **music-hall***" et l'impossibilité de cet usage éteint la cause et donc l'obligation.

On a insisté sur cet arrêt parce qu'on croit que le même raisonnement permet d'expliquer l'arrêt célèbre de **Krell v. Henry** (88), même si normalement son explication en Angleterre est cherchée dans la notion de **frustration**. Les faits de cette affaire sont bien connus : le demandeur (bailleur) avait par contrat loué une pièce d'un appartement au défendeur (preneur) pour le jour du couronnement du roi Edouard VII. Les deux parties étaient d'accord que l'objet de la location était de permettre au preneur de voir le cortège du couronnement, mais ceci n'était pas exprimé expressément dans leur contrat. Le cortège fut annulé par suite de la maladie du roi. Un tiers du loyer était déjà payé par le preneur et le bailleur attaqua le preneur pour le reliquat. La Cour d'appel rejeta la demande parce qu'elle fut d'avis que le contrat était automatiquement résilié puisque le cortège, qui était son fondement, était annulé. Cependant, pour le professeur Glanville Williams, le résultat devait être justifié par la notion de **failure of consideration**, et cette explication différente peut entraîner des conséquences différentes (89). Ainsi on doit se demander si le preneur a obtenu ce qu'il a voulu. Si la réponse est négative (comme elle l'était dans l'espèce), le contrat peut être résilié à son gré. Mais si la réponse est affirmative, le contrat doit être respecté et non pas traité comme automatiquement terminé. On peut vérifier la validité de ce raisonnement en posant la question suivante : que serait-il arrivé si le preneur avait insisté sur l'utilisation de l'appartement, bien que le cortège n'ait pas eu lieu ? La réponse évidente est que le bailleur n'aurait pu l'en empêcher.

**Quid juris** de la situation où l'impossibilité ou la destruction partielle n'est pas suffisante à annuler le contrat, dans le sens où nous l'avons vu ci-dessus ? La question doit alors être séparée en deux branches :

a) le débiteur, qui sans faute de sa part se trouve dans l'impossibilité de remplir une partie de son obligation,

est-il tenu de payer des dommages-intérêts en raison de la partie de son obligation pour laquelle il est défaillant ? ;

b) à quoi peut-il prétendre en contrepartie de sa prestation partielle : une contre-prestation totale, proportionnelle, ou nulle ?

Dans notre optique, la question a) est fort simple. Les deux systèmes de droit prévoient la même réponse, en admettant que l'impossibilité est insuffisante à constituer une **frustration** comme excuse du promettant-débiteur. La maladie d'un salarié qui l'empêche de se rendre à son travail n'est pas une rupture de contrat, bien qu'elle puisse n'être pas sérieuse au point de **frustrate** le contrat. De même, le fermier qui s'engage à rendre cinq cents tonnes de blé sur pied, planté sur son terrain et qui, sans faute de sa part se trouve dans l'incapacité de produire plus de trois cents tonnes, ne sera pas tenu de dommages-intérêts pour les deux cents tonnes qu'il n'a pu produire (90). La solution est la même en droit français. L'article 1722 C.C. le prévoit expressément pour le bail et nous avons vu que la doctrine et la jurisprudence étendent largement cette solution.

La réponse à la question b) est plus difficile et révèle, d'une part, une divergence entre les solutions des deux systèmes et, d'autre part, un désordre considérable dans la conception anglaise. Le plus simple est d'examiner la question sous l'angle d'une distinction que font les deux systèmes, entre contrats divisibles et indivisibles.

Dans les contrats divisibles, la prestation complète n'est pas nécessaire à une action. Un marin dont la solde est mensuelle sera fondé à réclamer le paiement de chaque mois passé en mer, même s'il ne va pas jusqu'au bout de son contrat (91) ; par contre, il sera débouté si son contrat prévoyait que la solde correspondrait à la totalité de l'embarquement (92). De même, un entrepreneur en bâtiment qui doit être payé au fur et à mesure pourra obtenir paiement partiel, alors qu'il ne pourra obtenir un centime si son contrat prévoit un paiement après achèvement (93). Les contrats fractionnés en donnent les meilleurs exemples et le paiement, en ce cas, est en fonction directe du degré d'exécution de l'obligation. Une partie ne peut obtenir paiement si elle ne remplit pas son obligation. Il va sans dire que ces contrats se

trouvent dans les deux systèmes et l'attitude française est bien résumée par Capitant (94) :

*"Les tribunaux décident sans hésiter que le contrat est suspendu et tant que l'exécution d'une des obligations est rendue impossible, l'autre contractant se trouve dispensé d'exécuter la sienne".*

Mais dans le cas de contrats indivisibles, la **Common law** a adopté une solution différente et, à notre avis, inutilement sévère dans le principe selon lequel l'exécution partielle ne donne aucun droit à paiement. Nous n'avons pas à discuter la jurisprudence analysée en détail par le professeur Glanville Williams (95). Il suffit de dire que l'approche de la **Common Law** est sensiblement différente de celle du droit français - et des autres systèmes de droit civil - qui permet à la partie désavantagée d'obtenir une diminution de sa prestation, mais l'oblige à payer pour la réalisation partielle de la contre-prestation. Il est, par contre, facile de surestimer cette différence indiscutable, car la **Common Law** admet un certain nombre d'exceptions, telles que la doctrine de l'exécution substantielle (**substantial performance**) et la tendance de la jurisprudence à admettre l'existence de contrats divisibles plutôt qu'entiers, autorisant ainsi une action en exécution partielle. Les différences tendent donc à s'atténuer dans la pratique.

## NOTES

- (1) **Les contrats en droit anglais**, 1973, p. 110 et s. ; "Cause et Consideration", *Mélanges Maury*, vol. II, p. 111 et s.
- (2) **Law of Contract**, actuellement dans la 10<sup>e</sup> éd. par M.-P. Furmston, 1981.
- (3) **Consideration in Contracts : A Fundamental Restatement**, Canberra, 1971 ; *id.*, **An Introduction to the Law of Contract**, 3<sup>e</sup> éd., 1981. Pour des idées analogues, v. Llewellyn, "What Price Contract ?" (1931), 40 *Yale L.J.* 704.
- (4) V. notamment Treitel, "Consideration : A Critical Analysis of Professor Atiyah's Fundamental Restatement", 50, *A.L.J.* 439. Pour une critique récente de la thèse d'Atiyah, v. Burrows, "Contract, Tort and Restitution—A Satisfactory Division or Not ?", 99 *L.Q.R.*, 216 (1983).
- (5) V. Atiyah, "Contracts, Promises and the Law of Obligations", 94, *L.Q.R.* (1978), 193 et plus généralement, v. son oeuvre magistrale : **The Rise and Fall of the Freedom of Contract**, 1979.
- (6) Pour les 'Etats-Unis, v. **Philpot v. Gruninger** (1870) 14 *Wall* 570, 577 ; **Commonwealth v. Scituate Savings Bank** (1884) 137 *Mass.* 301, 302 ; Williston, **Contracts**, 3<sup>e</sup> éd. vol. I, 371 ; Restatement, **Contracts** § 75 (1). Pour l'Angleterre, v. Hamson, "The Reform of Consideration" (1938) 54 *L.Q.R.* 233 et s.
- (7) Corbin, **Contracts**, vol. I, 489 ("The doctrine of Consideration is many doctrines") ; Simpson, **A History of the Common Law of Contract : The Rise of Assumpsit** (1975), chap. IV-VII.
- (8) V. Atiyah, références, notes 3 et 5.
- (9) V. Markesinis et Munday, **An Outline of the Law of Agency** (1979), 65 et s. et notamment **Collen v. Wright** (1857) 8 *E et B* 647, 657-8 (Per Judge Willes).
- (10) [1976] *Ch.* 179. Sur cet arrêt, v. Atiyah, 92, *L.Q.R.*, 174 et comparer Millett, 92, *L.Q.R.* 342.
- (11) Notamment le professeur Atiyah.
- (12) **Kennedy v. Broun** (1863) 13 *C.B.* 677, 740 ; **Re Casey's Patents, Stewart v. Casey** (1892) 1 *Ch.* 104.
- (13) **Webb v. Mc Gowin** 168 *So.* 196 (1935).
- (14) [1961] 1. *Q.B.* 215 ; Atiyah, **An Introduction** etc., *supra* note 3, p. 100.

- (15) Cass. Civ. 1er février 1969, D. 1970, 422 et note Puech.
- (16) [1980] A.C. 614.
- (17) Pour des raisons de simplicité, nous avons utilisé des symboles au lieu des noms des parties : A 1 = Pau ; Ou = A ; Lau = B 1 ; Fu Chip = B.
- (18) *Mais v. North Ocean Shipping Co v. Hyundai Construction Co.* [1979]. Q.B. 705.
- (19) *Hirachand Punamchand v. Temple* [1911] 2 K.B. 330. Pour une explication différente, v. Treitel dans 50 A.L.J. 439, 444.
- (20) A partir de *Tweddle v. Atkinson* (1861) 1 B. et S. 393. Mais telle n'était pas la position prise par la **Common Law** au cours des XVIIe et XVIIIe siècles. V. Treitel, *The Law of Contract*, 5e éd., 464.
- (21) (1861) 1 B. et S. 393.
- (22) *V. Price v. Easton* (1833) 4 B. et Ad. 433.
- (23) *Coulls v. Bagot's Executor and Trustee Co Ltd.* (1967) ALR 385.
- (24) [1968] 1 W.L.R. 1498. Pour une explication différence ; v. Treitel, 50 A.L.J. 446. Plus généralement, v. Atiyah, *An Introduction etc.*, *supra* note 3, chapitre IV.
- (25) *V. Re Flavell* (1883) 25 Ch. D, 89 ; *Re Schebsman* [1944] Ch. 83.
- (26) *Bolton v. Madden* (1873) L.R. 9 Q.B. 55,57.
- (27) *Haigh v. Brooks* (1839), 10 Ad. et E. 309.
- (28) *De La Bere v. Pearson* (1908) 1 K.B. 280.
- (29) *Chappell's Co Ltd v. Nestlé Co Ltd.* [1960] A.C. 87.
- (30) *Mountford v. Scott* [1975] Ch. 258.
- (31) Anson (éd. Guest) *Law of Contract*, 25e éd. (1979), 98.
- (32) *An Introduction etc.*, *supra*, note 3, p. 105.
- (33) V. par exemple Treitel, *The Law of Contract*, 5e éd., 53, 56, 57.
- (34) *An Introduction etc.*, *supra*, note 3, pp. 111-112. L'analyse qui suit représente un résumé des vues du professeur Atiyah, *op. cit.*, pp. 104-112.
- (35) *Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd* [1980] A.C. 827.
- (36) V. Notamment Lord Wilberforce, *ibid.*, p. 846.
- (37) [1975] Q.B. 326.

- (38) Ainsi dans **White v. Bluett**, Exch. (1853) 23 L.J. Ex. 36, il fut jugé que la promesse d'un fils de "ne plus ennuyer son père" était trop vague pour valoir **consideration** de l'obligation du père de lui remettre sa dette.
- (39) (1831) 1 B. et Ad. 950.
- (40) Telle était toujours l'opinion de Lord Denning. V. ainsi **Ward v. Byham** [1956] 1 W.L.R. 496 ; Treitel, **The Law of Contract**, 5e éd., 71.
- (41) **N.Z. Shipping Co v. Satterthwaite** ("The Eurymedon") [1975] A.C. 154, 168 ; **Pau On**, *supra*, note 16.
- (42) (1809) 2 Camp. 317. Pour deux études intéressantes de cet arrêt, v. Gilmore, **The Death of Contract**, Ohio, 1974, et J.C. Smith, "The Law of Contract - Alive or Dead", 13 *The Law Teacher* (1979), 73.
- (43) Le nombre des déserteurs peut avoir des conséquences juridiques importantes. V. ainsi **Hartley v. Ponsonby** (1857) 7 E. et B. 872.
- (44) Un autre rapport de l'arrêt - 6. Espinasse 129 - donne comme justification le conflit avec l'ordre public. Dans ce sens, **Harris v. Watson** (1791), Peake 102 ; 170 E.R. 94.
- (45) **Contracts**, 172.
- (46) Note 18, *supra*.
- (47) Note 16, *supra*. Ceci est l'attitude traditionnelle. Mais v. Atiyah in 98 L.Q.R. 197 (1952) et 99 L.Q.R. 253 (1983). **Contra**, Tiblady, 99 L.Q.R. 188 (1983).
- (48) Note 18, *supra*.
- (49) Treitel, **op. cit.** note 40, *supra*, p. 65.
- (50) (1852) 8 Ex. 40 ; (1856) 5 H.L.C. 673. Pour les faits, v. p. 760 *infra*.
- (51) **Fibrosa Spolka Akayjna v. Fairbairn Lawson & Co Ltd.** (1943), A.C. 32, 48, mais v. maintenant **The Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943**.
- (52) (1884) 9 App. Cas. 605.
- (53) V. par ex., **D and C Builders Ltd v. Rees** [1966] 2 Q.B. 617.
- (54) V. Simpson, **History**, *op. cit.*, *supra*, note 7, pp. 103-107.
- (55) **Hughes v. Metropolitan Rly Co** (1877) 2 App. Cas. 439.

- (56) **Central London Property Trust Ltd v. High Trees House Ltd** [1947] K.B. 130. Pour les faits de ce célèbre arrêt, v. David, **Les contrats en droit anglais**, pp. 146-147. Comparer aussi cet arrêt avec Cass. req. 29 mars 1938, S. 1938, 1, 380.
- (57) Treitel, **op. cit.**, note 33, 84.
- (58) **Combe v. Combe** [1951] 2 K.B. 215.
- (59) **Adams v. Lindsell** (1818) 1 B et Ald. 681.
- (60) Nussbaum, "Comparative Aspects of the Anglo-American Offer-and-Acceptance Doctrine" 36 Columbia L. Rev. 920 (1936).
- (61) § 145 BGB.
- (62) V. Macneil, "Time of Acceptance : too many problems for a single rule", 112 Univ. of Pennsylvania L. Rev. 947 (1964).
- (63) (1876) 2 Ch. D. 463.
- (64) Ces problèmes spéciaux sont considérés par Schutz, "The firm Offer Puzzle ; A study of Business Practice in the Construction Industry", 19 U. Chicago L. Rev. 237.
- (65) **Commonwealth v. Scituate Savings Bank** (1884) 137 Mass, 301, 302.
- (66) **Op. cit.**, note 42, **supra**, notamment pp. 61-65, 72, 87.
- (67) **Philpot v. Gruminger** (1870) 14 Wall 570, 577.
- (68) (1861) 6 H. et N. 295 ; 158 E.R. 121.
- (69) (1860) 9 C.B.N.S. 159 ; 142 E.R. 62.
- (70) [1908] 1 K.B. 280. Pour les faits de ces arrêts, v. David, **Les contrats en droit anglais**, pp. 125-126 et 156-157.
- (71) Kessler et Gilmore, **Contracts - Cases and Materials**, 2e éd. (1974), 204.
- (72) Comparer les différentes solutions dans : **Price v. Easton** (1833) 4 B et Ad. 433 (Angleterre) ; **Lawrence v. Fox** (1859) 20 N.Y. 268.
- (73) Pour une discussion plus détaillée et d'abondantes références, v. B.S. Markesinis, "Cause and Consideration : A Study in Parallel" (1978), C.L.J. 53-75.
- (74) **Mélanges Maury**, p. 113.
- (75) Fifoot, **History and Sources of the Common Law, Tort and Contract** (1949), 399.
- (76) V. références **supra**, note 7 ; **contra** David, **Mélanges Maury**, p. 119.

- (77) Pour une discussion plus détaillée et d'abondantes références, v. J. Ghestin, **Traité de Droit Civil. Les obligations. Le contrat**, 1980, pp. 524-617.
- (78) (1852) 8 Exch. 40 ; (1853) 9 Exch. 102 ; (1856) 5 H.L. Cas. 673. aussi sur cet arrêt Atiyah, dans 73 L.Q.R. 340 ; 24 M.L.R. 421.
- (79) Cheshire et Fifoot, **Law of Contract**, 10e éd. (éd. M.P. Furmston) (1981), 202-3.
- (80) (1914) 30 T.L.R. 531.
- (81) Req. 30 juillet 1873, D.P. 1873, 1, 330.
- (82) Civ. 14 avril 1891, D.P. 1891, 1, 329. Mais v. Civ. 8 mai 1974, D. 1975, 305 et note Larroumet.
- (83) (1863) 3 B. et S. 826.
- (84) Mc Elroy et Williams, "The Coronation Cases" (1941) 4 M.L.R. 241 ; (1941) 5 M.L.R. 1.
- (85) **Droit Civil, Les Obligations**, 1980, n° 498.
- (86) Dans ce sens, v. Paris, 23 déc. 1871, S. 1873, 2, 36 ; D. 1871, 2, 225 ; Poitiers, 12 juil. 1915, G.P. 1916, 172 ; Nancy, 22 juin 1916, G.P. 1916, 160 ; Paris, 21 janv. 1915, G.P. 1916, 254 ; Paris, 3 mars 1917, Gaz. Trib. 6 juin 1918, etc.
- (87) Paris, 21 janv. 1916, G.P. 1916, 254, 255.
- (88) [1903] 2 K.B. 740.
- (89) V. note 84 *supra*.
- (90) **Howell v. Coupland** (1876) 1. Q.B.D. 258.
- (91) **Taylor v. Laird** (1856) 25 L.J. Ex. 329.
- (92) **Cutter v. Powell** (1795) 6. T.R. 320.
- (93) **Sumpter v. Hedges** (1898) 1. Q.B. 673.
- (94) **De la cause des obligations** (1927), 319.
- (95) (1941) 57 L.Q.R. 373, 490.

# L'INTERVENTION DE L'ADMINISTRATION EN MATIERE DE FILIATION NATURELLE EN FINLANDE

Par M. Heikki MATTILA

*Docteur en Droit,  
Chargé de Recherches à l'Académie de Finlande*

## I - INTRODUCTION

Pendant ces dernière décennies, une tendance à l'unification des droits des enfants légitimes et naturels est nettement perceptible dans le cercle de culture européen. Cette tendance signifie que l'enfant naturel peut, non seulement exiger une pension alimentaire de la part de l'homme qui l'a procréé, mais aussi exiger que sa filiation soit officiellement établie, c'est-à-dire que son statut en tant qu'enfant de cet homme soit constaté et inscrit au registre d'état civil, et que ce statut porte les effets juridiques comparables à ceux d'un enfant légitime. Il est, en plus, caractéristique de cette tendance que le procès visant à l'établissement de la paternité puisse avoir lieu indépendamment du fait de savoir s'il existe plusieurs hommes ayant eu des relations charnelles avec la mère et indépendamment du fait de savoir si le père prétendu (les pères potentiels) a (ont) une famille légitime ou non. On peut dire que, dans un tel système, l'établissement de la paternité est quasiment une pure question de preuve : quand le représentant de l'enfant peut prouver l'existence de la descendance biologique, la paternité doit toujours être établie. Et la médecine moderne a radicalement - presque de manière révolutionnaire - élargi les possibilités de preuve à ce sujet.

Ce système de libre établissement de la paternité avec des effets juridiques importants est aujourd'hui adopté dans tous les pays nordiques (1), dans divers pays de l'Europe occidentale (2), dans plusieurs démocraties populaires de l'Europe de l'Est (3) et - depuis ces toutes dernières années - aussi en Europe du Sud : notamment en Espagne en 1981 (4), et tout récemment, en 1983, en Grèce (5). Une solution plus modérée selon laquelle la paternité, source d'un véritable statut, ne peut être établie que dans des cas particulièrement énumérés, est cependant en vigueur dans quelques pays importants, comme la France (6) ou l'Union Soviétique (7). En Angleterre tout le raisonnement juridique est différent en la matière (8) : il constitue un reflet du système de **common law** de ce pays, système qui est souvent incomparable avec ceux des pays romano-germaniques. Il n'est pas possible de traiter en ce contexte les causes de cette tendance.

Nous pouvons donc dire que l'idéologie selon laquelle les enfants naturels doivent en principe avoir les mêmes droits à la descendance et aux aliments que les enfants légitimes, est aujourd'hui très répandue. En revanche, certains pays seulement ont porté une attention particulière à la question de savoir comment garantir que ces droits, le droit à la descendance en particulier, seront réalisés en pratique. C'est notamment dans les pays nordiques (9) où l'on s'est posé la question et où, en conséquence, des mesures estimées nécessaires à ce sujet ont été prises.

Aux pages suivantes, nous allons présenter ces mesures pour la Finlande où existe un service social particulier pour aider la mère célibataire à établir la paternité et fixer une pension alimentaire (10), et, après cette description, nous porterons une rapide appréciation sur les principes.

## II - Le système de surveillance d'enfants

Dans les années 1920, un réseau de service social a été créé pour veiller aux intérêts des enfants naturels en Finlande. Il faut cependant admettre que l'on ne trouve pas uniquement des buts, pour ainsi dire, philanthropiques à l'arrière-plan de la création de ce système ; le nouveau service devait veiller aux intérêts des enfants naturels, intérêts alimentaires surtout, pas seulement pour les enfants eux-mêmes, mais aussi pour empêcher que l'entretien des enfants naturels ne soit laissé à la charge des autorités d'assistance publique.

Le service social en question devait d'abord chercher à inciter le père prétendu à reconnaître volontairement l'enfant et, en plus, à signer un contrat relatif aux prestations alimentaires, ou, tout au moins, à signer un tel contrat sans reconnaissance formelle de la paternité. Puisque l'établissement de la paternité, contre la volonté de l'homme, avec les effets créateurs d'un véritable statut, n'était alors possible qu'exceptionnellement, ce service devait, en cas de refus, tenter une action alimentaire (sans demande d'établir la paternité [11]). Il devait en plus veiller à ce que le débiteur d'aliments paye régulièrement la pension alimentaire ; en cas d'omission, il envoyait le titre d'exécution aux autorités d'exécution forcée des jugements, fournissait à ces autorités les informations nécessaires (patron, biens du débiteur, etc...) et veillait à ce que ces autorités accomplissent leur devoir. Mais cela n'était pas tout. Le service en question devait aussi contrôler comment la mère célibataire éduquait son enfant, c'est-à-dire avoir l'oeil sur les habitudes et moeurs de la mère.

Cette double fonction, protection des intérêts alimentaires de l'enfant et contrôle des moeurs de la mère, explique le nom donné aux fonctionnaires de ce service social : "*surveillant d'enfants*", si l'on traduit le mot finnois ou suédois littéralement.

Une législation relative à la situation juridique de l'enfant, entièrement renouvelée, a été promulguée en Finlande au milieu des années 1970. Le principe directeur de cette législation est l'égalité des enfants, indépen-

damment de l'état civil de leurs père et mère. Quant aux enfants naturels, cela signifie que, entre autres, la paternité peut être établie pratiquement dans tous les cas où elle peut être prouvée, et que les effets juridiques de cet établissement (héritage, aliments, etc...) sont en général les mêmes qu'en cas d'un enfant légitime. D'autre part, on a, à l'occasion de cette réforme du milieu des années 1970, révisé et systématisé toutes les règles relatives à l'entretien de l'enfant (12). C'est pourquoi la nouvelle législation a également eu une influence positive sur la situation juridique de l'enfant légitime.

Les auteurs de la réforme et le Parlement ont considéré que le système de surveillants d'enfants devait toujours être conservé. Les tâches de ces surveillants ont cependant été partiellement changées, aussi bien quant aux enfants naturels que - aspect opposé de l'égalité - pour certains services profitant aujourd'hui également aux enfants légitimes. En ce qui concerne le changement des tâches vis-à-vis des enfants naturels, il faut d'abord signaler que la compétence du surveillant d'enfants pour contrôler les moeurs de la mère et les soins et l'éducation qu'elle donne à son enfant, a été supprimée (13), et que le système d'établissement de la paternité, introduit par la réforme, exige nécessairement certaines formes nouvelles d'action de la part du surveillant d'enfants.

L'élargissement des tâches du surveillant d'enfants, étendues aux enfants légitimes, est généralement manifesté par le principe selon lequel ce fonctionnaire doit donner à tout gardien (marié, séparé, divorcé, célibataire) des informations et des conseils relatifs aux droits de son enfant. En pratique, une chose particulièrement importante (14) du point de vue des enfants légitimes est que les surveillants d'enfants s'occupent aujourd'hui du recouvrement des aliments en faveur de tout enfant pour lequel le gardien obtient de la part de la société une pension alimentaire minimum. Cela mérite quelques mots d'explication.

D'après le système finlandais, une pension alimentaire minimum, dite "*soutien d'entretien*", est toujours payée par la société dans les cas où le débiteur omet le versement des aliments de droit privé ou n'est pas en état économique

de les verser (15). Et quand la Commission communale des affaires sociales, autorité chargée de ces affaires, le fait au lieu d'un débiteur récalcitrant, le titre de recouvrement passe à cette Commission (16). C'est pourquoi le surveillant d'enfants, étant un fonctionnaire soumis à la Commission (17), s'occupe du recouvrement des aliments, dans l'intérêt du gardien (18) aussi bien que dans celui de la société (19). Il doit envoyer le titre d'exécution aux autorités d'exécution forcée des jugements, leur fournir les informations nécessaires (patron, fortune du débiteur, etc...), et contrôler les diverses activités de saisies, etc...

Mais, dans le présent article, nous nous limiterons à la présentation des activités du surveillant d'enfants en relation avec l'établissement de la paternité, laissant de côté ces dernières activités, si importantes qu'elles soient.

### **III - L'établissement de la paternité en tant que processus**

Pour obtenir une idée exacte de l'activité des surveillants d'enfants en relation avec l'établissement de la paternité, il est utile de voir ce qu'ils font en pratique dans l'ordre chronologique.

#### **Convocation adressée à la mère**

Sauf les cas où la père ou l'homme disposé à reconnaître l'enfant, apparaît de sa propre initiative dans le Bureau communal des affaires sociales, tout commence de la façon suivante : l'Officier de l'état civil envoie au surveillant d'enfants les renseignements personnels sur l'enfant (20) ; cet officier obtient automatiquement le certificat de naissance de l'hôpital d'accouchement.

Après que la mère ait repris des forces à la suite de l'accouchement, le surveillant d'enfants lui envoie une convocation pour venir au Bureau des affaires sociales, pour discuter des problèmes de son enfant. Si elle ne vient pas, la pratique établie, au moins dans la capitale, à Helsinki, est que l'on répète cette convocation encore deux fois pendant la durée d'une année. Dans le cas

où elle n'apparaît toujours pas, le surveillant d'enfants propose que la Commission communale des affaires sociales rende une décision selon laquelle on abandonne les mesures tendant à l'établissement de la paternité, à cause du manque des preuves (§ 13). Mais la mère peut, même si elle se présente, interdire toute enquête sur la paternité - sauf les hypothèses où l'enfant a atteint 15 ans ou celles où un homme veut volontairement reconnaître l'enfant - en signant une formule à ce sujet ; elle peut également changer d'avis plus tard et, donc, interdire la continuation de l'enquête déjà commencée ou encore exprimer sa volonté que doit être commencée l'enquête qu'elle a auparavant interdite. Ces principes s'expliquent par le fait que le surveillant d'enfants doit seulement offrir un service à la mère ; cette dernière conserve pleine liberté de le rejeter. On ne peut prendre aucune mesure contre la volonté de la mère.

### **Enquête préliminaire sur la paternité**

Quand la mère se présente - hypothèse normale - pour discuter les problèmes de son enfant, le surveillant d'enfants l'informe d'abord des prestations sociales, notamment en cas où la paternité n'est pas établie (allocations familiales, appuis sociaux relatifs au logement, etc...), et ensuite, des possibilités et conditions préalables pour établir la paternité et pour fixer une pension alimentaire de droit privé (§ 7). Si la mère déclare qu'elle souhaite l'établissement de la paternité, elle doit répondre à une série de questions détaillées figurant dans un formulaire d'enquête. Il s'agit des questions sur les rapports entre elle et le père prétendu ou - en cas de rapports sexuels avec plusieurs hommes - entre elle et tous ces hommes (durée de la fréquentation, nombre et lieux des rapports, début de la grossesse, témoins possibles, etc...). Il faut souligner que la mère souhaitant l'établissement de la paternité fait objet d'une stricte obligation de dire toute la vérité et rien que la vérité, devant le surveillant d'enfants ; une sanction pénale est incluse dans la loi sur la paternité (§ 44). La mère doit notamment révéler l'identité de tous les hommes qui peuvent être supposés pouvoir être le père (§ 10). Les réponses de la mère doivent être établies par écrit sur un formulaire imprimé et signées d'elle ; ce formulaire fait partie du procès-verbal de l'enquête préliminaire sur la paternité.

Après cela, le surveillant d'enfants envoie à l'homme, ou - en cas de pluralité de candidats - à tous les hommes indiqués par la mère, une convocation pour venir, un à un, discuter eux aussi, de la situation de l'enfant en question. Si cet homme (les hommes) ne comparaît (comparaissent) pas, le surveillant d'enfants rend, après avoir discuté avec les témoins éventuels et après avoir apporté d'autres preuves, la décision sur le point de savoir s'il y a lieu d'intenter une action en recherche de paternité. Dans la négative, il propose - éventualité que nous avons déjà évoquée - que la Commission communale des affaires sociales rende la décision selon laquelle on abandonne la procédure tendant à l'établissement de la paternité, à cause du manque des preuves (§ 13) (21). Il est cependant intéressant de noter que, normalement, les hommes convoqués arrivent devant le surveillant d'enfants, bien qu'ils n'aient pas d'obligation légale de le faire ; le surveillant d'enfants ne peut ordonner aucune sanction directe pour les forcer à comparaître.

Quand un homme convoqué arrive devant le surveillant d'enfants, on lui pose une série de questions analogues à celles qui ont été présentées à la mère. Les réponses de l'homme, établies par écrit sur un formulaire imprimé, font également partie du procès-verbal de l'enquête préliminaire sur la paternité. Si la mère n'a indiqué qu'un seul homme, et si les réponses données par lui concordent avec celles de la mère (ce qui est normal notamment dans les cas d'union libre), le surveillant d'enfants propose la reconnaissance volontaire de l'enfant (§ 12) (22). Dans les cas où il y a plusieurs hommes supposés pouvoir être le père, le surveillant d'enfants leur demande s'ils acceptent tous un examen du sang (23). Il ne peut pas ordonner qu'un intéressé soit soumis à un tel examen contre sa propre volonté (au stade du procès, au contraire, le tribunal peut le faire), mais si tout le monde en est d'accord, la paternité biologique, en cas de pluralité d'hommes, peut normalement être révélée par un examen du sang, sans procès judiciaire, et le surveillant d'enfants propose que l'homme indiqué comme père par cet examen reconnaisse l'enfant (24).

Si le père probable ne veut pas signer un acte de reconnaissance volontaire, ou si un des hommes n'accepte pas un examen du sang, une action en recherche de paternité est nécessaire pour confirmer la descendance de l'enfant.

## Reconnaissance volontaire de la paternité

La procédure de reconnaissance volontaire commence, devant le surveillant d'enfants (25), par la rédaction d'un document (26) contenant, outre les renseignements personnels relatifs aux intéressés, la déclaration de l'homme, selon laquelle il reconnaît être le père de l'enfant concerné (§ 15). Une reconnaissance n'est cependant pas possible si l'enfant ayant atteint 15 ans n'y donne pas son consentement (§ 16). Par ailleurs, la mère a le droit d'être entendue (27), même si elle n'a pas pouvoir d'interdire une reconnaissance qui ne lui plaît pas, s'il s'agit du père réel (§ 17). Le surveillant d'enfants doit donc prendre les mesures nécessaires à ce sujet ; le consentement de l'enfant et l'avis de la mère sont inscrits dans le même document (formulaire imprimé) où se trouve la déclaration de l'homme. Le surveillant d'enfants par-devant lequel la déclaration a été faite, le consentement donné ou l'avis exprimé, authentifie les signatures des intéressés.

Mais, en Finlande, cela n'est pas suffisant pour que la reconnaissance entre en vigueur. Le surveillant d'enfants doit encore faire parvenir le document de reconnaissance, ainsi que le procès-verbal de l'enquête préliminaire sur la paternité, au juge. Celui-ci doit contrôler - il s'agit d'une procédure de juridiction gracieuse - qu'en l'espèce, il n'existe pas de faits plaidant de manière manifeste contre la paternité réelle de l'homme (trop petite différence d'âges entre l'homme et l'enfant, contradiction des déclarations des parties, etc...) (28) et que toutes les conditions de forme sont remplies (§ 20). En Finlande, une reconnaissance n'est donc valable qu'après l'homologation de la déclaration de l'homme par le juge (29).

## Action en recherche de paternité

Au procès en recherche de paternité, doivent être cités - originairement ou pendant l'instance - en qualité de défendeurs tous les hommes qui peuvent être suspectés de pouvoir être le père de l'enfant (§ 26). L'**exceptio plurium** n'entraîne donc pas le rejet de la demande, et les circonstances comme enlèvement, viol, union libre, etc..., sont importantes seulement en tant qu'indices de "acte charnel" ; il n'est pas nécessaire que le demandeur prouve l'existence de telles circonstances particulières, pour que l'action puisse être admise (30).

Ces principes sont logiques, étant donné que l'on vise à rechercher et établir la paternité biologique réelle de l'enfant naturel dans tous les cas possibles. Les règles de preuve contribuent également à atteindre ce but. Il faut notamment citer l'alinéa 1er du paragraphe 30 de la loi sur la paternité : "**Administration des preuves.** Le tribunal doit, d'office, ordonner que soient apportées toutes les preuves qu'il estime nécessaires pour statuer sur l'affaire en question. A cette fin, le tribunal peut également obliger le surveillant d'enfants à compléter le procès-verbal de l'enquête préliminaire sur la paternité". Ce paragraphe signifie notamment que, d'une part, tous les témoins, pouvant rendre plausible l'acte charnel, doivent être cités pour audition et que, d'autre part, les parties seront, en cas de besoin, obligées de se soumettre à un examen de sang. Ces examens sont régulièrement effectués dans les procès en recherche de paternité, et il y a une loi particulière à ce sujet (31).

C'est le surveillant d'enfants qui, normalement, intente l'action en recherche de paternité, en qualité de représentant **ipso iure** de l'enfant (§ 24). Dans les grandes communes, il plaide réellement la cause pour l'enfant (les avocats n'ont pas de monopole de plaidoirie en Finlande). Mais, dans les petites communes, c'est un conseil juridique (judiciaire) de l'Office communal d'assistance juridique et judiciaire qui plaide la cause pour l'enfant, en vertu d'un contrat de coopération entre cet Office et le Bureau communal des affaires sociales. Il en est ainsi parce que les surveillants d'enfants de petites municipalités ne possèdent pas de formation et d'expérience suffisantes pour exercer les fonctions d'avocat.

Par ailleurs, la mère célibataire a également, tout à fait indépendamment du surveillant d'enfants, le droit d'intenter une action et de représenter son enfant au procès (§ 24) ; c'est son avis qui est toujours décisif : elle peut encore, même au stade du procès, librement interdire les poursuites commencées. Le tuteur ou curateur éventuels de l'enfant peuvent, eux aussi, intenter une action en recherche de paternité.

#### IV - Appréciation du système quant aux principes

A l'arrière plan du système de surveillance d'enfants, il y a, quant aux affaires de filiation, au moins, deux choix de valeurs : libre possibilité d'intenter une action en recherche de paternité contre la volonté de l'homme (des hommes) ; contrôle de la paternité biologique réelle, non seulement en cas de litige, mais également en cas de reconnaissance volontaire de la paternité. Ces choix de valeurs peuvent naturellement être discutés de plusieurs points de vue - ce que nous laissons cependant de côté, en nous concentrant sur les conséquences de ces choix.

Le but immédiat du système de surveillance d'enfants est de garantir la réalisation de ces choix de valeurs en pratique. D'une part, c'est un service social qui a été créé pour tenir compte des conditions de vie de la mère naturelle : les activités de ce service commencent automatiquement, afin que les mesures d'établissement de la paternité ne soient pas abandonnées ou négligées à cause de la faiblesse, du manque de compréhension ou de l'indigence de la mère. D'autre part, le système de surveillants d'enfants constitue une sorte de service d'instruction préliminaire de l'affaire, comparable dans une certaine mesure aux juges de la mise en état français, visant à rassembler les matériaux nécessaires soit pour le juge qui apprécie si une reconnaissance volontaire correspond à la vérité biologique, soit - en cas de litige - pour le tribunal.

Il serait intéressant de comparer le nombre relatif des reconnaissances volontaires et des jugements en constatation de paternité, d'une part, en Finlande et, d'autre part, dans des pays où il n'existe pas d'institution correspondant au système de surveillants d'enfants, pour ainsi révéler l'efficacité de ce système. Cela n'est cependant pas possible dans le présent article, étant donné que, pour une grande partie, les statistiques nécessaires manquent déjà quant à la Finlande.

Généralement, les statistiques finlandaises nous montrent que le pourcentage des enfants naturels parmi tous les enfants a graduellement augmenté - et augmente

encore - depuis les années 1970 : le nombre de ces enfants nés en 1982 a été environ 9000, c'est-à-dire 13,6 % de tous les enfants nés en cette année (32). Mais il semble que cette augmentation s'explique par la croissance du nombre des enfants nés d'un concubinage ; au début des années 1980, on a estimé (**Aromaa - Cantell - Jaakkola**) que la moitié environ des enfants nés hors mariage étaient des enfants d'un couple vivant en union libre. Si l'on voulait tirer des conclusions relatives à l'efficacité du système de surveillants d'enfants, il serait nécessaire de mettre à part ces derniers enfants, étant donné que l'établissement de la paternité ne pose pas de problèmes à leur égard. En plus, on devrait prendre en considération les influences statistiques des adoptions de nouveaux-nés et celles d'autres facteurs analogues. Quant au groupe d'enfants ainsi trié, il importerait ensuite de clarifier, ensuivant un à un leur destin, combien (quel pourcentage) d'entre eux obtiennent un père juridique soit par reconnaissance, soit par jugement, et quel est l'utilisation relative de ces formes d'établissement de la paternité. Finalement, en ce qui concerne les enfants qui restent définitivement sans père juridique soit par reconnaissance, soit par jugement, et quelle est l'utilisation relative de ces formes d'établissement de la paternité. Finalement, en ce qui concerne les enfants qui restent définitivement sans père juridique, on devrait tirer au clair les causes de cette situation, et notamment voir si elle a pour origine l'interdiction par la père de l'enquête sur la paternité ou si on a renoncé à cette enquête en raison de l'absence des preuves (ces causes se recouvrent partiellement).

Ces dernières données, nécessaires pour conclure sur ce point, font défaut aujourd'hui : nous savons seulement que la paternité est établie par un jugement dans 2 à 4 % des cas où cet établissement a lieu et, donc, par une reconnaissance volontaire dans 98 à 96 % des cas ; cette dernière est la forme d'établissement de paternité tout à fait dominante. Au contraire, nul ne sait exactement combien parmi tous les enfants naturels n'obtiennent pas de père juridique, et quelles sont les raisons pour cela ; certains surveillants d'enfants croient savoir, sur la base de leur propre expérience, que le nombre des cas où il n'y a pas d'établissement de paternité n'est que de quelques pour cent.

Bien que les statistiques adéquates sont donc incomplètes, il est probablement fondé de dire que le système de surveillants d'enfants a répondu à l'attente. C'est sans doute au travail d'investigation, de conciliation et de persuasion de ces surveillants que, partiellement au moins, l'on doit les résultats obtenus : le nombre relatif des reconnaissances volontaires est très haut en comparaison avec celui des jugements en constatation de paternité et le nombre des cas où la paternité n'est pas établie, est - selon les praticiens - très faible. La sanction d'une action en justice se trouve naturellement à l'arrière-plan de ce travail "*extra-judiciaire*" des surveillants d'enfants.

Mais, par ailleurs, on peut se demander si cette efficacité signifie que d'autres intérêts importants, notamment la liberté individuelle et la protection juridique des parties, sont mis en danger par ce système. Il y a lieu d'évoquer rapidement cette question du point de vue de la mère célibataire aussi bien que des hommes défenseurs dans le procès en recherche de paternité.

Du point de vue de la mère d'un enfant naturel, il paraît clair que cette intervention administrative ne présente pas de traits mettant en danger ses libertés en tant que citoyenne. Comme nous venons de le mentionner, il n'est pas possible de prendre une mesure tendant à l'établissement de la paternité, contre la volonté de la mère. Et elle peut retirer son consentement à n'importe quel moment, jusqu'au jugement en constatation de paternité. En plus, une pension alimentaire minimum doit être payée par la société, même dans le cas où la mère a interdit l'enquête et l'action en recherche de paternité. Aucune contrainte financière n'est donc exercée sur elle. De plus, le système ne restreint pas le pouvoir de la mère : elle peut intenter une action en recherche de paternité, bien que la Commission communale des affaires sociales ait décidé d'abandonner l'affaire parce qu'elle estimait les preuves insuffisantes.

Quant au père potentiel, le point de départ est déjà tout à fait différent : le système de surveillants d'enfants est nécessairement lié à la contrainte exercée sur lui. Les garanties pour avoir un traitement juste et impartial et pour empêcher la violation de ses libertés publiques, sont donc très importantes.

De ce point de vue, c'est surtout le cumul des diverses fonctions exercées par les surveillants d'enfants qui attire l'attention d'un observateur. La première de ces fonctions peut être comparée à celle du juge de la mise en état ou du juge aux affaires matrimoniales français : le surveillant d'enfants convoque les intéressés et les témoins, pour révéler préliminairement la paternité réelle de l'enfant. Le procès-verbal, rédigé sur la base de cette enquête, doit être envoyé au juge, en cas de reconnaissance volontaire, ou présenté au tribunal en cas de procès en justice. Deuxièmement, le surveillant d'enfants exerce la fonction d'un notaire latin : il authentifie la déclaration de l'homme servant de base à l'homologation de la reconnaissance volontaire par le juge (et il contribue à la rédaction d'un contrat relatif aux prestations alimentaires). La troisième fonction du surveillant d'enfants est celle d'un avocat : il intente l'action en recherche de paternité et plaide la cause pour l'enfant (si la mère ne l'interdit pas) (34).

En tenant compte de tout cela, on a pu se demander si ce cumul des fonctions menace la protection juridique du défendeur. Peut-être serait-il, au niveau des principes, mieux que l'instruction préalable, l'enquête sur la paternité soit réalisée par une autorité autre que celle qui doit plaider pour l'enfant au cas où il n'y a pas de reconnaissance volontaire. Il faut cependant souligner que le jugement en constatation de paternité n'est pas - contrairement à ce que l'on a parfois cru à l'étranger, à la suite d'un malentendu - une simple homologation des mesures prises par le surveillant d'enfants : un tel jugement est toujours précédé par un véritable procès où la question de paternité est examinée à fond. Cela signifie que, comme nous venons de le mentionner, tous les témoins sont interrogés devant le tribunal et que les intéressés sont normalement soumis aux examens de sang. En conséquence, il n'est guère possible qu'un surveillant d'enfants puisse influencer le résultat du procès par une enquête préliminaire non objective, réalisée de façon partielle. Cette conclusion est renforcée par le fait que, à ce que nous savons, il n'y a pas eu de cas où l'homme aurait présenté, au procès en recherche de paternité, une assertion selon laquelle le procès-verbal de l'enquête préliminaire sur la paternité serait faux ou partial. C'est pourquoi l'on ne considère pas, en Finlande, que le système de surveillants d'enfants soulève des problèmes du point de vue de la protection juridique du défendeur.

## V - Conclusion

Le système finlandais de surveillants d'enfants est surtout le reflet de l'idéologie selon laquelle il ne suffit pas que la société se borne à créer des droits civils dans les cas où l'on sait que le groupe social auquel sont accordés ces droits, n'est en état de mettre ces droits en vigueur que difficilement. Selon cette idéologie, la société doit alors compléter le système de droit civil par d'autres mesures et moyens, notamment d'ordre administratif.

Au niveau des principes, on peut présenter des avis différents sur ce point, et il en est également ainsi pour la question de savoir si les mères célibataires sont encore aujourd'hui un groupe faible, des "victimes"; une partie des enfants naturels sont tout à fait consciemment voulus par la mère. En tout cas, au moins dans les pays nordiques, on pense généralement que le droit de l'enfant de voir sa filiation officiellement constatée est une chose aussi essentielle qu'un système administratif particulier est nécessaire pour l'aider à établir la paternité.

Si l'on accepte cette idéologie, complément du principe de libre action en recherche de paternité, le système finlandais de surveillants d'enfants, ainsi que les systèmes analogues des autres pays nordiques, peuvent peut-être donner à l'étranger certaines impulsions à la formation technique d'un régime d'établissement de la paternité tel que son efficacité et les exigences de la vérité biologique soient garanties le plus possible.

## NOTES

- (1) Cf., par exemple, quant à la Suède, **Lars Tottie**, *Family Law*, dans : Strömholm (ed.). *An Introduction to Swedish Law*, Norstedts, Stockholm 1981, pp. 188-189 et les sources y signalées.
- (2) Cf. **The Reform of Family Law in Europe** (The Equality of Spouses - Divorce - Illegitimate Children), ed. **A.G. Chloros**, Kluwer, Deventer, Holland 1978 (les chapitres relatifs aux pays de l'Europe Occidentale) et **Bergman - Ferid**, *Internationales Ehe und Kindschaftsrecht* (répertoire à feuilles détachables contenant les traductions en allemand des textes de droit de la famille, avec introductions, d'un très grand nombre de pays, européens aussi bien que d'outre-mer).
- (3) Cf. **Tibor Pap**, *Socialist Law*, dans : *The Reform of Family Law* (ouvrage mentionné dans la note 1), pp. 248-254.
- (4) Cf., par exemple, **José Luiz Lacruz Berdejo - Francisco Sancho Rebullida - Augustin Luna Serrano - Jesus Delgado Echeveria - Francisco Riveron Hernandez**, *El nuevo régimen de la familia II : Filicion, patria potestad, economia del matrimonio y herencia familiar*, Editorial Civitas, Madrid 1982, pp. 70-78 et 86-88.
- (5) Cf. **Georges Koumantos**, *Le nouveau droit de la famille en Grèce* (article sous presse en France) et la traduction anglaise des nouveaux textes : "Supplement to the Greek Civil Code, Translated by **C. Taliadoros**, 1983.
- (6) Cc. art. 340.
- (7) Cf. **Yuri I. Luryi**, *Soviet Family Law*, William S. Hein & Company, Buffalo - New-York, 1980, pp. 63-71, notamment p. 68.
- (8) On doit notamment constater que, en Angleterre, il n'est pas possible d'établir un rapport de filiation, avec les effets juridiques **inter omnes**, entre un enfant naturel et un homme. Cela concerne les actions en justice aussi bien que les cas où un homme est inscrit au registre d'état civil en tant que père de l'enfant, avec le consentement de la mère. Cf. **Roderich Thümmel**, *Das internationale Privatrecht der nichtehelichen Kindschaft*, *Schriften zum internationalen Recht* 27, Berlin, 1983, p. 73.
- (9) Les **Jugendamts** de la République Fédérale d'Allemagne visent également à garantir les droits des enfants naturels. Cf., par exemple, **Dieter Giesen**, *The Reform of Family Law in Germany*, dans : *The Reform of Family Law in Europe* (ouvrage mentionné dans la note 1), p. 132.

(10) A ce que nous savons, le service social finlandais pour l'établissement de la paternité n'a pas été présenté en détail, dans des articles ou ouvrages, dans une des langues internationales. Au contraire, la loi sur la paternité, du 5 septembre 1975 (n° 700), qui régit l'établissement de la paternité et les activités de ce service social en ce contexte, a été entièrement traduite en allemand et incluse dans l'ouvrage de Bergmann et Ferid (mentionné dans la note 1 et où se trouvent également les traductions allemandes des autres textes finlandais réglant la situation juridique de l'enfant, notamment la loi sur l'entretien de l'enfant). Cependant, il faut constater que les exposés généraux sur le droit de la famille finlandais donnent habituellement une rapide description du système d'établissement de la paternité. Nous nous bornons à signaler uniquement le dernier de ces exposés généraux : **Aulis Aarnio**, Family Law, dans : **The Finnish Legal System**, Suomen lakimiesliiton kustannus Oy (Editions de l'Union des juristes de Finlande), Helsinki 1985. Une idée de la recherche juridique finlandaise en matière de droit de la famille peut être obtenue en consultant l'article : **Aulis Aarnio - Urpo Kangas**, Le ricerche nel campo del diritto di famiglia e le riforme legislative in Finlandia negli anni settanta, dans : *Famiglia, diritto, mutamente sociale in Europa* (a cura di Valerio Pocar e Paola Ronfani), Edizioni di Comunità, Milano 1979, ou la version anglaise du même article : *The Family Law Research in Finland During the 1970s*, Helsingin yliopiston yksityisoikeuden laitoksen julkaisuja (Série de publications de l'Institut de droit privé de l'Université de Helsinki), 1978).

Etant donné que les détails du système finlandais d'établissement de la paternité ne sont traités que dans des sources en finnois ou suédois, nous ne faisons pas d'allusion à ces sources dans le présent article. Dans notre texte, les signes de paragraphe (§), avec un chiffre et mis entre parenthèses, renvoient aux paragraphes (correspondant aux articles dans des textes législatifs en France) de la loi sur la paternité.

(11) Cette action était donc comparable à l'action à fins de subsides, réglementée dans l'article 342 et suiv. du Code civil français.

(12) Loi sur l'entretien de l'enfant, du 5 septembre 1975 (n° 704).

(13) Grâce à l'évolution des attitudes, on considère aujourd'hui que le système général de protection de l'enfance mise en danger (moral ou autre), applicable à tout enfant, est suffisant. Ce système est actuellement réglementé par la loi sur la protection de l'enfance, entièrement réglementé par la loi sur la protection de l'enfance, entièrement nouvelle, du 5 août 1983 (N° 683).

(14) D'après la nouvelle loi finlandaise sur la garde et le droit de visite de l'enfant, du 8 avril 1983 (N° 361), les père et mère peuvent rédiger une convention relative à la garde (et au droit de visite) de leur enfant (en cas de désaccord, et dans des situations exceptionnelles,

c'est le tribunal qui résout la question de garde). Une telle convention entre en vigueur et devient exécutoire quand - et si - la Commission communale des affaires sociales l'homologue (§ 8 de cette loi). Ce système est propre à accentuer, à un haut degré, l'importance des tâches des surveillants d'enfants quant aux enfants légitimes (des parents divorcés) ; ce sont normalement ces surveillants qui s'occupent de la préparation de ces affaires, pour l'homologation des conventions.

(15) Ce soutien d'entretien est réglementé dans la loi relative à la garantie de l'entretien de l'enfant, du 28 janvier 1977 (N° 122). Il ne faut pas le confondre avec les allocations familiales, payées automatiquement à tout gardien, indépendamment du fait de savoir si les père et mère vivent ensemble ou non ; le système d'allocations familiales existe, comme il est naturel, également en Finlande.

(16) Loi relative à la garantie de l'entretien de l'enfant, § 19, alinéa 2.

(17) La situation du surveillant d'enfants dans la structure administrative des communes, est aujourd'hui réglementée dans la loi relative à la prévoyance sociale, du 19 septembre 1982 (N° 710), § 10, alinéa 2 ; les activités de ces surveillants, quant au recouvrement des aliments, sont définies dans le décret relatif à la prévoyance sociale, du 29 juin 1983 (N° 607), § 18.

(18) La pension, que doit verser le débiteur, est souvent plus élevée que la pension minimum (soutien d'entretien), reçue par le gardien de la part de la société.

(19) La société peut se rembourser, par subrogation, sur le débiteur solvable des sommes versées au gardien. Mais, la créance du gardien (la pension alimentaire de droit privé peut être plus élevée que le soutien d'entretien) doit d'abord être entièrement acquittée, avant que l'on puisse couvrir la créance de la société, résultant des versements du soutien d'entretien (pension de minimum). Ce principe se trouve dans la loi relative à la garantie de l'entretien de l'enfant, § 23.

(20) Il a l'obligation légale de le faire, cf. décret relatif à l'établissement, au désaveu et à la contestation de la paternité ainsi qu'à l'entretien de l'enfant, du 13 août 1976 (N° 673), § 1.

(21) D'autre part, il est important, au niveau des principes, de souligner que la mère a le droit d'intenter, tout à fait indépendamment et de sa propre initiative, une action en recherche de paternité dans les cas où les autorités décident de ne pas le faire.

(22) Dans ce cas, c'est assez souvent que, avant de rendre la décision de reconnaissance finale, l'homme lui-même exige que sa paternité soit encore contrôlée par un examen du sang.

(23) Pendant ces toutes dernières décennies, le système d'examen du sang a subi un fort développement en Finlande. Originellement, des recherches étrangères, notamment allemandes, ont formé la base de ce système. Mais, dernièrement, les scientifiques finlandais ont également contribué à ce développement. Mentionnons, à titre d'exemple, la thèse de **Matti Kataja**, *Simulation in Paternity Analysis. An Application of Computer Based Numerical Simulation to the Fields of Genetics and Forensic Medicine*, Helsinki 1975. Le système finlandais d'examen du sang est présenté de manière générale dans l'article : **Kimmo Aho - Ulla Leino**, *Paternity and Blood Group Evidence : Scandinavian Practice*, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1982, p. 576 et suiv.

(24) Quand l'homme fait la déclaration de reconnaissance, le surveillant d'enfants propose également la rédaction d'un contrat relatif aux prestations alimentaires, si la mère ne s'y oppose pas. En pratique, elle ne souhaite pas toujours un tel contrat puisqu'il y a aujourd'hui beaucoup de cas d'union libre où les parties vivent ensemble. Le contrat relatif aux prestations alimentaires doit être rédigé en utilisant un formulaire imprimé, afin qu'il puisse être homologué par la Commission communale des affaires sociales et ainsi devenir immédiatement exécutoire. Si l'homme n'accepte pas la somme exigée par la mère, la pension alimentaire peut être fixée par le tribunal au cours d'un procès séparé portant sur les aliments.

(25) L'homme peut également faire la déclaration, visant à l'établissement de la paternité par reconnaissance volontaire, devant un officier de l'état civil ou un notaire public. Cela n'a d'importance pratique que dans les cas où un homme fait cette déclaration à l'étranger, devant un fonctionnaire de l'Ambassade ou du Consulat général de Finlande, qui possède la compétence d'un notaire public ; dans ces cas, le principe de **locus regit actum** est également appliqué (§ 15, alinéa 3).

(26) On utilise, ici aussi, un formulaire imprimé.

(27) Certaines autres personnes ont également droit à l'audition (§ 17).

(28) Si la mère oppose la reconnaissance et peut se référer aux faits rendant la paternité de l'homme en question moins plausible, le juge rejette la demande d'homologation.

(29) Dans les cas où le juge n'homologue pas la déclaration de reconnaissance, un intéressé - l'homme lui-même surtout - peut intenter une action ordinaire en recherche de paternité (§ 22 alinéa 2). Par ailleurs, la mère a le pouvoir d'intenter une action en contestation de paternité si le juge a homologué la déclaration de l'homme, contre la volonté de cette dernière, et si elle estime que cet établissement de la paternité ne correspond pas à la réalité biologique (§ 42).

(30) Le fait que le(s) défendeur(s) soi(en)t marié(s) n'empêche pas non plus l'établissement de la paternité.

(31) Loi relative à certains examens du sang et d'autres caractères héréditaires, du 5 septembre 1975 (N° 702).

(32) Suomen virallinen tilasto - Official Statistics of Finland 6 A 148 : Väestö - Population I, 1982, p. 60, tabl. 47.

(33) En 1980, ce pourcentage a été de 2,7 %, en 1981 de 3,9 % et en 1982 de 3,5 %. Ces chiffres ont été calculés par l'auteur de ces pages, sur la base des statistiques donnés dans : Sosiaalitoimen tilastollinen vuosikirja - Yearbook of Social Welfare Statistics (Suomen virallinen tilasto - Official Statistics of Finland, XXI B) ; 1980 p. 89 tabl. 3.6.1. ; 1981 p. 85 tabl. 3.6.1. ; 1982 tabl. 3.6.1. (encore inédit et partiellement incomplet).

(34) Si nous ne limitons pas notre intérêt au seul établissement de la paternité, les tâches des surveillants d'enfants sont - comme le lecteur a déjà pu voir - encore plus nombreuses. Ils agissent en tant que fonctionnaires de sécurité sociale, en donnant des conseils aux gardiens quant aux prestations que paie la société pour les enfants. Notamment, ils les aident à rédiger une demande relative au soutien d'entretien, dans les cas où le débiteur a omis de payer la pension alimentaire. En plus, après que la Commission communale des affaires sociales ait accordé ce soutien, les surveillants d'enfants exercent une fonction liée à l'exécution forcée du contrat ou jugement d'entretien : ils prêtent leur concours aux autorités de saisies, en se procurant des renseignements sur l'employeur, le revenu et la fortune du débiteur et en mettant ces renseignements à la disposition de ces autorités. Finalement, il ne faut pas oublier la nouvelle fonction qu'exercent les surveillants d'enfants en relation avec la rédaction et l'homologation des conventions relatives à la garde et au droit de visite de l'enfant.

## COMPTE RENDU DE LECTURE

R.W.M. DIAS and B.S. MARKESINIS : TORT LAW,  
Clarendon Press, Oxford, 1984, 526 p.

Une jaquette noire avec un filet vert (l'espérance ?) : n'est-ce pas une présentation évocatrice pour un livre traitant de responsabilité ? Au delà de l'évocation, c'est un bien bel ouvrage qui est offert à ceux qui veulent connaître le droit anglais de la responsabilité délictuelle. Le propos des auteurs est d'en faire une présentation globale, aisément intelligible et aussi fidèle que possible à la réalité. Le produit est un remarquable livre de 500 pages, dense mais aisé à lire, riche de références choisies, ordonné et pourtant proche des développements de cette matière intriquée.

Certes, selon la méthode de Common Law, plus de 1000 "cases" sont cités, les plus importants décrits et commentés. Mais le nombre ne doit pas effrayer : beaucoup ne sont cités que pour illustrer une application concrète de la règle formulée dans un "**precedent**". Au delà des sources traditionnelles du droit anglais, les auteurs ont mis en oeuvre la méthode d'analyse que les comparatistes appellent fonctionnelle : ne pas se fixer sur le concept qui sous-tend une règle (ex. la nécessité d'un "**duty of law**" qui, pour les cas de "**negligence**", conditionne la responsabilité) mais chercher plus utilitairement le résultat pratique atteint par les sujets de cette règle (juges, assureurs, individus soumis à cette règle). Procéder ainsi provoque la réflexion sur les raisons d'être des solutions, et sur les arguments à leur soutien. Pour ceux qui les liront, ce sera l'occasion non seulement d'apprendre des solutions mais aussi d'en comprendre la valeur. Heureux étudiants de Cambridge, de Sa Gracieuse Majesté ou plus largement encore heureux anglophones.

L'introduction offre un merveilleux panorama des conceptions du "**Tort**" en Common Law et des diverses approches possibles (rôle de la dissuasion, approche économique, point de vue de l'individu - marché - ou de la communauté - socialisme -, faute ou risque, impact de l'assurance - qui est une considération récurrente tout

au long de l'ouvrage -, etc.). Suit un chapitre sur les principes généraux de la "**negligence**", ses conditions d'existence et les résultats de son constat ; il se clôt sur une vue générale quelque peu critique mais qui souligne surtout l'extension du concept à presque tous les domaines d'activité et la perte de signification du "**duty**" comme condition de prise en compte du fait dommageable par le droit. Les trois chapitres suivants présentent les différents domaines de la responsabilité pour faute, intentionnelle ou non. Vient ensuite l'étude de la responsabilité objective (**strict liability**) qui a une place restreinte en droit anglais, où elle n'englobe pas les accidents de la circulation. Les cas particuliers de protection de la réputation (**defamation**) et de la vie privée (**privacy**) font l'objet d'un autre chapitre. L'étude des exceptions que peut invoquer le défendeur, puis des compensations que la victime peut recevoir (**damages and other remedies**), font l'objet d'un long chapitre, technique mais intéressant car il permet de mieux mesurer l'efficacité du droit anglais de la responsabilité. Les développements sont clos par une brève présentation de la responsabilité conjointe et de la responsabilité solidaire. Il n'y a pas de conclusion, mais un fort utile appendice résumant les dispositions essentielles des lois qui affectent le droit de la responsabilité.

L'ensemble de l'ouvrage est d'une lecture très facile. Les questions sont présentées avec clarté et les développements mettent toujours en relief l'explication d'une règle ou d'une solution donnée. L'effort de regroupement et de synthèse dont témoigne le plan tranche avec les manuels anglais traditionnels qui énumèrent en 20 ou 30 chapitres les divers problèmes, présentant par exemple sur un même pied le concept de "**negligence**", la responsabilité des animaux ou le contenu de la réparation.

Bien qu'écrit par les mêmes auteurs et sur le même thème, cet ouvrage n'est pas une réédition de leur "**English Law of Torts, a Comparative Introduction**" (Bruylant, 1976). Le comparatiste ne sera pas le seul à regretter que la richesse d'une comparaison du droit anglais avec les droits français et allemand n'y ait pas la même place car elle aidait à mieux comprendre le système anglais. Fort heureusement la culture internationale des auteurs demeure et, outre quelques références expresses à l'expé-

rience continentale, le lecteur français sera guidé vers les concepts anglais, comme naturellement, par une présentation et une approche qui reflètent la maîtrise des concepts de **civil law** et de l'histoire de la responsabilité civile française et allemande. Le **Tort Law** anglais est étudié en profondeur, l'histoire et les théories sont expliquées. L'approche économique de la responsabilité civile est présentée en introduction (p. 12 s.) et souvent prise en considération au long des développements, les auteurs proposant un compromis entre les analyses purement conceptuelles et l'approche économique (p. 15 **in fine**). De même le rôle de l'assurance est perpétuellement souligné. Les conséquences de la mécanisation et les conditions de la vie contemporaine, surtout dans les agglomérations, sont mises en exergue. L'adaptation du droit au fait et à son évolution toujours plus rapide est encouragée (V. par ex. p. 9 **in pr.**).

L'explication d'une telle démarche est donnée par les auteurs eux-mêmes qui, dans leur préface, expriment leur position philosophique. Ils considèrent les concepts comme des moyens pour atteindre une fin, comme des outils qu'il est possible de délaissier lorsqu'ils ont rempli leur fonction. Ainsi les auteurs proposent-ils par exemple d'atténuer la séparation, traditionnelle en droit anglais, entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle (préface et introduction p. 5-9). Ceci vaut d'être noté car si la tendance des auteurs anglais dans les dernières décennies est à la critique de la distinction, les applications pratiques sont plus rares. Le mérite des deux auteurs ici est de mettre l'idée en application. D'autres conceptions peuvent être davantage discutées, telle la distinction entre faute et erreur pour écarter la responsabilité pour faute dans les accidents de la circulation (p. 120). Selon cette théorie (V. A. Tunc : La responsabilité civile, *Economica*, 1981, n. 149-156 ; H. Lawson & B. Markesinis : **Tortious Liability for unintentional harm in the Common Law and the Civil Law**, Cambridge University Press, 1982, p. 142 s.), la faute est l'inattention ou la négligence qu'un homme raisonnable éviterait de commettre alors que l'erreur est l'inattention ou la négligence qu'il n'est ordinairement pas possible d'éviter dans un contexte donné (l'environnement routier ou celui de la circulation dans les agglomérations contemporaines). Il est assumé qu'il est plus difficile d'arrêter une auto-

mobile moderne qu'un carosse tiré par quatre chevaux fougueux et qu'en conséquence les concepts forgés au temps des carosses ne peuvent être utilisés au temps des Aston Martin. La faute apparaît donc aux auteurs comme un concept suranné en matière d'accident de la circulation. Aujourd'hui, ce n'est plus la faute d'une personne mais la faute de personne, la faute des autres, la faute de la société. Les accidents de la circulation sont un fait social et non plus un fait individuel.

Est-il encore possible de se demander si l'existence d'un taux statistiquement prévisible d'accidents justifie l'abandon d'une philosophie de la responsabilité au prétexte qu'elle était appliquée au temps où les statistiques n'existaient pas ? Sont-ce vraiment les circonstances de fait qui nécessitent un changement de doctrine ou n'est-ce pas plutôt le changement de l'idéologie dominante, celui qui a conduit au **welfare state**, à la culpabilisation collective et à la diminution de l'individu ? Si les auteurs ont cédé, sur ce plan, à la tendance contemporaine, ils ont le grand mérite d'en exposer et d'en peser les raisons. C'est l'une des nombreuses qualités de cet ouvrage qu'on ne saurait trop encourager à lire. Le tableau général du droit anglais des **Torts** y est brossé avec une maîtrise telle qu'elle rend limpide cette matière complexe. On n'attendait pas moins de deux grands spécialistes de cette discipline et c'est un plaisir rare d'en goûter le fruit à chaque page.

C. MOULY

**AN INTRODUCTORY ANALYSIS OF CHARACTERISTIC  
ASPECTS OF AMERICAN CRIMINAL JUSTICE  
WITH COMPARATIVE COMMENTS AS TO THE  
FRENCH SYSTEM**

Par George W. PUGH

**INTRODUCTION**

What are the societal choices implicit in a given system of criminal justice and what are the reasons underlying those choices? Although answers to such questions are necessarily conjectural and speculative in character, these inquiries are important to pursue, for they should lead to a greater appreciation of the criminal justice system under consideration, and a better understanding of the society itself. In the opinion of the writer, comparative study of another criminal justice system greatly aids in the endeavor. Valuing the teachings of the French criminal justice system, I hope that the following observations and comparative comments concerning that of the United States will be of interest to both European and American readers (1).

\* \* \*

More perhaps than any other societal institution, a criminal justice system involves the use of blatant governmental power and authority to coerce and control

---

(\*) Julius B. Nachman, Professor of Law, Paul M. Hebert Law Center, Louisiana State University. B.A., J.D., Louisiana State University ; J.S.D., Yale University ; Dr. hon.c., University of Aix-Marseille III. The article was prepared in connection with the author's stay in Aix-en-Provence as visiting professor at the University of Aix-Marseille III.

individual conduct. On the one hand, it seeks to put into practice a society's highest aspirations for doing justice within a procedurally fair system; on the other, it reflects the society's deepest fears and phobias.

To maintain order, protect the society and its individual citizens, their persons, privacy, the governmental power must to some extent itself invade or interfere with the interests and freedom of the citizenry at large. How much governmental interference is justified under particular socio-economic, cultural circumstances is a question of policy, a question of choice for the body politic to make. A country's criminal justice system mirrors these fundamental value choices (2), or at least the demands made upon the system by the prevailing power structure (3).

True, because of inertia, the impact of history, custom and tradition is such that at any one point in a country's history, its legal structures and procedures are freighted with baggage of past generations and contain anachronisms that no longer reflect the country's substantive values. By its own Darwinian law, however, or by revolution, the legal system in time yields somewhat to the wishes and the value system of the country's effective power structure, and new procedures and institutions are adopted, or old ones adapted to new wants and needs. Thus, a country's criminal justice system, like many other of its institutions, is often in a state of flux, constantly taking on new procedures and structures (or amending old ones), while at the same time jettisoning those not needed (4).

Since France and the United States share a common Greco-Roman, Judaeo-Christian heritage, have very similar socio-economic systems, and are both committed to achieving a free, fair society, one might reasonably expect that despite different legal traditions and different procedural and structural contexts, the value choices of the two countries, as mirrored by their respective criminal justice systems, would likewise be substantially similar. Surprising though it may appear to a stranger to either system, such does not seem to be the case.

The differences, I feel, go much deeper than mere procedure and structure (matters which might be explainable in terms of historical accident), and reflect profound divergencies in fundamental attitudes and goals. The

differences in the two systems are in this sense substantive in character. The writer is convinced that instead of being the result of mere happenstance, these differences result from conscious or subconscious choice (5).

In accomplishing its task of repressing crime and ascertaining guilt and innocence of those accused of crime, a criminal justice system must reconcile competing and highly valued societal interests : there is the citizen's interest in having the society protect him from the misdeeds of others ; then, there is the individual's treasured interest in being free from governmental intrusion. Citizens of France and the United States value both of these interests very highly, and yet a moment's reflection makes clear that the society cannot attain both goals at the same time. To the extent one interest is satisfied by a criminal justice system, the other tends to be diminished. For reasons elsewhere advanced in greater detail (6), it is believed that authorized governmental intrusion into the life of the individual is today broader and deeper in France than in the United States. This is especially significant in light of the fact that the rate of criminality appears much higher currently in the United States than in France (7). This is not to suggest in any sense that the French have a lesser love of freedom than the Americans, but rather, that because of history and experience the French are more apprehensive of crime, and that to achieve greater protection they have been willing to give greater power to governmental authority. The Americans, at least thus far, have been and are unwilling to entrust governmental officials with the power and authority exercised by governmental authority in France (8). Because of Americans' great fear of governmental interference and our fear of entrusting governmental officials with wide power over individual lives, we have greatly limited the effectiveness of our system of criminal justice, and an appreciation of this phenomenon, I believe, is essential to an understanding of our system. It must be noted, however, that because of what Americans perceive as a great increase in violent crime in the United States, this attitude seems to be softening, and for the past decade or so it appears that citizens in the United States are more willing to entrust law enforcement mechanisms with greater authority.

Very different circumstances than those that formed public opinion in France have molded attitudes in the

United States. For example, the United States was founded and populated by persons fleeing the excesses of governmental authority; it is the inheritor of the English classic liberal tradition and never developed a highly trained, internally regulated, politically independent, centralized governmental civil service similar to that in France (9). Further, the United States historically was generally immune from the socio-economic upheavals and attendant violence that have been the experience of such countries as France.

It is obviously risking error for a foreigner to France to offer such generalizations, and hence I express these ideas with trepidation. With respect to the United States, however, I speak with more confidence, and the foregoing comparative comments concerning the French system are made with the hope that they will help the French reader better to place the following discussion of the American system in meaningful perspective.

What follows is a brief introductory discussion of aspects of the American system which I feel are critical to an understanding of the whole. In the main I believe that these have evolved from, or in any event reflect and reinforce, Americans' attitude towards authority and individual privacy.

As a personal note, I would add that given the American context, I agree with America's basic approach. My expressing fundamental agreement with the American approach for the United States, however, should in no way be construed as critical of the choices made for France by the French. Each country must make its own choices in light of its problems and goals. All of us should, however, be very mindful of the value choices we have made and are making. Further, I feel many improvements can and should be made in the American system without endangering the structure itself (10).

## **DECENTRALIZATION IN THE INVESTIGATION AND PROSECUTION OF CRIME**

The central government in the United States, or as it is frequently called, the "*federal*" government, is a government of limited powers, having only those prerogatives granted to it by the Constitution (11). The American central (or "*federal*") government does not

possess **general** power to maintain the peace and prosecute crime (12). Although Congress, within the area of the central government's constitutional responsibility, has increasingly passed laws making specified conduct a "*federal*" crime, i.e., a crime against the central government, and has established cadres of specialized law enforcement personnel to investigate suspected violations of these laws (such as the Federal Bureau of Investigation, the so-called FBI) (13), these forces are surprisingly small in number for a country the size of the United States (14). Prosecution for federal crimes is conducted by a relatively small number of federally employed prosecutors, and trial for those crimes is in the separately established federal courts presided over by federal judges. The total number of these federal (as opposed to state) prosecutions is very small indeed (15). Since crime thus predominantly falls under state, rather than federal authority, investigation and prosecution of crime in the United States is normally conducted **initially** in the state system (16). Therefore, with all but a small minority of "*federal*" crimes, the respective states determine whether particular conduct shall be denounced as criminal.

Decentralization in the United States with respect to criminal justice goes much further, however, than the foregoing necessarily implies (17). In most states (18) there is a strong tradition of "*home rule*", i.e., exercise of power and authority on a yet lower level. With respect to criminal justice its impact is particularly important. The numerous separate political subdivisions within the states (counties, townships, municipalities, etc.) generally organize and control their own police forces (19). Frequently on the county level, particularly in rural areas, they elect the administrative head of the police force (often called the sheriff) by popular suffrage (20). Although very important strides have been made recently towards interrelating, coordinating and upgrading local police forces, not surprisingly it appears that over-all efficiency of local police forces in the United States is far less than that of the centralized professional police power in France.

Aside from problems of organization and synchronization, there is the matter of recruiting and training qualified people. In the United States police work as a career is not nearly as attractive as it should be. Often, as a practical matter, individual advancement is limited

to a particular local police force. Political considerations frequently play a part in selection, tenure and promotion ; job security is commonly lacking and salaries low. Further, entry into a police force is often only at the lowest level, and advancement is exceedingly slow. Understandably, well qualified individuals are often not attracted to police work as a career. In response to the needs of a modern industrialized society, and the public outrage over crime, police forces at the state level (as distinguished from the local level) are increasing in number and importance (21). Nonetheless, the police function continues to be predominantly under local control.

A similar decentralization is encountered with respect to the prosecution of crime. Except as to persons accused of committing federal crimes (who are prosecuted in federal tribunals by persons known as United States Attorneys, or their assistants), prosecution of crime in the United States is a matter for the states. Rather than exercise the prosecutorial function at the state level, the states have generally accorded the responsibility and authority to local officials known variously as District Attorneys, County Prosecutors, etc. (22). These District Attorneys, as they hereafter will be called, are extremely important, often very powerful individuals (23). Rather than a career functionary in a hierarchy, taking instructions from superiors, the District Attorney is usually an autonomous, locally elected official, with wide discretion as to whether to prosecute (and if so, when and for what crime) (24), and whether to "*plea bargain*" (25) (and if so, what "*deal*" to offer). Hierarchical controls on the exercise of his discretionary authority are relatively slight (26). Further, unlike in France, England (28), and many other countries (29), the victim of crime in the United States has no authority independently to institute prosecution.

As locally appointed or elected officials, police chief and prosecutor must be very conscious of public opinion - at least if they wish to continue in office. The power of the prosecutor in this regard is, of course, very important. Although effective in protecting local interests from control by the central government, there is an obvious danger that such a decentralized system might at times become oppressive to minority groups and locally unpopular causes and individuals. It was, of course, in part to protect from such overreaching

and unjust accusation that, through time, in the Anglo-American system, the individual accused of crime was accorded a great arsenal of protective procedural safeguards. Recently, however, these traditional safeguards were deemed inadequate protection, especially for blacks and other persons in disadvantaged minority groups. Thus, in the last quarter century, there has been a vast expansion of the procedural rights of those accused of crime.

As will be seen shortly, state court prosecutions have been increasingly subjected to standards discovered by federal courts to be imbedded in the federal constitution, a discovery that has precipitated the so-called "*criminal justice revolution*" in the United States. Drawing upon the vague phrase "*due process of law*" in the 14th Amendment to the United States Constitution, federal judges, particularly the Justices on the United States Supreme Court, fashioned a pervasive panoply of federally guaranteed individual rights, a powerful counterweight indeed to local police and prosecutorial autonomy. Concomitantly with this expansion of individual federal rights, there was a Congressional expansion of federal substantive crimes, thus enabling federal investigators and prosecutors to tackle the problem of nefarious activity transcending the borders of local subdivisions, matters with which local police and prosecutors are often ill-equipped to contend.

## **TRIAL AND THE ROLE OF JUDGE, LAWYER AND JURY**

In both the mythology and the reality of the American criminal justice system, the trial is all important - far more, I believe, than in France. Although 80 to 95 % of felony convictions in the United States (30) result not from trials, but from the informal, generally unstructured process known as plea bargaining (31), trial is the all important contingent event which controls the pre-judgment process. Thus the trial is the central institution dominating the entire procedure, for even when trial is avoided by means of a guilty plea obtained through plea bargaining, the plea bargaining negotiations have been conducted in light of prognoses as to what would have happened if the accused, instead of pleading guilty, had elected to go to trial. In contrast to the American system, it seems to this writer that in France the dominant phase of the criminal justice procedure is the inquest

that takes place before the counterpart to the Anglo-American trial - the "audience" (a term itself connoting an institution somewhat different from the Anglo-American "trial"). If the officials conducting the French pre-"audience" inquest have performed their tasks well, the "audience" itself often seems to the American observer anti-climatic.

In the United States, the trial is still often a very dramatic event. In serious cases, there is usually a jury, and it is the jury whose existence to a great extent has shaped the rules that govern the entire criminal justice procedure from investigation through sentencing. In any proceeding in which the defendant, if convicted, may be imprisoned for more than six months, the defendant has a federal constitutional right to a jury trial (32). Although generally the defendant is privileged to waive a jury and elect to be tried by a judge sitting without a jury, usually he prefers a jury to a judge trial. This preference is not difficult to understand. Ideally, the jury represents a cross-section of the population and is much more likely to identify with the defendant (33). Unlike the French jury, the jury in the United States deliberates alone, without the presence of the judge, and is thus much more susceptible to emotional appeal. There is nothing to prevent it from refusing to apply the law as written and acquitting a defendant of the crime charged if it concludes that although he is guilty of violation the law there are circumstances that in the opinion of the jury are sufficient to excuse the conduct. Additionally, the jury, if it chooses, may find the defendant guilty of a lesser included offense rather than the one charged and thus impliedly acquit him of the offense charged. In neither event may the prosecution appeal, for under recent Supreme Court decisions, such would be a violation of the defendant's constitutional right against double jeopardy (34). Traditionally, a jury was composed of twelve persons, and to reach a verdict the vote had to be unanimous. In such cases, if a defendant in a criminal jury trial could convince a single juror that the prosecution had not proved his guilt beyond a reasonable doubt, the defendant was entitled to a mistrial. Although this is still generally the practice throughout the country (35), a few states have relaxed the unanimity requirement and the United States Supreme Court has held that it is not unconstitutional to authorize a verdict

by ten out of twelve jurors (36). In addition, federal courts (37) and some states, to expedite trial, have authorized juries of less than twelve in certain types of cases and the United States Supreme Court has held that a state's authorizing a unanimous verdict by a jury of six is not unconstitutional (38). Although the Court upheld a statute authorizing a jury of twelve to convict a person by vote of nine to three (39), it struck down legislation authorizing a six-person jury to reach a verdict by a vote of five to one (40).

Surprising perhaps to a French reader, there is relatively little criticism in the United States of the availability of jury trial in criminal cases (41). Although proposals are frequently made for modifying the details of present practice with respect to juries, few indeed in the United States call for its abolition or radical alteration in criminal cases (42).

Actually, there are few, if any, aspects of American criminal justice enjoying such high esteem, deference and acceptance, both public and professional. Clearly the institution is a vaunted safeguard of American criminal justice, offering highly valued protection against overreaching by abusive governmental authority. Since American criminal justice is today much criticized in its native habitat, and jury trial is so central to the American system, one may ask why it seems so immune to question, especially since elsewhere in the world jury trial is so little utilized and is often held in relatively low esteem (43). Such questions are not easy to answer. It seems to this writer, however, that the explanation lies in deep-seated American views about democracy and in our traditional distrust of structured authority and legalistic rules (44). The availability of a jury trial means that with rare exceptions (45), no one in America will be branded guilty of a serious criminal offense without having had the opportunity to have his case tried to a cross-section of citizens - a group exercising an independent collective wisdom reflecting the community's sense of justice. The jury enjoys its sacrosanct position, I believe, not so much because of its ability to find the facts accurately, but rather because it is a profoundly democratic mechanism that is exceptionally apt at ascertaining whether in a particular context a defendant has so far strayed from the community's sense of right and wrong that he should be branded a criminal. The jury verdict is in a sense "*felt wisdom*" at its best.

Jury trial in the United States, however, is institutionally demanding. Not only is it very expensive to select juries, but the availability of juries requires an accommodating procedural context. Hence the rules governing the procedure in criminal cases are established with the prospect of a jury in mind. To protect both the prosecution and the defense against errors that might be committed by a non-professional jury deliberating in the absence of a judge, elaborate rules have been developed to control the jury and prevent its going too far astray—notably the intricate body of very technical law known as the rules of evidence, requiring the trial judge to exclude from juror consideration information that would be received without question in courts other than those of the common law world. As a result, the trial in the United States takes so long and the outcome is so uncertain, much pressure is placed on the over-all system to develop a short cut to judgment. Such forces, among others, have contributed to the development of the very lamentable, relatively unregulated practice known as plea bargaining (46). In the opinion of this writer, the practice is unnecessary and undesirable, and other more acceptable methods can be devised to relieve time pressures and still maintain the availability of the essential guarantees of the American system, including jury trial (47).

In the United States, the judge at the trial plays a far less dominant role than in France. Essentially the judge at trial is a referee between two protagonists (the prosecution and the defense). He decides points of procedure and evidence raised by the competing lawyers, to the end that the jury will then be able to decide the affair, untainted by inadmissible evidence. If called upon, he is obligated to prevent one attorney from engaging in illegal tactics, from unfairly overreaching the other. Thus, at the trial stage (48), the judge in the United States is not the dominant seeker after truth he is in France. Unlike the French judge, usually the American trial judge asks few, if any, questions of witnesses, and rarely calls witnesses himself. In the United States, it is primarily the responsibility of the parties to call the witnesses and present their respective sides of the case. Unlike in France, the defendant is not only not the first person questioned, but often is not heard from at all at the trial. Under the American concept of the privilege against self-incrimination, the defendant may elect not

to testify or to call any witnesses and no adverse inference may legally be drawn from his so choosing (49). Further, the prosecution in the United States bears the burden of establishing the guilt of the defendant beyond a reasonable doubt (50). The relatively passive role played by the American trial judge is in sharp contrast not only with the role played by the French trial judge, but also with the active, dominant role played by the American appellate judge in hearings on appeal and in the development of the law - as we shall see shortly.

### FEDERAL CONSTITUTIONAL RIGHTS OF THE CRIMINALLY ACCUSED

We have discussed somewhat the forces that prompted and produced a decentralized formulation and application of law and authority. As the country developed, there were, naturally enough, strong counter forces. Following World War I, as the means of transportation and communication improved, there was a felt need for unifying principles and forces that would guarantee the same minimum protections for all persons charged with crime, whether in Mississippi, Massachusetts, or Montana (51). Further, the increased realization of the plight of minority groups, especially blacks, heightened the desire for a national minimum standard for criminal justice. The first ten amendments to the United States Constitution (the Bill of Rights), adopted just 31/2 years after the Constitution itself was ratified (52), contained a number of very specific protections for the criminally accused (53). Further, it included a general provision that *"no person... shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law"* (54). In light of the purpose of the Bill of Rights, it was early held (55) that these extensive protections were available only against the national government and were inapplicable to persons tried in state court for violating state criminal laws (the vast majority of criminal prosecutions in the country) (56).

The adoption of the Fourteenth Amendment in time had a very different impact. Unlike the Bill of Rights, the Fourteenth Amendment had come into the Constitution as a restriction, not upon the power of the central government, but upon the exercise of authority by the

states. It had been added in 1868 following the Civil War, primarily to protect the rights of former slaves from the actions of locally powerful white groups. Its provisions clearly established a **national** guarantee to citizens vis-à-vis the states, albeit a very vague one. In sweeping language the Fourteenth Amendment provided : that "*no state shall ... deprive any person of life, liberty or property, without due process of law*". Initially, the United States Supreme Court gave a very narrow limited meaning to the phrase "*due process*" with respect to administration of criminal justice (57). It was not until the 1930's, with the socio-economic tensions of the Great Depression, that the Fourteenth Amendment "*due process*" guarantee began to be used by the United States Supreme Court as a meaningful federal protection for persons criminally accused in state courts.

Following World War II, implementing the egalitarian movement that swept the world, the United States Supreme Court drew further upon this vague "*due process*" guarantee. In what has properly been called a "*criminal justice revolution*", the Court evolved a wide range of national rights for the protection of criminally accused in state courts. Via this controversial process, the Supreme Court, in time, held that practically all of the basic protections available as limitations upon federal authority in the trial of criminal cases were likewise available against state authority. Because of decisions handed down within the last twenty-five years, it is now clear, for example, that whether accused of violating state or federal law, a criminally accused is entitled to notice of the nature and cause of the accusation (58), right to a public trial (59), freedom from unreasonable searches and seizures (60), prohibition against cruel and unusual punishment (61), right to assistance of counsel (62), privilege against self-incrimination (63), right to confront witnesses (64), right to a speedy trial (65), right to compulsory process for obtaining witnesses (66), right to a jury trial (67), and immunity from double jeopardy (68).

Why, one may understandably ask, were such profound reforms made during these years? Further, why were they made through judicial decisions rather than through Congressional enactment (69) or Constitutional amendment? Such fascinating inquiries cannot be adequately pursued in this introductory article. Brief comments should, however, be made. As the result of technological changes in commu-

nication and transportation, and in consequence of changes in socio-economic conditions (especially those related to race), problems relative to criminal justice became national rather than local concerns. The times and the national ideals demanded greater equality under law in the criminal justice system. This could be accomplished only by creating minimum national criminal justice standards. There was, however, no broad-based, well-financed electoral constituency calling for such reforms, and the forces favoring states' rights and local control were entrenched and strong. In America, the courts regard themselves as the protectors of individual rights against the abuse of government authority (70), and under the Common Law tradition, the courts have often effected basic changes in the law to meet the perceived needs of the times. At least since Chief Justice John Marshall, the United States Supreme Court has, by the process of interpretation, developed pervasive specific rules from brief, vague Constitutional phrases, such as "*inter-state commerce*" and "*due process of law*".

The development of minimum overriding federal criminal justice standards was, and is, extremely controversial. I believe it is faire to say that very recently, in light of public criticism of earlier Supreme Court decisions, of increased concern for personal safety, and of augmented fear of violent crime exemplified in the "*law and order*" movement in both France and the United States (71) there has been less emphasis in the United States on the, rights of the criminally accused, and greater concern paid to repression of crime. Regardless of this development, it is fully to be anticipated that pervasive federal regulation of administration of criminal justice in the United States will persist - although foreseeably the intensity of the regulation may decrease.

### **PLEA BARGAINING : ACKNOWLEDGING GUILT THROUGH NEGOTIATION**

Unfortunately, one may not realistically analyze the characteristic aspects of administration of criminal justice in the United States without also discussing plea bargaining - an unusual and lamentable institution of great importance in the United States generally, and not recognized, at least in the same form or to the same extent, elsewhere in the world (72). As noted earlier,

plea bargaining is responsible for 80 to 95 % of all felony convictions obtained in the United States (73).

The root causes of plea bargaining are very deep and much discussed and debated ; brief comments will suffice here for present purposes. Through American zeal to protect individual rights and prevent abuse of governmental authority, Americans have made it very expensive in time and resources to convict an individual (often even one quite obviously guilty) through the traditional adversary process. In consequence, the American system developed plea bargaining, an institutional shortcut to traditional procedures (74). Through an informal, generally unregulated, bargaining process, a defendant may agree to give up his panoply of procedural safeguards, including his right to trial, in exchange for a reduction in the gravity of the offense with which he will be charged, or the maximum sentence he will receive, or both. Perhaps in part to induce plea bargains, penal sanctions authorized by law in the United States and frequently imposed (especially after a trial as distinguished from a guilty plea) are extraordinarily severe (75).

In all but petty cases, the major protection for the criminally accused in these plea negotiations is that absent knowing and intelligent waiver of the right to counsel (76), a guilty plea cannot constitutionally be taken from an unrepresented defendant (77). In this way the defendant is made aware of the risk of trial and the benefits of entering into a particular plea bargain.

Prior to 1969, the plea bargaining practice in the United States was generally *sub rosa*, and even when defendant was represented by counsel, its legality was subject to very serious question. In landmark decisions in 1970 (78) and 1971 (79), however, the United States Supreme Court expressly approved the institution, and subjected it to some judicial regulation (80). Intensive contemporary supervision of the entire process would, I feel, have been much more desirable (81).

The American jury trial is a splendid mechanism for the protection of a citizen faced with a false accusation or an abuse of governmental authority, and in the opinion of the writer, it is extremely important that a defendant have it available as an option in all but trivial cases. I do believe, however, that for perhaps the vast majority of cases it is an unduly expensive,

time consuming institution, and that an accused might properly be encouraged not to elect it (82).

In America's pragmatic world, plea bargaining has evolved as the usual substitute for trial. It is, however, an unhappy "*solution*". Fortunately, plea bargaining is now being subjected to severe criticism (83) and is in grave disrepute with the American public. It is to be hoped that a satisfactory replacement for plea bargaining will be found, through which defendants accused of crime in the United States will be afforded a viable non-adversary option to the traditional trial, perhaps one akin to present continental models (84).

## CONCLUSION

As with criminal justice systems elsewhere in the world, the American system mirrors its society's values. It reflects the Americans' deep seated fear of central authority, our fear of abuse of power, our reliance upon public participation in decision-making of all kinds, and our great respect for the dignity and privacy of the individual. The adversary system, especially as manifested to the extreme in the plea bargaining process, likewise reflects the individualism that is so strong an element in the society and which was a source of great concern to DeTocqueville as far back as the 1830's (85). The American criminal justice system is obviously somewhat inefficient from the standpoint of bringing the guilty to judgment - overly so in the opinion of this observer - in view of today's high rate of crime. As earlier indicated, the writer feels the Americans' present plea bargaining system is an unfortunate, ill-structured effort to solve problems created by our inefficient criminal justice system and an increased crime rate. America could make the system more efficient by radically changing the basic structure and format, but this seems to this writer a highly undesirable solution - one very much counter to our traditions and our value structure. Instead, I believe that working within our traditional structures, we can evolve a system that preserves our fundamental values while at the same time dealing adequately with the problem of mounting crime. Our criminal justice system has not caused the crime problem; it must, however, be adapted effectively to deal with it (86).

## NOTES

(1) For some materials in French relative to the American criminal justice system see generally Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, **Les Grands Systèmes de Droit Pénal Contemporain**, Le Système Pénal des Etats-Unis d'Amérique (Ouvrage publié sous la direction de M. Ancel et de L.B. Schwartz. Editions de l'Épargne - 1964 ; H. Donnedieu de Vabres, **Traité Élémentaire de Droit Criminel et de Législation Pénale Comparée**, n° 995 et seq. (1ère Ed. 1937) ; T. Sellin, Cinquante Ans de Droit Pénal (Etats-Unis d'Amérique, p. 411 et seq.), **Cinquante Ans de Droit Pénal et de Criminologie**, Publication Jubilaire 1907-1957 (Revue de droit pénal et de criminologie publiée sous les auspices du Ministère de la Justice avec le concours de la Fondation Universitaire de Belgique) ; P. Gerety, Comment peut-on se passer du jugement par défaut ? (L'expérience Américaine, p. 173 et seq.), **Archives de Politique Criminelle** (Centre de Recherche de Politique Criminelle. Ed. J. Pedone n° 4, 1980). **Les Grandes Orientations de Politique Criminelle des Pays de l'Amérique du Nord**, Journées d'Etudes organisées à Paris le 15 mai 1981 : D. Fogel, Le débat américain sur la politique de sentencing, 10 années de combat, p. 225 et seq. ; C. Bassiouni, Quelques observations sur la politique criminelle aux U.S.A., p. 217 et seq. - in. **Archives de Politique Criminelle** n° 5, 1982. J. Carey, Les critères minimum de la justice criminelle aux Etats-Unis, 1966, **Revue internationale de droit pénal**, vol. 37, pp. 77-94 ; R. Gassin, De quelques tendances récentes de la criminologie anglaise et nord-américaine, **Revue de science criminelle et de droit pénal comparé**, n° 2, pp. 249 (1977) ; D. Fogel and J. Bernat de Celis, Le débat américain sur la politique de sentencing : dix années de combat, **Revue de science criminelle et de droit pénal comparé**, n° 3, p. 543 (1982) ; W. Bridge, Les substituts aux courtes peines d'emprisonnement aux Etats-Unis d'Amérique : Un aperçu, **Revue de science criminelle et de droit pénal comparé**, n° 3, p. 553 (1979) ; J. Richert, La procédure de "plea-bargaining" en droit américain, **Revue de science criminelle et de droit pénal comparé**, n° 2, p. 375 (1975).

For introductory studies in English of the French system, see **Sheehan, Criminal Procedure in Scotland and France** 24-96 (1975) ; Tomlinson, **Nonadversarial Justice : The French Experience**, 42 Md. L. Rev. 131 (1983) ; Pugh, **Administration of Criminal Justice in France : An Introductory Analysis**, 23 La. L. Rev. 1 (1962) ; Pugh and Pugh, **Measures for Malaise : Recent French "Law and Order" Legislation**, 42 La. L. Rev. 1301 (1982), and the materials cited in these publications.

For an excellent authoritative collection of leading cases, pertinent commentary, and questions on American criminal justice see Y. Kamisar,

W. LaFave, and J. Israel, *Modern Criminal Procedure ; Cases, Comments and Questions* (5th Ed. 1980) : **see also** D. Karlen, *Anglo-American Criminal Justice* (1967) ; G. Felkenes, *The Criminal Justice System, Its Functions and Personnel* (1973) ; C. Whitebread, *3 Criminal Procedure, An Analysis of Constitutional Cases and Concepts* (1980).

(2) It has been well said that one may judge a society by its criminal justice system.

One finds the observation in various sources. **See** L. Paper, Brandeis 307 (1983) (quoting Winston Churchill as having said : "The quality of a nation's civilization can be largely measured by the methods it uses in the enforcement of its criminal law" **See also** Newman, **Suing the Lawbreakers : Proposals to Strengthen the Section 1983 Damage Remedy for Law Enforcers' Misconduct**, 87 Yale L.J. 447, 466 (1978) ; Schaefer, **Federalism and State Criminal Procedure**, 70 Harv. L. Rev. 1, 26 (1956) (cited in *Coppedge v. United States*, 369 U.S. 438, 449, 82 S Ct. 917, 923, 8 L. Ed. 2d 21, 30 (1962)).

(3) **See** Friedman, **Notes Toward a History of American Justice**, 24 Buffalo L. Rev. 111, 111-34 (1974) reprinted in **American Law and the Constitutional Order, Historical Perspectives** 13-26 (L. Friedman and H. Scheiber ed. 1978).

(4) **See** Green, **the Influence of Environment on the Litigation Process**, 20 La. L. Rev. 548 (1960).

(5) For further discussion of this notion see Pugh and Pugh, *supra* note 1.

(6) **Id.**

(7) **Id.** at 1302-05.

(8) However, if this outsider can judge of such things, recent events indicate an unwillingness on the part of the French to go as far in criminal law enforcement as many might at first have supposed. Contrast *Projet of "Security and Liberty" law* with the version enacted, *loi n° 81-82 du 2 février 1981*, published in (1981) *Journal Officiel de la République Française du 3 février 1981* (J.O.) 415 (Fr.), *Cr. Pr. Pen.* (1981 Supp.) *Dalloz (D.S.L.)* 37, and see the subsequent legislative rejection of many of its ideas (*loi n° 83-466 du 10 juin 1983*).

(9) The writer is much indebted in his views to the writings of Professor Mirjan Damaska of Yale Law School. See particularly his splendid seminal articles contrasting aspects of continental and Anglo-American criminal justice systems, Damaska, **Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure**, 84 Yale L.J. 480 (1975) ; Damaska, **Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure : A Comparative Study**, 121 U. Pa. L. Rev. 506 (1973).

(10) See Pugh, **Ruminations Re Reform of American Criminal Justice (Especially our Guilty Plea System) : Reflections Derived from a Study of the French System**, 36 La. L. Rev. 847 (1976) Pugh and Rademaker, **A Plea for Greater Judicial Control Over Sentencing and Abolition of the Present Plea Bargaining System**, 42 La. L. Rev. 79 (1981) ; Pugh and Pugh *supra* note 1 ; Pugh and Carver, **Due Process and Sentencing : From Mapp to Mempa to McGautha**, 49 Tex. L. Rev. 25 (1970).

(11) Especially since the "New Deal" era of President Franklin D. Roosevelt, drawing upon such broad language in the Constitution as "necessary and proper", "interstate commerce" and "due process", there has been an effective expansion of powers of the central government. For a discussion of developments re "due process", see note 51 et seq. and accompanying text, *infra*.

(12) See, however, such provisions as U.S. Const. art. IV, § 4 on the obligation of the central government to "guarantee" a republican form of government, and U.S. Const. art. I, § 8, cl. 15 providing that Congress "shall have power... to provide for calling forth the Militia to execute the Laws of the Union, suppress Insurrections and repel invasions".

(13) Other federal investigative agencies include Secret Service agents, treasury agents, narcotics agents, customs agents, etc. The Federal Bureau of Investigation

was created administratively within the Department of Justice in 1908. The agency was designated the Federal Bureau of Investigation by Act of March 22, 1935, ch. 39, title II, 49 Stat. 77. The agency is presently provided for in 28 U.S.C. § 531.

See M. Lowenthal, *The Federal Bureau of Investigation* (1950).

(14) There were 7,797 "special agents" in the F.B.I. at the end of fiscal year 1979. By contrast, there were 469,273 police officers at the state and local levels as of October 1979. U.S. Department of Commerce, *Public Employment in 1979*, 23, Table 10 (1980).

(15) In fiscal year 1978, 34,624 criminal cases (excluding transfers) were commenced in federal district courts. Annual Report of the Director of the Administrative Office of the United States Courts 372, Table D63 (1978).

(16) In calendar year 1978, an estimated 2,020,918 criminal cases were filed in state courts of general jurisdiction, while an additional 6,783,411 cases were filed in state courts of limited jurisdiction. These state court figures do not include traffic or juvenile cases. National Center for State Courts, *State Court Caseload Statistics : Annual Report*, 1978, 38, Table 14 (1983).

(17) For discussion of state and local government in the United States see D. Grant and H. Nixon, *State and Local Government in America*

(2d ed. 1968) ; G. Mitau, *State and Local Government : Politics and Processes* (1966) ; M. Stedman, *State and Local Governments* (2d ed. 1979) ; and W. Young, Ogg & Ray's *Essentials of American State and Local Government* (10th ed. 1969).

(18) **See** O. Reynolds, *Local Government Law* § 36 at 100 (1982).

(19) **See** D. Karlen, *supra* note 1 at 6 ; V. Leonard and H. More, *Police Organization and Management* 12 (3d ed. 1971).

(20) **See** G. Felkenes, *supra* note 1, Chapter 4 ; Karlen, *supra* note 1 at 8-9.

(21) **See** G. Felkenes, *supra* note 1, Chapter 3.

(22) In addition to prosecution for violation of state criminal laws, there is prosecution for violating local municipal ordinances (relatively minor offenses).

(23) For general discussions of the district attorney, see J. Jacoby, *The American Prosecutor : A Search for Identity* (1980) ; *The Prosecutor* (W. McDonald ed. 1979).

(24) Although the Grand Jury, a citizen group constituting a cross-section of the general population, historically exercised control over initiation of prosecution and is still required for the initiation of all but petty offenses in federal court, it plays a much less important role in most states - and to a very large extent in practice is somewhat of a "rubber stamp" for the prosecutor, often formally implementing the discretion independently exercised by him. For a discussion of the operation of the Grand Jury in the United States, see M. Frankel and G. Naftalis, *The Grand Jury, An Institution on Trial* (1977).

(25) For a discussion of the institution of "plea bargaining", see *infra* notes 72-84 and accompanying text.

(26) Although each state will usually have an official known as an Attorney General, he generally does not exercise effective control over the local elected prosecutors. **See** J. Jacoby, *supra* note 23 at 28-29 ; D. Karlen, *supra* note 1 à 25.

(27) **See** French Code Crim. Proc. arts. 2 et seq., 85 et seq. and the discussion in Larguier, *The Civil Action for Damages in French Criminal Procedure*, 39 *Tul. L. Rev.* 687 (1965).

(28) **See** K. Lidstone, R. Hogg, and F. Suttcliffe, *Prosecutions by Private Individuals and Non-Police Agencies* (1980). On prosecution in England generally, see M. Weatheritt, *The Prosecution System, Survey of Prosecuting Solicitors' Departments* (1980).

(29) **See** Goldstein, *Defining the Role of the Victim in Criminal Prosecution*, 52 *Miss. L.J.* 515 (1982) ; Hall, *The Role of the Victim in the*

**Prosecution and Disposition of a Criminal Case**, 28 Vand. L. Rev. 931 (1975); Sebba, **The Victim's Role in the Penal Process: A Rhetorical Orientation**, 30 Am. J. Comp. L. 217 (1982).

(30) See Pugh and Rademaker, *supra* note 10 at 79, n. 1.

(31) See *infra* note 72 and accompanying text.

(32) See *Ducan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, 88 S. Ct. 1444, 20 L.Ed.2d 491 (1968); *Burch v. Louisiana*, 441 U.S. 130, 99 S.Ct. 1623, 60 L.Ed.2d 96 (1979).

(33) For the leading United States Supreme Court decision dealing with the composition of the jury, see *Taylor v. Louisiana*, 419 U.S. 522, 95 S.Ct. 692, 42 L.Ed.2d 690 (1975). For an authoritative study of the operation of the jury in the United States, see H. Kalven and H. Zeisel, *The American Jury* (1966).

(34) See *Benton v. Maryland*, 395 U.S. 784, 89 S.Ct. 2056, 23 L.Ed.2d 707 (1969) (Fifth Amendment prohibition against double jeopardy applies to the states); *Green v. United States*, 355 U.S. 184, 78 S.Ct. 221, 2 L.Ed.2d 199 (1957) (conviction of lesser included offense is an implied acquittal of the more serious offense); *Fong Foo v. United States*, 369 U.S. 141, 82 S.Ct. 671, 7 L.Ed.2d 629 (1962) (prosecution cannot appeal from an acquittal without violating the double jeopardy clause even if the acquittal is based on an "egregiously erroneous foundation").

(35) See Comment, **The Unanimous Jury Verdict: Its Valediction in Some Criminal Cases**, 4 Tex. Tech. L. Rev. 185 (1972).

(36) See *Apodaca v. Oregon*, 406 U.S. 404, 92 S.Ct. 1628, 32 L.Ed.2d 184 (1972).

(37) See Fed. R. Crim. P. 23(b) and accompanying Notes of Advisory Committee on Rules.

(38) See *Williams v. Florida*, 399 U.S. 78, 90 S.Ct. 1893, 26 L.Ed.2d 446 (1970).

(39) See *Johnson v. Louisiana*, 406 U.S. 356, 92 S.Ct., 1620, 32 L.Ed.2d 152 (1972).

(40) See *Burch v. Louisiana*, 441, U.S. 130, 99 S.Ct. 1623, 60 L.Ed.2d 96 (1979).

(41) For a splendid bibliography and analytical summary of the arguments and writings both for and against the jury system in the United States see Kalven, **Memorandum Regarding Jury System in Recording of Jury Deliberations**, Hearings before the Subcommittee to Investigate the Administration of the Internal Security Act and Other Internal Security Laws of the Committee on the Judiciary, United States Senate, 84th Cong. 1st Sess. 63-81 (1955) (hereinafter cited as Kalven, **Memorandum**); see also J. Frank, *Courts on Trial* (1949).

(42) See, e.g., Kalven, **Memorandum supra** note 41 at 79. On proposed reforms see, e.g., J. Frank, **supra** note 41 at 141-45 ; Kaufman, **Harbingers of Jury Reform**, 58 A.B.A. J. 695 (1972). There has, however, been more frequent and stronger criticism of the use of juries in civil cases. See Kalven, **Memorandum, supra** note 41 at 72-79 ; Landis, **Jury Trial and the Delay of Justice**, 56 A.B.A. J. 950 (1970) ; Sarpy, **Civil Juries, Their Decline and Eventual Fall**, 11 Loy. L. Rev. 243 (1961-62).

There also has been a strong movement to abolish the grand jury (an indicting body). See **supra** note 24 and accompanying text.

(43) It was estimated that in 1955 not less than 80 % of all criminal jury trials occurred in the United States. H. Kalven and H. Zeisel, **supra** note 33 at 13. Those authors further observe that "(o)n the whole, the scope of jury trial outside the ambit of Anglo-American countries, though not that of lay judges, has been steadily declining" **Id.** at 13, n. 3.

See also M. Bloomstein, **Verdict, The Jury System** 116-125 (Rev. ed. 1972) ; Knittel and Seiler, **The Merits of Trial by Jury**, 30 Camb. L. J. 316, 323-25 (1972) ; Mannheim, **Trial by Jury in Modern Continental Criminal Law** (pts. 1-2), 53 L.Q. Rev. 99, 388 (1937) ; G. Williams, **The Proof of Guilt** 254-57 (3d ed. 1963).

(44) See **supra** note 8 and accompanying text.

(45) See, e.g., *United States ex. rel Toth v. Quarles*, 350 U.S. 11, 76 S.Ct. 1, 100 L.Ed. 8 (1955) (trial by jury is not constitutionally mandated in court-martial proceedings) ; *Dorr v. United States*, 195 U.S. 138, 24 S.Ct. 808, 49 L.Ed. 128 (1904) (trial by jury not constitutionally required in territorial courts).

(46) See Pugh and Radamaker, **supra** note 10.

(47) See Pugh and Radamaker, **supra** note 10. See also Alschuler, **Implementing the Criminal Defendant's Right to Trial : Alternatives to the Plea Bargaining System**, 50 U. Chi. L. Rev. 931 (1983).

(48) To be contrasted with the role played by the American judge at trial is his role in pre-and post-trial proceedings. For a discussion of the role of the American trial judge in pre-trial proceedings see Goldstein, **Reflections on Two Models : Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure**, 26 Stan. L. Rev. 1009, 1023 (1974). For a discussion of the role of the American appellate judge, comparing and contrasting it with appellate judges in other countries see H. Abraham, **The Judicial Process** (4th ed. 1980).

(49) *Carter v. Kentucky*, 450 U.S. 288, 101 S.Ct. 1112, 67 L.Ed.2d 241 (1981) ; *Griffin v. California*, 380 U.S. 609, 85 S.Ct. 1229, 14 L.Ed.2d. 106 (1965).

(50) In re Winship, 397 U.S. 358, 90 S.Ct. 1068, 25 L.Ed.2d 368 (1970), where Justice Brennan, speaking for the majority, observed that :

The reasonable-doubt standard plays a vital role in the American scheme of criminal procedure. It is a prime instrument for reducing the risk of conviction resting on factual error. The standard provides concrete substance for the presumption of innocence - that bedrock "axiomatic and elementary" principle whose "enforcement lies at the foundation of criminal law".

397 U.S. at 363, 90 S.Ct. at 1072, 25 L.Ed.2d at 375 (quoting from Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 453, 15 S.Ct. 394, 403, 39 L.Ed. 481,, 491 (1895)).

(51) Allen, **The Judicial Quest for Penal Justice : The Warren Court and the Criminal Cases**, 1975 U. Ill. L.F. 518, 522 (1975) ; Allen, **The Supreme Court and State Criminal Justice**, 4 Wayne L. Rev. 191, 195-96 (1958) ; Nat. Comm. on Law Enforcement, Report n° 2, Enforcement of Prohibition Laws of U.S. (1931).

(52) The Constitution was adopted by a convention of the States on September 17, 1787, and the ratification process was completed on the day New Hampshire ratified, June 21, 1788. The first ten amendments to the Constitution, and two others that failed ratification were proposed by the Congress on September 25, 1789. The ratification process was completed on December 15, 1791, the day Virginia ratified. **The Constitution of the United States of America**, S. Doc. n° 82, 92nd Cong., 2d Sess. XXXIX-XL, 25 n. 2.

(53) Right to be secure against unreasonable search and seizure (4th Amend.) ; privilege against self incrimination (5th Amend.) ; protection from double jeopardy (5th Amend.) ; right to indictment by grand jury (5th Amend.) ; right to confrontation of witnesses (6th Amend.) right to compulsory process for obtaining witnesses (6th Amend.) ; right to be informed of the nature and cause of the accusation (6th Amend.) ; right to a speedy trial (6th Amend.) ; right to a public trial (8th Amend.) ; prohibition against cruel and unusual punishment (8th Amend.).

(54) U.S. Const. amend. V.

(55) Barron v. Baltimore, 7 Pet. 243, 249 (1833), discussed in J. Nowak, R. Rotunda, and J. Young, **Constitutional Law**, 427 (2d ed. 1983).

(56) See supra notes 15-16 and accompanying text.

(57) See **Hurtado v. California**, 110 U.S. 516, 4 S.Ct. 292, 28 L.Ed. 232 (1884) (refusing to require the states to accord an accused a right to a grand jury) ; **Twining v. New Jersey**, 211 U.S. 78, 29 S.Ct. 14, 53 L.Ed. 97 (1908) (privilege against self incrimination) ; and **Palko v. Connecticut**, 302 U.S. 319, 58 S.Ct. 149, 82 L.Ed. 288 (1937) (immunity from double jeopardy).

- (58) *Cole v. Arkansas*, 333 U.S. 196, 68 S.Ct. 514, 92 L.Ed. 644 (1948) (6th Amend.).
- (59) *In re Oliver*, 333 U.S. 257, 68 S.Ct. 499, 92 L.Ed. 682 (1948) (6th Amend.).
- (60) *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 81 S.Ct. 1684, 6 L.Ed.2d 1081 (1961) (4th Amend.).
- (61) *Robinson v. California*, 370 U.S. 660, 82 S.Ct. 1417, 8 L.Ed.2d 758 (1962) (8th Amend.).
- (62) *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 83 S.Ct. 792, 9 L.Ed.2d 799 (1963) (6th Amend.).
- (63) *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1, 84 S.Ct. 1489, 12 L.Ed.2d 653 (1964) (5th Amend.).
- (64) *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400, 85 S.Ct. 1065, 13 L.Ed.2d 923 (1965) (6th Amend.).
- (65) *Klopper v. North Carolina*, 386 U.S. 213, 87 S.Ct. 988, 18 L.Ed.2d 1 (1967) (6th Amend.).
- (66) *Washington v. Texas*, 388 U.S. 14, 87 S.Ct. 1920, 18 L.Ed.2d 1019 (1967) (6th Amend.).
- (67) *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, 88 S.Ct. 1444, 20 L.Ed.2d 491 (1968) (6th Amend.).
- (68) *Benton v. Maryland*, 395 U.S. 784, 89 S.Ct. 2056, 23 L.Ed.2d 707 (1969) (5th Amend.).

Two of the rights have not yet been held to apply to the states, the right to a grand jury (5th Amend.), and the prohibition against excessive bail.

- (69) U.S. Const. Amend. 14 § 5 provides: "the Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article".
- (70) See *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152-53 n. 4, 58 S.Ct. 778, 783-84 n. 4, 82 L.Ed. 1234, 1241-42 n. 4 (1938); *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1, 78 S.Ct. 1401, 3 L.Ed.2d 5 (1958).
- (71) See *Pugh and Pugh*, *supra* note 1.
- (72) For discussion of the contention that it exists elsewhere in different form, see Goldstein and Marcus, **The Myth of Judicial Supervision in Three "Inquisitorial" Systems: France, Germany and Italy**, 87 Yale L.J. 240 (1977). The Goldstein-Marcus position is criticized in Langbein and Weinreb, **Continental Criminal Procedure: Myth and Reality**, 87 Yale L.J. 1549 (1978). For a rejoinder, see Goldstein and Marcus **Comment on Continental Criminal Procedure**, 87 Yale L.J. 1570 (1978).

For other discussions of the matter, see Comment, **The Plea Bargain In Historical Perspective**, 23 Buffalo L. Rev. 499 (1973) ; Cooper, **Plea Bargaining : A Comparative Analysis**, 5 N.Y.U. J. Int'l. L. & Pol. 427 (1972) ; and Ferguson and Roberts, **Plea Bargaining : Directions for Canadian Reform**, 52 Can. Bar. Rev. 497 (1974).

(73) See *supra* note 30 and accompanying text.

(74) See Pugh and Radamaker, *supra* note 10 and authorities collected therein.

For a more recent discussion of possible alternatives to plea bargaining see Alschuler, *supra* note 47.

(75) "The average sentence imposed by American courts appears to be longer than the average anywhere else in the democratic world. In addition a greater proportion of our population is confined to jail than in any other nation for which reliable data are available (58)".

n. 58 : "On Jan. 1, 1976, there were 300,000 prisoners in the U.S. confined to jail under sentence or awaiting trial... In addition 1.8 million Americans were under some form of parole or probation". Rubin, **How We Can Improve Judicial Treatment of Individual Cases Without Sacrificing Individual Rights : The Problems of the Criminal Law**, 70 F.R.D. 176, 196 (1976).

(76) See *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 83 S.Ct. 792, 9 L.Ed.2d 799 (1963) ; *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25, 92 S.Ct. 2006, 32 L.Ed.2d 530 (1972).

(77) See *Moore v. Illinois*, 355 U.S. 155, 78 S.Ct. 191, 2 L.Ed.2d 167 (1957).

(78) *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 90 S.Ct. 1463, 25 L.Ed.2d 747 (1970) ; *McMann v. Richardson*, 397 U.S. 759, 90 S.Ct. 1441, 25 L.Ed.2d 763 (1970).

(79) *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257, 92 S.Ct. 495, 30 L.Ed.2d 427 (1971).

(80) See, Pugh, **Standards Relating to Pleas of Guilty**, 57 F.R.D. 229, 359-60 (1972) ; and Pugh and Radamaker, *supra* note 10.

(81) *Id.*

(82) For an elaboration on this notion see Pugh and Radamaker, *supra* note 10.

(83) Alschuler, *supra* note 47 ; Note **Plea Bargaining and the Transformation of the Judicial Process**, 90 Harv. L. Rev. 564 (1977) ; and Note **The Unconstitutionality of Plea Bargaining**, 83 Harv. L. Rev. 1387 (1970).

(84) For suggestions aiming towards such a reform, see Pugh and Radamaker, *supra* note 10 and Alschuler *supra* note 47.

(85) See A. De Tocqueville, *Democracy in America*, vol. 2, part II (De la démocratie en Amérique (2 vols. 1835) ; Eng. tr., *Democracy in America* (4 vols., 1835-40)).

(86) For the writer's suggestions as to steps that might be taken in this direction see Pugh, *supra* note 10.

# LES QUASI-CONTRATS EN DROIT COMPARE

Par J.A. Clarence SMITH \*

## I - INTRODUCTION

L'obligation quasi-contractuelle, on le sait (1), est l'inverse de celle qui naît du délit : le fait générateur de celle-ci crée à l'encontre de son auteur un devoir d'indemniser la partie passive, tandis que le fait générateur de celle-là crée pour son auteur un droit à l'encontre de l'autre partie, passive ou accipiens. Il s'agit là d'une constatation analytique de l'élément commun à tous les quasi-contrats, non de la justification proposée par certains (2) du concept gênant qu'est l'enrichissement sans cause. Et même à titre d'analyse ce n'est que la Common Law qui prend au sérieux cette classification, en ramenant sous la rubrique quasi-contractuelle la contribution et la subrogation légales et autres institutions semblables. Pour le civiliste celles-ci figurent ailleurs dans le Code civil : elles ne sont donc pas quasi-contractuelles. Ce Code ne compte comme quasi-contrats que la gestion d'affaires et la répétition de l'indu. On dirait que la Common Law se montre ici, par sa préférence d'un principe large sur les règles autocéphales, plus civiliste que le droit civil : nous allons voir, en étudiant les différences dans ce domaine entre les deux systèmes, de présentation et de fond, que le même phénomène atypique se reproduira.

---

(\*) Professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Ottawa, invité à Aix-en-Provence. Le présent article reproduit une conférence donnée en avril 1984, augmentée en tenant compte notamment des commentaires de l'assistance.

Le fait cependant qu'un principe est large n'implique pas pour autant qu'il est rationnel, que ses divers éléments ont véritablement assez en commun pour qu'ils soient groupés ensemble. L'ancien droit français ne considérait pas que la gestion d'affaires et la répétition de l'indu constituaient des espèces d'un même genre, comme témoigne Pothier en traitant la première en appendice à son Traité du contrat de mandat, tandis que la seconde constitue la troisième partie de son Traité du contrat du prêt de consommation (3). C'est le Code civil qui les a mises ensemble, en adoptant la distinction quadripartite de Justinien (4) : pour les juristes de cet empereur, l'obligation qui ne naissait ni d'un délit ni d'un quasi-délit ni d'un contrat était nécessairement quasi-contractuelle. Parallèlement en Angleterre, à une première étape où l'action d'**assumpsit** en est venue, par une usurpation successive, à sanctionner toute obligation qui n'était pas délictuelle, a succédé une seconde, où on a commencé à justifier l'obligation contractuelle par la volonté commune des parties. Ceci laissait un reliquat, ni délictuel ni contractuel dans le nouveau sens, qu'on est convenu d'appeler quasi-contractuel. Dans l'un comme dans l'autre système la base n'est pas plus scientifique que cela : pour les deux les quasi-contrats sont ce que l'on n'arrive pas à caser ailleurs.

La Common Law scinde en trois ce reliquat, en trois **common counts** (chefs stéréotypés) ou sous-espèces de l'action d'**assumpsit**. Ils s'appellent l'action **for money had and received** (sc. **to the use of the plaintiff**) (de deniers eus et reçus pour le compte du demandeur), celle **for money paid** (sc. **to the use of the defendant**) (de deniers payés pour le compte du défendeur), et celle de **quantum meruit** (le montant qu'il (le demandeur) a mérité). La première de ces actions correspond presque exactement à la répétition de l'indu, et les deux autres couvrent la plupart du champ de la gestion d'affaires. La Common Law moderne emploie dans ce contexte les termes "*restitution*" et "*enrichissement injuste*", mais ce ne sont là que des termes de généralisation qui couvrent l'ensemble des actions quasi-contractuelles, sans y ajouter rien qui n'ait été déjà sanctionné par l'une ou l'autre de ces anciennes procédures.

En France, l'ancien droit (codifié sans changement au Québec en 1866) limitait d'une façon assez arbitraire l'application de la répétition de l'indu et de la gestion d'affaires ; mais l'action **de in rem verso** (5) est venue

sanctionner ce qui était exclu par ces limitations - par exemple que la répétition de l'indu est recevable seulement en cas d'erreur dans le paiement que l'on voudrait répéter, et qu'il n'y a gestion d'affaires qu'à l'insu du géré. Le Code civil de 1804, ayant supprimé ces limitations (6), n'a pas fait place à l'action **de in rem verso** dont on n'aurait plus besoin. Il y avait cependant toujours des cas d'espèce semblables à ceux que visent les deux quasi-contrats admis, mais qui échappaient à leur formulation, et pour ceux-ci la doctrine recommandait, et la jurisprudence l'a suivie, la ressuscitation de l'ancienne action dans le but d'éliminer l'enrichissement sans cause. Il existe donc un troisième quasi-contrat, sans grande importance en France puisqu'il n'est permis de l'invoquer que dans l'absence de tout autre recours, et l'enrichissement sans cause qui n'est pas autrement sanctionné est rare. Au Québec, au contraire, où les anciennes limitations restent en place, le champ d'application de ce quasi-contrat complémentaire est considérable. Il faut souligner que ce troisième quasi-contrat n'a aucune base véritable dans le Code, malgré les efforts qui ont été faits pour en trouver une. Voici donc encore un phénomène insolite en droit civil, où le Code est censé être exhaustif, du moins dans les domaines qu'il traite, mais qui aurait été parfaitement à son aise dans le contexte de la Common Law jurisprudentielle si une formulation légale des quasi-contrats traditionnels avait laissé des lacunes.

## II - LA REPETITION DE L'INDU

### a) La forme

Voici l'énoncé en Common Law, clair, simple et civiliste, du principe de la répétition de l'indu (7) :

*"L'action de deniers eus et reçus est recevable toutes les fois qu'une somme déterminée d'argent appartenant à une personne est venue indûment entre les mains d'une autre".*

En droit civil, l'art. 1235 cc est semblable, quoique d'étendue plus limitée :

*"Ce qui a été payé sans être dû est sujet à la répétition" ;*

mais cet article se situe à une distance de 140 articles de la **sedes materiae** (les articles 1376 à 1381 cc), avec

laquelle il fait plutôt double emploi. C'est cet article 1235 qui parle de la "répétition" ; l'article 1376 n'emploie pas ce mot dans son texte, qui se lit comme suit :

*"Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû s'oblige à le restituer..."*

Des cinq articles suivants, l'art. 1377 prévoit une exception pour une situation assez rare, et les articles 1378 et 1381 font double emploi avec les articles 549 et 548 qui traitent de l'accession. On ne se sert guère dans la pratique (8) des articles 1379 et 1380, qui régissent le cas où l'objet du paiement est un bien corporel que l'**accipiens** ne détient plus.

La mention, à l'article 1376, de "*par erreur ou sciemment*" est superflue, parce que ce qui est reçu sans erreur l'est nécessairement sciemment : l'expression ne signifie que "*n'importe comment*", ce que l'on n'a pas besoin de dire. La raison de cette superfluité, typique du style législatif de la Common Law, est bien la même qu'en Common Law : l'ancien droit n'admettait que l'erreur, et il fallait souligner l'élargissement de la règle. Un malheur supplémentaire de cette mention est que le sens littéral de l'article impose la restitution à tout donataire, qui lui aussi reçoit sciemment ce qui ne lui est pas dû. Et encore le rattachement de l'erreur (ou de son absence) à la réception fausse le concept fondamental qui veut que ce soit l'erreur du **solvens** qui vicie la remise du bien (9). L'erreur du **solvens** n'apparaît pas dans ce texte : est-ce que les auteurs du Code ont voulu supprimer **sub silentio** cette exigence ? Il n'y aurait rien d'étonnant en tout cela s'il s'agissait d'une loi de la Common Law ; mais le juriste de Common law s'étonne bien de voir que la jurisprudence et la doctrine civilistes exigent toujours l'erreur du **solvens** dont il n'y a aucune mention au texte de l'article (10).

Une dernière réflexion sur la forme : la règle de la Common law ne s'applique qu'à l'argent, tandis que le Code civil l'étend aussi aux biens corporels, mêmes immeubles. La Common law, pour des raisons d'opportunité procédurière depuis fort longtemps dépassées, se limite pour cela à des recours d'origine délictuelle, c'est-à-dire que le demandeur doit se baser formellement sur la privation illégitime qu'il a subie dans le passé plutôt que sur son droit actuel à propriété. Pour la répétition non du bien en nature, si l'**accipiens** ne l'a plus, mais de son prix, on doit recourir au système complémentaire

d'**equity** : l'**accipiens** se voit imposer l'obligation propre au fiduciaire consensuel de rendre compte non seulement des biens qui lui sont confiés mais aussi de leurs fruits et de leur produit. Vu l'absence de consentement on aurait pu parler de **quasi-trust**, mais on a choisi **constructive trust** (fiducie imputée). Ce recours à l'**equity** est exceptionnel : malgré la qualité équitable, de justice élémentaire, que présentent les quasi-contrats, ils sont les créatures de la Common law pure, l'**equity** en tant que système stylisé n'ayant eu que très peu à y apporter.

Il faut avouer que dans ce domaine limité la Common law présente un spectacle d'incohérence, en se composant elle aussi de fragments tirés de plusieurs sources et qui n'ont pas été intégrés. Par contre, il est légitime de se demander si le Code civil, par l'inclusion parmi les quasi-contrats de la répétition de biens corporels, ne fait pas double emploi avec la revendication. Il convient de laisser cette question en suspens pour l'instant.

## b) Le fond

Pour ce qui est du fond, les deux systèmes sont généralement d'accord, parfois contre les apparences. Par exemple, en droit civil l'erreur peut porter tant sur le droit que sur les faits, même si le Code civil ne le précise pas. Le Code civil du Québec, à son article 1047, le précise, voulant ainsi exclure ce que le législateur croyait être la Common law ; et sa croyance se justifiait par l'opinion de bien des juristes de ce système. En réalité cependant la maxime que **ignorantia juris haud excusat** ne s'applique, même en Common law, qu'au droit pénal. On n'a jamais été appelé à résoudre cette question formellement parce que depuis plus d'un siècle les règles de l'**equity** priment, et il n'y a aucun doute qu'en **equity** l'on peut invoquer l'erreur de droit (11).

Est répétable selon les deux systèmes non seulement ce qui n'était pas dû au moment de sa réception, mais aussi ce dont la rétention est devenue indue, notamment les avances payées par l'une des parties à un contrat dont l'autre se trouve empêchée par la force majeure de s'exécuter. En droit civil ceci constitue la remise en état imposée en conséquence de la résolution du contrat qui a motivé le paiement : ce n'est que la Common law qui ramène cette restitution sous la rubrique accueillante de deniers eus et reçus (12).

Pour les deux systèmes ce qui a été extorqué sans être dû est répétable, en France parce qu'il "*faut assimiler à l'erreur de fait l'exercice d'une violence*" (13) ; au Québec malgré l'absence de l'erreur, parce que le maintien de ce paiement constituerait un enrichissement sans cause, et aussi par analogie avec la nullité du contrat formé sous l'influence de menaces ; en Common law simplement parce que le paiement n'était pas dû. Par contre, si le paiement était dû, la présence de menaces ne le rend pas répétable : il semble y avoir ici une différence entre les menaces et l'erreur, en ce qui concerne les obligations naturelles. L'article 1235 c.c. précité continue :

*"La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées.*

Or, le paiement fait sous l'influence de la menace n'est pas volontaire, d'où il suit que le paiement sous cette influence de ce qui n'est dû que naturellement est répétable. Le paiement fait sous l'influence de l'erreur doit au contraire rester irrépétable, sinon la disposition serait sans application : le paiement sans erreur ni menace de ce qui n'est pas dû est une donation, donc irrépétable pour cette raison. La seule application possible de cette disposition est au paiement d'une obligation naturelle sous l'impression erronée qu'il est dû juridiquement. La Common law semble se prononcer dans le même sens (14).

Pour les deux systèmes, il faut une somme déterminée, dans la grande majorité des cas une somme qui a passé directement du **solvens** à l'**accipiens**. Mais la règle de la Common law s'étend au cas où le **solvens**, étant en fait débiteur, a payé à Titius qui n'était pas son créancier. Sempronius, le vrai créancier, peut recouvrer "*son*" argent directement de Titius. En France, on peut arriver au même résultat si l'action oblique est recevable (15) ; et au Québec on évite, en invoquant l'enrichissement sans cause, le circuit d'actions qui résulterait autrement (16). Il faut bien qu'il y ait un lien de droit entre demandeur et défendeur ; mais ce lien de droit peut être réel, même s'il s'agit de l'argent, si cet argent constitue une somme déterminée.

### III - LA GESTION D'AFFAIRES

On ne peut guère comprendre les problèmes formels que pose ce second quasi-contrat sans en avoir déjà étudié le fond. Nous allons donc considérer d'abord le fond et ensuite la forme.

#### a) Le fond

En droit civil il faut une première constatation, que la gestion d'affaires se présente dans un sens strict et dans un sens large. Dans le sens strict, le gérant agit comme un mandataire en acquérant des droits pour le compte du géré et en lui imposant des obligations envers les tiers. Le gérant est lui-même, comme c'est souvent le cas du mandataire consensuel, responsable envers les tiers, mais le géré "*dont l'affaire a été bien administrée*" est tenu, comme un mandant, de le tenir indemne, et, en plus, de lui rembourser ses "*dépenses utiles ou nécessaires*", même si à la fin de la journée l'affaire n'a aucunement tourné à son profit. C'est dans ce sens strict (du quasi-mandat) que la gestion d'affaires n'existe pas en Common law. Le géré en Common law a la faculté de ratifier ce qui a été fait pour son compte, mais il n'y est nullement tenu (17).

Dans le sens large de gestion d'affaires le gérant ne met pas le géré en rapport avec les tiers : au lieu de gérer une affaire il accomplit une série d'actes matériels (18), même un seul acte, dans l'intérêt du géré. Au lieu de quasi-mandat, il s'agirait de quasi-louage d'ouvrages si le gérant pouvait prétendre à une rémunération. En principe il ne le peut pas : s'il a payé à un tiers le travail nécessaire il peut réclamer le remboursement de cette dépense, non s'il a fait le travail lui-même. S'il peut se prévaloir de l'enrichissement sans cause, le temps perdu à l'affaire du géré, qui l'a empêché de gagner comme il aurait fait autrement, compte pour appauvrissement ; mais puisqu'il ne peut invoquer ce chef de demande que si aucun autre recours ne lui est ouvert, l'enrichissement sans cause, en tant que chef indépendant de demande, n'a que peu d'application en France (19). Au Québec au contraire, où le Code de 1866 a conservé l'ancien droit, la gestion d'affaires n'existe qu'à l'insu du géré : toutes les fois que le géré savait ce qui se passait, ou qu'il n'existait pas encore (une per-

sonne morale non encore née) et que, partant, il n'avait la capacité ni de savoir ni de ne pas savoir, l'action basée sur l'enrichissement sans cause est recevable, et entraîne pour le gérant la rémunération de son appauvrissement. Il en est de même du service rendu directement au "géré" (au lieu de l'acte accompli pour son compte) et de l'avantage qui découle accessoirement pour lui de la gestion de l'affaire propre du gérant.

En cas d'enrichissement sans cause le droit du gérant est limité, en France et au Québec, par le montant de l'enrichissement du géré : il recouvre le montant de son propre appauvrissement jusqu'à concurrence de cet enrichissement. En cas de gestion d'affaires il n'y a pas de limite, mais il y a les mêmes deux conditions que nous avons rencontrées en gestion d'affaires stricte : que l'affaire ait été bien administrée et que les dépenses aient été *"utiles ou nécessaires"*. Si ces conditions sont remplies il recouvre même davantage que l'enrichissement du géré ; si non il ne recouvre rien du tout. La jurisprudence nous offre peu d'exemples de mauvaise administration ou de dépenses inutiles (20) ; mais elle explique récemment (21) que l'intervention doit représenter une initiative opportune et justifiée dans la situation telle qu'elle se présentait alors, sans qu'il soit besoin cependant d'un *"véritable caractère de nécessité"*.

Il y a une autre différence entre les deux actions, que l'utilité en cas de gestion d'affaires est jugée du point de vue du moment de l'intervention, mais l'enrichissement est évalué au moment du recours (22). S'il y a une raison qui justifie cette distinction elle n'a jamais été énoncée (23).

La Common law n'offre pas au plaideur le choix entre deux actions dont les fruits sont essentiellement différents. Elle admet, bien entendu, deux actions en matière de gestion d'affaires dans ce sens large, c'est-à-dire l'action de deniers payés si le service rendu par le gérant était le paiement de ce que le géré devait - une somme donc déterminée - et de **quantum meruit**, dont le **quantum** est laissé à l'appréciation du tribunal, pour tout autre service. La recevabilité des deux actions dépend d'une condition bien plus exigeante qu'en droit civil, l'existence d'une contrainte, soit que le géré ne puisse pas se passer du service rendu, soit que le gérant ait été obligé par une force supérieure de le rendre.

L'exemple typique de la nécessité qui pèse sur le géré est le cas des services que rend à une compagnie le secrétaire dont la nomination avait été nulle : la compagnie gérée était obligée d'avoir un secrétaire, et celui-ci recouvrait la valeur de ses services malgré l'absence de contrat (24). Un exemple de la contrainte qui pèse sur le gérant est le paiement des droits de douane par l'entrepouseur ; ceux-ci étant exigibles en premier lieu de l'importateur, mais l'administration ayant le pouvoir légal de les demander à l'entrepouseur, celui-ci avait son action récursoire contre l'importateur sans que son contrat l'ait stipulé (25). En l'absence de contrainte le gérant ne recouvre rien, sans égard à l'enrichissement du géré : en effet, l'intervention généreuse, qui, pour le droit français, mérite l'encouragement, même l'indulgence (26), constitue pour l'Anglais une ingérence officieuse de la part de celui qui aurait dû *"se mêler de ses affaires"*. On a peut-être ici un des rares exemples de l'influence du caractère national : l'Anglais, animé non seulement par un manque de générosité, hésiterait à rendre un service que l'on ne lui a pas demandé, geste qu'il trouve même indélicat.

## b) La forme

Le Code civil, après trois articles plus ou moins inutiles au sujet des obligations du gérant, énonce succinctement à l'art. 1375 ce qui est important, c'est-à-dire l'obligation du géré :

*"Le maître dont l'affaire a été bien administrée doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris, et lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites"*.

Il est à noter que ces mots n'oblige pas le géré à indemniser le gérant de ses pertes éventuelles (qui ne sont ni engagement ni dépense) (27), et que la précision *"soit que le propriétaire connaisse la gestion soit qu'il l'ignore"*, qualification de l'obligation du géré plutôt que de celle du gérant, est à repêcher dans l'art. 1372. A part l'inélégance de désigner la même partie comme *"propriétaire"* à l'art. 1372 et *"maître"* à l'art. 1375, cette parenthèse est attribuable au même souci qu'en cas de la répétition de l'indu, que la simple omission de l'exigence de l'ancien droit ne serait pas comprise par les tribunaux comme

une modification de la règle. Le motif rappelle encore le style législatif plutôt de la Common law.

Il faut répéter ici qu'au sujet de l'enrichissement sans cause, l'ancienne action **de in rem verso**, le Code est tout simplement muet : la doctrine le rattache à ses commentaires sur cet article 1375 (28).

La Common law se résume en deux extraits de la jurisprudence :

*"Celui qui effectue sous contrainte un paiement d'argent qui est dû par autrui a le droit au remboursement" (29).*

La même règle s'applique aux autres avantages procurés ; mais en l'absence de contrainte :

*"Les travaux effectués et l'argent dépensé pour conserver ou pour améliorer le bien d'autrui ne créent aucune obligation de remboursement. Les créances ne s'imposent pas à l'insu du débiteur"(30).*

On peut dire ici que la forme est plus simple parce que le fond est plus simple.

#### IV - CONCLUSIONS

On voit donc que, dans cette matière, le droit civil ne consiste plus en une série de principes interdépendants, méthodiquement réunis sous forme de code. Le traitement des quasi-contrats est loin d'être méthodique ; des exemples des principes en question se trouve éparpillés n'importe où dans le Code ; et une institution fondamentale est restée en dehors du Code, mais n'est pas moins appliquée pour autant par la jurisprudence.

Plus surprenant, la Common law pour une fois n'est plus une série de cas d'espèce hétérogènes, chronologiquement réunis dans les recueils de jurisprudence et ordonnés tant bien que mal par la doctrine. Les principes sont clairs et nets, et ce n'est pas là doctrine qui les a dégagés. La doctrine, comme la doctrine française, s'est ingéniée à trouver un seul principe dont les deux quasi-contrats reconnus ne seraient que des applications.

La doctrine des deux systèmes voudrait doter de ce rôle unificateur l'enrichissement sans cause (31). Mais l'acheteur d'un bien qu'il ne paye pas est lui aussi enrichi

sans cause, et personne ne songerait à invoquer ce principe à son endroit. Si l'enrichissement sans cause couvre bien nos deux quasi-contrats, il couvre également beaucoup d'autres phénomènes juridiques ; et pour le restreindre à ces deux, il faut ajouter la condition qu'il n'existe aucune autre sanction. L'essentiel de ce prétendu principe est donc réduit au négatif : les quasi-contrats n'ont que ceci en commun, qu'aucun autre domaine de droit ne les accueille. C'est à cela qu'il faut attribuer la tendance récente de nier l'existence de la notion de quasi-contrat (32).

En effet, les deux institutions n'ont que très peu en commun, et ce peu est commun aussi à d'autres institutions. Il faut signaler notamment que l'exigence fondamentale en gestion d'affaires, que l'affaire ait été bien administrée et que l'intervention du gérant ait été utile - ou, en Common law, qu'il y ait eu contrainte - n'a aucun écho dans la répétition de l'indu. Il ne va de même de l'exigence de l'enrichissement sans cause, que le géré se trouve enrichi à la date de l'action : si avant l'action, l'**accipiens** a déjà perdu l'argent par le vol, il est toujours tenu à la restitution. Et cette incompatibilité des deux quasi-contrats n'a rien d'étonnant. Personne ne classerait ensemble le prêt et le mandat : pourquoi le quasi-prêt et le quasi-mandat ?

Mais avant de vider ce "*dossier divers*" et de jeter la chemise intitulée "*quasi-contrats*", il faut trouver d'autres dossiers prêts à accueillir son contenu, et pour ce faire ré-aménager quelque peu notre classeur.

### a) Répétition

La notion de la répétition de l'indu s'analyse en deux éléments : la répétition, sanction qui ressemble fortement à la revendication, et l'indu, le droit sanctionné, qui ressemble fortement au droit de propriété que sanctionne la revendication. Comme dirait le profane : "*C'est mon argent (le droit) : je veux le reprendre (la sanction)*". Il s'exprimerait de la même façon s'il s'agissait de sa vache ou de son vignoble usurpé par un tiers. Ce n'est pas seulement le profane : voici ce que disait un éminent magistrat écossais (donc de formation civiliste) en jugeant au sein de la Chambre des Lords une affaire anglaise régie par la Common law :

*"La revendication d'un meuble déterminé et l'action de deniers eus et reçus ne sont que des modes différents de l'application de la même équité supérieure qui veut que personne ne garde le bien, ni le produit du bien, qui ne lui appartient pas" (33).*

Encore une citation d'un "discours" dans la Chambre des Lords, où le juge analyse la situation du maître chanteur :

*"Il a mon argent, que je ne lui ai pas remis avec l'intention véritable de lui en passer la propriété. Je l'assigne parce qu'il détient ce bien qu'il a pris" (34),*

Ceci pour contrer la théorie qui veut que l'accipiens est tenu soit par un engagement, fictif bien entendu, de restitution, soit en vertu du délit qu'il a commis en le prenant. Il faut souligner que le créancier de dommages-intérêts ne parlerait pas de "mon" argent, du moins avant qu'ils ne soient fixés par le tribunal. Il saurait bien qu'il s'agit ici d'une simple obligation personnelle et non d'un bien qui lui "appartient".

Les concepts de la Common law sont toujours plastiques, sinon flous. Il est plus difficile pour le droit civil, fort de la distinction bimillénaire entre le prêt à usage et le prêt de consommation, d'admettre que le passage de la propriété par celui-ci et non par celui-là ne signifie pas grand chose. La distinction prend un sens quand les tiers entrent en scène, surtout en matière de faillite ou de déconfiture, mais même là on peut se demander à quel point elle inspire de la justice plutôt que d'une théorie.

Pour les deux systèmes également il est difficile d'admettre que le devoir de rendre l'objet (ou l'argent) prêté ne dépend pas du contrat, même s'il y a eu contrat. En réalité cependant on doit le rendre parce qu'il appartient au prêteur, et le contrat, s'il y en a un, n'est source que de l'obligation de payer les loyers ou les intérêts. L'obligation de restitution naît, aux termes du droit romain, **re** et non **consensu**.

En fait, la répétition de l'indu a sa place dans le droit des biens, non dans le droit des obligations, constatation rendue plus facile pour le droit civil par l'inclusion, sous la rubrique de répétition, du devoir de restituer un bien corporel remis par erreur : c'est pour renforcer

cet argument que nous avons réservé, il y a quelques pages, la considération de ce rapprochement. Pour effectuer le transfert de la répétition au droit des biens, il faudrait d'abord, aux alentours de l'art. 544 c.c., la précision (assez banale) que le propriétaire qui n'a pas la possession de son bien a le droit de le revendiquer ; et (moins banal) qu'il en est de même d'une quantité déterminée d'un bien fongible, tel l'argent. Ensuite, à l'art. 711 c.c. ("*La propriété des biens s'acquiert...*") au lieu de "*et par l'effet des obligations*", ce qui n'est pas vrai de l'obligation née du délit, il faut *par contrat ou par paiement*". Ceci n'est pas trop révolutionnaire non plus. Et enfin, parmi ces dispositions générales, l'énoncé que l'acquisition par chacun de ces modes - non seulement par contrat - est nulle en cas de consentement vicié : ceci encore sans révolution. La nullité étant relative, les droits des tiers sont protégés. Il en résulterait d'abord que l'**accipiens**, par l'effet de l'erreur ou des menaces, n'acquiert pas la propriété de l'argent qui a passé matériellement entre ses mains ; et ensuite que le **solvens**, en étant toujours le propriétaire, pourra récupérer ce qui est toujours son bien.

## b) Gestion d'affaires

Pour la gestion d'affaires dans le sens strict, il faudrait consacrer un titre distinct à la représentation, en y mettant premièrement la représentation consensuelle qu'est le mandat, en second lieu la gestion d'affaires, et troisièmement la tutelle et autres institutions semblables. Pour la Common law, nous l'avons vu, la représentation ne résulte pas de la gestion d'affaires.

Enfin la gestion d'affaires dans le sens moins strict et l'enrichissement sans cause qui ont leur source dans l'avantage que confère le gérant au géré. Ici encore la solution est plus facile pour la Common law que pour le droit civil. En effet, pour la Common law traditionnelle, avant l'infiltration de la notion canoniste du devoir de tenir la parole donnée, la base de l'obligation contractuelle n'était pas l'engagement du débiteur mais l'avantage qu'il avait reçu ou stipulé. C'est la **considération**, si gênante pour certains modernes (35), sans laquelle il n'est pas obligé même s'il s'est engagé (sauf bien entendu par un acte solennel). Inversement, même sans engagement, il était toujours obligé, mais à deux conditions alternatives : soit qu'il avait sollicité l'avantage - par exemple par

un contrat qui s'avère nul - soit que l'avantage s'imposait impérieusement par la contrainte qui pesait sur lui-même ou sur la personne qui le lui procurait, comme nous venons de voir. Dans ces deux cas la rétribution est la valeur objective de l'avantage, arbitrée par le tribunal sans parler d'enrichissement ni d'appauvrissement, tandis que dans une situation contractuelle les parties sont libres de l'évaluer (36), comme elles le sont pour les dommages-intérêts conventionnels.

Si le droit civil pouvait se résoudre à classer les obligations en délictuelles et extra-délictuelles (au lieu de contractuelles et extra-contractuelles), et à comprendre parmi les extra-délictuelles l'obligation de payer tout avantage reçu, à condition qu'il ait été soit utile ou sollicité, ou que la rétribution ait été valablement stipulée, il y aurait toujours le problème en gestion d'affaires du service qui n'a procuré au géré aucun avantage, mais qui a imposé au gérant des frais considérables. Le remboursement dans cette situation pourrait toujours rester en marge comme exception anormale ; et ainsi les deux systèmes seraient également en mesure de supprimer la catégorie des quasi-contrats, ayant également trouvé où caser ailleurs son contenu.

## NOTES

- (1) Malgré l'énoncé pervers de l'art. 1371 c.c. - voir Notarial Répertoire, v. Quasi-contrats, Fasc. A, n° 57 (D. Berra).
- (2) Ripert et Teisseire, Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause, Rev. Trim. Dr. Civ. 1904, p. 727 s., et discussion critique, Notarial Répertoire, v. Enrichissement sans cause, n° 58 et 59 (G. Bonet).
- (3) Tome 5 de l'édition de Bugnet, n° 167 à 228 (pp. 242 à 264) et n° 132 à 179 (pp. 101 à 119).
- (4) Inst. III, 13, § 2 ; Cf. Dig. XLIV.vii.5, § 1, inspiré des "Aurea" de Gaius.
- (5) A.E. Giffard, Droit romain et ancien droit français (Précis Dalloz, 1958), n° 269 : cette action était connue à la jurisprudence de l'ancien droit, et n'était pas inventée par la Cour de Rennes en 1820.
- (6) Art. 1376 c.c. "par erreur ou sciemment" ; art. 1372 c.c. "soit que le propriétaire connaisse la gestion soit qu'il l'ignore".
- (7) **Follett v. Hoppe** (1847), 17 L.J. (C.P.) 76, à la page 80 : "**The action for money had and received will lie wherever a certain amount of money belonging to one person has improperly come into the hands of another.**"
- (8) Notarial Répertoire, v. Quasi-contrats, Fasc. C, n° 62, 63 (H. Périnet-Marquet).
- (9) Dig. XLIV.vii.5, § 3 : "Is ... qui non debitum accipit per errorem solventis...".
- (10) H. Périnet-Marquet, op. cit. n° 4 et 26 à 36.
- (11) Par exemple l'arrêt de la Cour Suprême du Canada, **Eadie v. Brantford**, (1967) R.C.S. 573.
- (12) L'affaire **Fibrosa**, (1943) A.C. 32. Cf. H. Périnet-Marquet, op. cit. n° 29.
- (13) H. Périnet-Marquet, op. cit. n° 31. L'assimilation est assez forcée. Les mots "ou sciemment" n'aident pas le solvens, parce qu'ils s'appliquent à l'accipiens.
- (14) Cf. les mots souvent mal compris de Lord Mansfield dans l'affaire **Bize v. Dickason** (1786), 1 T.R. 285 : "Le paiement fait par erreur, auquel la conscience ne donnait aucun droit, est répétibile par ce genre d'action" ("**Where money is paid under a mistake, which there was no ground to claim in conscience, the party may recover it back again by this kind of action**"). Donc, si le paiement était dû en conscience il ne serait pas répétibile, malgré l'erreur.

(15) H. Périnet-Marquet, op. cit. n° 40.

(16) **Bilodeau c. Daoust Lalonde** (1931), 52 Banc du Roi 22.

(17) Le "mandat de nécessité" qui en Common law permet d'engager un "géré" n'appartient qu'au vrai mandataire : en cas de besoin urgent il peut dépasser le pouvoir que lui donne le mandat. Le simple tiers n'obtient aucun pouvoir à la base de l'urgence.

(18) Notarial Répertoire, v. Quasi-contrats, Fasc. B-1, n° 116, 117 (R. Bout).

(19) La réalité est plus nuancée, mais révèle clairement l'interdépendance étroite des deux actions. Après une période où l'action de gestion d'affaires était admise pour des motifs plutôt équitables, en passant outre aux conditions légales, les mêmes motifs ont appuyé l'action **de in rem verso**, qui a connu une certaine vogue pendant la première moitié du siècle actuel, et la gestion d'affaires s'est purifiée. Plus récemment les obstacles au recouvrement de l'enrichissement - le besoin de le chiffrer, et de chiffrer également l'appauvrissement, la présence souvent d'une "cause" quelconque, l'exclusion de cette action si un autre recours existait, même inutilement - ont provoqué un retour à la gestion d'affaires même intéressée. Voir R. Bout, op. cit. n° 91 à 96 et G. Bonet, op. cit. passim.

(20) R. Bout, op. cit. n° 102 s.

(21) Trois arrêts invoqués par Aubry et Rau, ed. vii, T. VI (1975), n° 25, à la page 445 : **Thomas c. Pascalet** (17.4.1948), D. 1948.394 (Chambre Civile, Section sociale) ; **Société Pavaiier c. Poujoulet** (12.5.1970), D. 1970, somm. 214 (1ère Chambre Civile) ; **Neel v. Van Moe** (22.6.1970), J.C.P. 70-II-16511 (1ère Chambre Civile).

(22) Même du jugement - G. Bonet, op. cit. n° 216. Il en est de même en France de la gestion dite intéressée - R. Bout, op. cit. n° 139 à 143.

(23) Pothier, au n° 193 de l'Appendice au Traité du contrat de mandat, dit : "L'action qui est donnée dans l'espèce de ce paragraphe, n'étant fondée que sur la seule raison de l'équité naturelle qui ne permet pas de s'enrichir et de profiter aux dépens d'autrui, elle ne peut donner la répétition des impenses à celui qui les a faites que jusqu'à concurrence de ce que je me trouve en profiter au temps de la demande". Il invoque à l'appui un texte de droit romain (L.6, § 3, ff de Neg. Gest, que nous numérotions aujourd'hui comme Dig. III.v.5, § 5) qui ne dit rien au sujet de la date du calcul. Zachariae affirme cette distinction, sans argument, au t. 3, § 441, n° 11 de la traduction par Aubry et Rau (1839) ; et l'édition la plus récente d'Aubry et Rau (1975, t. 6, §§ 315, 324) ne fait que la répéter, ainsi que font les autres commentaires. Cf. G. Bonet, op. cit. n° 88 .

- (24) **Craven-Ellis v. Canons**, (1936) 2 K.B. 403 (Cour d'appel) : voir J.A. Clarence Smith, *Quasi-Contract*, (1956) 19 *Moderne Law Review* 255, à la page 258.
- (25) **Brooks Wharf v. Goodman Bros**, (1937) 1 K.B. 534 (Cour d'appel).
- (26) R. Bout, *op. cit.*, n° 11 et *passim*.
- (27) Celui qui a arrêté dans la rue des chevaux emballés pour qu'ils ne fassent pas mal aux passants a su cependant obtenir à l'encontre du propriétaire imprudent l'indemnisation de ses blessures, en France à la base de gestion d'affaires (R. Bout, *op. cit.* n° 25 et Fasc. B-2 n° 63 à 65) ; au Québec pareillement (**Lortie c. Adelstein** [1914], 46 *Cour supérieure* 543) ; et en Angleterre à la base de la responsabilité civile, la réaction du demandeur étant prévisible (**Haynes v. Harwood** [1935] 1 K.B. 146 [Cour d'appel]).
- (28) Aubry et Rau se rallie en 1975 seulement, le contexte avant cette édition ayant été les observations sur le patrimoine en général. Pour le Jurisclasseur la matière est toujours traitée en dehors du Code civil.
- (29) **Pownal v. Ferrand** (1827), 6 B. & C. 439, à la page 443 : **"One man, who is compelled to pay money which another is bound by law to pay, is entitled to be reimbursed by the latter"**.
- (30) **Falcke v. Scottish Imperial Insurance** (1886), 34 Ch. D. 234 (Cour d'appel), à la page 248 : **"Work and labour done or money expended by one man to preserve or benefit the property of another do not... create any obligation to repay the expenditure. Liabilities are not to be forced on people behind their backs"**.
- (31) Voir en droit civil, D. Berra, *op. cit.* n° 62, 69.
- (32) D. Berra, *loc. cit.* n° 8, 53.
- (33) Lord Dunedin dans l'affaire **Sinclair v. Brougham**, (1914) A.C. 398, à la page 436 : **"Both an action ... to get back a specific chattel and an action for money had and received are just different forms of working out the higher equity that no one has a right to keep either property or the proceeds of property which does not belong to him"**.
- (34) Lord Atkin dans l'affaire **United Australia v. Barclay's Bank**, (1941) A.C. 1, à la page 29 : **"The man has my money, which I have not delivered to him with any real intention of passing to him the property. I sue him because he has the actual property taken"**.
- (35) Entre autres, B.S. Markesinis, *La notion de considération dans la Common law*, (1983) 35 *Revue internationale de droit comparé*, 735 à 766.

(36) Comme disait le Baron-en-chef Erle en 1787, en parlant de la contribution légale : "Elle est fondée et fixée sur les principes généraux de la justice : elle ne naît pas du contrat, même si un contrat peut la modifier". (**Contribution is bottomed and fixed on general principles of justice and does not spring from contract, though contract may modify it**). *Dering v. Lord Winchilsea*, 1 Cox 318.

# LA PUBLICITE FONCIERE

## QUESTIONNAIRE

Professeur C. MOULY et M. ROVINSKI

### I - Organisation générale - Structures

1. Pouvez-vous faire un rapide historique de la publicité foncière : présentation des réformes successives et de leurs raisons, date et références de la loi actuellement en vigueur et de ses éventuelles modifications ? (joindre, si possible, une copie du texte - donnez en quelques lignes les principaux caractères du système de publicité foncière).

2. Pouvez-vous donner une bibliographe **sommaire** du droit de la publicité foncière dans votre pays ?

- Ouvrages d'enseignements,
- Ouvrages pratiques.

Si vos réponses ont besoin d'être complétées par la lecture de ces ouvrages, pouvez-vous en indiquer les références précises ?

### LES REGISTRES

3. Quels sont les divers registres, fichiers, documents, livres fonciers, utilisés ?

4. Comment se présentent-ils techniquement ?

Par exemple : quelles sont les diverses rubriques d'une fiche d'immeuble ?

5. Comment ces différents documents sont-ils classés,

- par ordre de date (date de la remise du document, d'enregistrement) ?
- par numéro d'immeuble ?
- autres procédés ?

6. Comment les différents documents sont-ils conservés ?
7. Quelles sont les méthodes utilisées pour permettre la recherche du document ?
- Répertoire alphabétique des titulaires de Droits ?
  - Répertoire des immeubles ?
  - Autres ?
8. Le système de publicité est-il "personnel" (classement par titulaires de droits, "réel" (classement par immeuble), ou "mixte" (classement à la fois par titulaires de droits et par immeubles) ?
9. Description du support :
- y a-t-il transcription (recopiage) de l'acte ?
  - y a-t-il classement des copies de l'acte remises par l'intéressé ?
  - y a-t-il classement d'un simple résumé de l'acte (bordereau) ?
10. En cas d'utilisation d'un bordereau (résumé de l'acte) :
- qui le rédige ?
  - qui vérifie que les renseignements sont exacts ?
11. En cas d'acte complexe, par exemple de vente avec constitution de servitude, l'acte fait-il l'objet d'une seule publicité ou est-il obligatoire (ou bien préférable en pratique) de publier distinctement le transfert de propriété d'une part et la constitution de servitude d'autre part ?

### LES SERVICES

12. Quel est le caractère dominant de l'organisation du service de la publicité foncière ?
- judiciaire,
  - administratif,
  - fiscal ?
13. Quel est le service compétent ?
- a) de quel Ministère dépend-il,

- b) quelles sont ses structures internes,
- c) qui en assure la Direction (Administrateur fiscal, Juge),
- d) quelles sont ses structures géographiques ?

14. Quel est le service compétent pour la tenue du cadastre (plan officiel de toutes les propriétés composant une région) ?

15. En cas de dualité des services compétents pour la publicité foncière et le cadastre, quels sont leurs rapports ?

- l'un doit-il informer l'autre ?
- comment est assurée la coordination ?

## II - Le fonctionnement - Les démarches du particulier

### DOMAINE DE LA PUBLICITE FONCIERE

16. Donnez la liste des droits soumis à publicité, exclure les sûretés réelles (voir questions 51 et s.). Voir également la question 26.

### ACTES POUVANT ETRE PUBLIES

17. Les actes sous seing privé peuvent-ils être publiés ? Ou bien un acte authentique est-il exigé ?

18. Quelles sont les précisions devant obligatoirement figurer dans l'acte soumis à publicité ?

### FORMALITES DE PUBLICATION

19. Quelles sont les taxes (ex. : taxes fiscales), s'il en existent, prélevées au moment de la publicité ?

20. La publicité se fait au service du lieu de l'immeuble, à celui du lieu du domicile d'une partie, ou ailleurs ?

### LE DEPOT DE L'ACTE SOUMIS A PUBLICITE

21. Y a-t-il un délai légal pour effectuer le dépôt de l'acte ?

22. Qui effectue ce dépôt ? L'intervention d'un professionnel est-elle exigée par la loi, ou est-elle seulement rendue nécessaire par les difficultés de la procédure de publication ?

23. Y a-t-il des possibilités d'inscription provisoire ?

### LA PUBLICITE PROPREMENT DITE

24. a) Quelles sont les différentes étapes de la procédure ?  
b) En quoi consiste matériellement la publicité ?

c) Quels sont les divers délais d'exécution des phases successives de la procédure de publicité ? Sont-ils imposés par la loi ? Sont-ils respectés ? Quel est, en pratique, la délai moyen ?

25. Dans une vente d'immeuble, quelles sont, chronologiquement, les différentes demandes adressées à l'autorité compétente ?

### NATURE DE LA PUBLICITE FONCIERE

26. La publicité présente-t-elle un caractère facultatif ou obligatoire ?

27. Est-il possible d'obtenir la publicité d'un droit, lorsque cette publicité n'est pas prévue par la loi ?

### LA DEMANDE DE RENSEIGNEMENTS

(Art. 38.1 à 44.1, décr. 14.10.55)

28. Qui peut requérir les renseignements ?

Faut-il justifier d'un intérêt, d'un droit ou d'une autorisation ?

Quelles sont les formes de la demande à respecter (utilisation de formules) ?

29. L'obtention des renseignements est-elle payante ? Quel est son coût ?

30. Sous quelle forme les documents sont-ils portés à la connaissance du requérant ?

- accès direct aux documents,
- reproduction intégrale,
- remise d'extraits ?

31. L'autorité compétente doit-elle respecter certains délais ?

32. La responsabilité de l'autorité compétente peut-elle être engagée ?

Pour quelles raisons ?

### LES POUVOIRS DE L'AUTORITE COMPETENTE

33. a) L'autorité compétente peut-elle exercer un contrôle au fond, c'est-à-dire apprécier la validité de l'acte ?

b) Peut-elle ou doit-elle également vérifier la capacité des contractants ?

34. L'autorité compétente exerce-t-elle un contrôle limité à la forme et à l'existence de mentions obligatoires ?

35. L'autorité compétente peut-elle refuser d'effectuer la formalité de publicité ?

36. L'autorité compétente peut-elle demander des modifications de l'acte ou de la demande ?

37. Quelles sont les causes de refus de dépôt ?  
Sont-elles limitées par la loi ?

38. Y a-t-il un recours possible des intéressés ?

39. Quelle est la nature juridique de ce recours (recours judiciaire, hiérarchique, administratif) ?  
Est-il souvent exercé ?

40. Quels sont les effets du recours ?

### EFFETS DE LA PUBLICITE

41. Quel est l'effet juridique de la publicité ?

a) A quel moment a lieu le transfert (ou la constitution) du droit soumis à la publicité ?

- à l'égard des parties ?
- à l'égard des tiers ?

b) Quelle est la valeur d'un acte juridique non public ?

- à l'égard des parties ?
- à l'égard des tiers ?

42. A partir de quelle étape de la procédure de publicité le Droit est-il efficace à l'égard des tiers, c'est-à-dire leur est opposable ?

43. Quel est le sens de la notion de "tiers", dans le cadre de la publicité foncière ?

44. Dans l'appréciation de la situation des tiers, quelle est l'influence de leur bonne ou mauvaise foi (intention de nuire, simple connaissance de droits concurrents) ?  
Quand la mauvaise foi est-elle constituée ?

45. La publicité purge-t-elle les vices de l'acte auquel elle s'applique ?

### **CONTESTATION DES DROITS PUBLIES**

46. La publicité emporte-t-elle présomption (simple ou absolue de l'existence du droit ?

47. Quelle est la procédure de contestation ?

### **III - Les sanctions du défaut de publicité**

48. Enumérer les différentes sanctions du défaut de publicité et le domaine d'application de chacune d'elles.

49. En cas de discontinuité de publicité, quelle est la solution appliquée ?

Le titulaire d'un droit peut-il publier si celui qui en était titulaire avant lui n'avait pas publié ?

50. Quelles sont les règles applicables en cas d'annulation de la publicité en raison d'une faute commise par l'autorité compétente ?

### **IV - Conditions de la publicité des sûretés réelles**

#### **§ 1 : Questionnaire général**

51. Quelles sont les différentes sûretés soumises à publicité ?

52. Le régime de la publication des sûretés est-il, en tout ou partie, dérogatoire au droit commun de la publicité foncière ?

53. Dans quels cas la publicité est-elle obligatoire ?  
 Dans quels cas est-elle facultative ?  
 Quel est le principe, quelles sont les exceptions ?
54. Existe-t-il des sûretés occultes, c'est-à-dire valables ou opposables aux tiers sans publicité ?
55. Le régime de la publicité des sûretés réelles immobilières est-il uniforme, ou y a-t-il au contraire des différences : délai, formulaires, technique de conservation, durée de validité, modalités de renouvellement, délivrance d'un titre... ?
56. Quelles sont les sanctions du défaut de publicité ?
57. A partir de quel moment le droit publié est-il opposable aux tiers ?
58. La connaissance par un tiers d'une sûreté non publiée, rend-elle cette sûreté opposable à ce tiers ?
59. La publicité des sûretés réelles a-t-elle une influence sur leur classement ?
60. Le créancier titulaire d'une sûreté peut-il céder à un autre le rang de sa sûreté ?  
 Si oui, comment est assurée la publicité de cette opération ?

## § 2 : La procédure de publicité des sûretés

61. Quels sont les documents remis par le créancier à l'autorité compétente ?  
 Extrait du titre constitutif de la créance ou acte intégral ?
62. Si la publicité est effectuée par extrait du titre, le créancier doit-il présenter le titre constitutif de la créance garantie ?
63. Si la publicité est effectuée par extrait du titre, quelles sont les mentions communiquées à l'autorité compétente ?  
 Quelles sont les mentions publiées ?

64. Si un délai est exigé pour la publicité des sûretés ou de certaines d'entre elles, quelle est la durée ? Quelle est la sanction d'une publicité hors délai ?

65. Y a-t-il des évènements qui empêchent de procéder à la publicité après leur survenance ?

Quel est le régime des publicités sollicitées après ces évènements ?

66. Y a-t-il, à la suite de la publication, délivrance d'un titre ?

Quel est son contenu, quel est son régime ?

67. Comment publie-t-on une créance dont le montant est indéterminé ?

68. Comment publie-t-on une créance assortie d'une clause de réévaluation (indexation) ?

69. Comment publie-t-on une créance soumise à certaines modalités, par exemple une condition suspensive ?

### § 3 : Durée de la publicité

70. Est-il nécessaire de renouveler la formalité de publicité ?

Quelles sont les modalités de ce renouvellement ?

71. Quels sont les cas de radiation de la publicité de la sûreté ?

Faut-il procéder à une radiation après le paiement de la dette hypothéquée ?

Quelles sont les formalités ? Existe-t-il une radiation judiciaire ?

72. Le débiteur peut-il obtenir une réduction de la publicité ?

Qui la prononce ?

73. Peut-il y avoir annulation de la radiation ?

Quelles en sont les conséquences ?

## V - Publicité des droits réels mobiliers

74. L'autorité compétente pour la publicité des droits réels immobiliers (portant sur les immeubles) peut-elle également publier des droits réels mobiliers (c'est-à-dire portant sur des meubles) ?

Dans ce cas, quel est le régime de cette publicité ?

## VI - Le règlement des conflits de lois en droit international privé

75. Quelle est la règle de rattachement utilisée pour déterminer la loi régissant la publicité d'un acte ?

## VII - Informatisation de la publicité foncière

76. L'informatisation des procédés d'enregistrement et de classement est-elle :

- envisagée ?
- en cours d'expérimentation ?
- en cours de réalisation ?
- déjà réalisée ?

De même pour la fourniture des renseignements ; informatisation :

- envisagée ?
- en cours d'expérimentation ?
- en cours de réalisation ?
- déjà réalisée ?

77. Brève description des techniques utilisées (ou projetées); manque de matériel, logiciel, formation du personnel, maintenance...

78. L'informatisation nécessite-t-elle une modification des règles légales ?

79. L'informatisation modifiera-t-elle les habitudes ?

## CONCLUSION

**80.** Y a-t-il sur l'ensemble de ces questions, à l'heure actuelle, des points litigieux, des discussions doctrinales ou jurisprudentielles, des progrès de réformes législatives ?

**81.** Comment est jugé, actuellement dans son ensemble, le système de la publicité foncière ?

## UNE PREMIERE REACTION AU QUESTIONNAIRE

Par Rodolfo SACCO

*Professeur à la Faculté de Droit  
de l'Université de Turin*

La France, vue par un juriste italien (ou allemand, ou russe) ne diffère pas radicalement de l'Angleterre. Son droit est prétorien là où il n'est pas légal. Et le juriste français ne se réclame pas de son expérience directe s'il parle du droit créé par le juriste "savant". La France est devenue pays romaniste **sui generis** lorsque le pouvoir du roi a permis à celui-ci d'étatiser le droit. La France, pays créateur de modèles, et jaloux de son indépendance, n'a pas pris part, après l'étatisation de son droit, à des processus d'uniformisation du droit dus à la doctrine (c'est-à-dire dus à la science, qui établit des modèles, et à l'enseignement, qui les diffuse chez les nouveaux juristes). Le juriste français ne voit pas, de ses yeux, une doctrine constamment engagée dans la création du droit, telle que nous la trouvons dans les pays romanistes demeurés plus fidèles aux caractères traditionnels de leur système. Le professeur Rieg rappelle aux Français que la situation existant en Allemagne "*laisse le juriste français rêveur*" ; que le juge allemand n'oserait s'écarter de l'enseignement des universités, auxquelles il s'adresse, d'ailleurs, si le problème comporte des difficultés d'ordre théorique. Mais d'autres ouvrages de droit comparé, parus en France, passent ce phénomène sous silence, et font de l'interprète allemand un exégète dépourvu de capacité créatrice.

L'université médiévale enseignait un modèle juridique qu'elle créait elle-même par voie d'interprétation, et qui devenait, le lendemain, droit appliqué - droit appliqué dans un territoire qui englobait de multiples Etats doués de pouvoirs législatifs autonomes. Cette situation a survécu, en Allemagne, pendant le XIXème siècle. Savigny incarne la résistance allemande à la codification (= à l'étatisation

du droit), et édifie la justification d'un droit entièrement doctrinal. L'idée d'unité allemande ne pouvait compter sur un législateur (qui n'existait pas, au niveau allemand) ni sur une Cour suprême (qui n'existait pas, au niveau allemand) ; elle pouvait compter sur une doctrine allemande, qui se penchait toute - comme elle l'avait fait de tout temps, dans les universités - sur un droit qui était beaucoup plus un modèle idéal qu'un droit garanti par le sceau d'un pouvoir. Et ce droit enseigné, encore une fois, devenait, le lendemain, droit appliqué. La méthode qui caractérise cette création doctrinale est la méthode conceptuelle, Begriffsmethode, qui reçoit, après Puchta, un développement qui n'aura jamais son égal en France. Les concepts élaborés par les Pandectistes en Allemagne assurent d'abord l'unité du droit en Allemagne et se diffusent, plus tard, (1880-1910), par un processus d'imitation, c'est-à-dire de réception doctrinale, en quatre directions principales :

- a) Autriche, Hongrie, Pays tchèques (et la Hongrie devient de ce fait pays romaniste) ;
- b) Russie ;
- c) Pays scandinaves (qui deviennent de ce fait pays romanistes) ;
- d) Italie, de là Espagne et de là Amérique latine.

La France, qui avait vu son Code se diffuser un peu partout dans l'aire romaniste, s'isole ; pendant quelques décennies les autres pays romanistes (sauf la Belgique et la Roumanie) l'ignorent.

Un épisode du passé ne peut se répéter. Mais la connaissance de cet épisode peut nous rendre plus familiers à certains caractères constants des processus d'unification dus à la doctrine.

J'essaierai de fixer cinq caractères de ce processus : A1, A2, A3, B1, B2.

**A1** Le savant qui crée le droit le fait sans le vouloir et sans le savoir. Il croit interpréter. Il déclare toujours qu'il veut s'incliner en face du droit en vigueur créé par une autorité. L'acte du savant n'est ni acte d'autorité, ni acte de volonté ; en conséquence, sa création n'est pas assistée d'un programme d'action. Elle se produit, elle n'est pas produite.

A2 Dès qu'un droit doctoral a été créé dans son pays d'origine, sa qualité de droit "*uniforme*" sera due à des processus d'imitation (synonymes : réception, circulation de modèles). La réception doctrinale, phénomène d'importance primordiale dans l'histoire du droit, n'attire pas suffisamment l'attention des comparatistes. Et pourtant il est impossible d'étudier l'uniformisation du droit sans se pencher sur les problèmes de réception doctrinale. Cette réception est parfois dissimulée. Quel juriste soviétique voudrait se reconnaître redevable, aujourd'hui, des définitions élaborées autrefois par Regelsberger, Brinz ou Windscheid. L'orgueil national suggère à l'imitation d'agir le plus discrètement possible.

L'imitation doctrinale peut avoir lieu - ce que la circulation des modèles pandectistes allemands nous prouve - entre pays dont les sources écrites (ou, plus généralement, étatiques) diffèrent. Dès que nous trouvons enracinée la doctrine du *Rechtsgeschäft* (*negozio giuridico*, *skelda*, etc...), nous pouvons parler de l'imitation d'un modèle doctrinal allemand : et cette doctrine a développé des racines en Italie, Pologne, Roumanie et Bulgarie, où les Codes étaient "*francisants*", en Suisse, Turquie, Autriche, Espagne, Russie, Chine, Pays scandinaves, où la situation des sources variait nettement.

A3 La réception doctrinale procède souvent en partant de notions **générales**. L'uniformisation par conventions (conventions de Genève, de Berne, de Vienne) porte souvent beaucoup plus sur des données d'étendue limitée. La Convention de Genève règle les remèdes établis en faveur ou contre le détenteur du titre, mais laisse dans un cône d'ombre le régime de la propriété de ce même titre. La Convention de Vienne laisse dans un cône d'ombre le moment du transfert de la propriété de la chose vendue.

Jusqu'à présent, l'uniformisation **des principes** a été l'effet de la circulation des modèles (le modèle légal, dans le cas du Code Napoléon, le modèle doctrinal dans le cas du **usus modernus Pandectarum**) plutôt que l'effet des conventions.

B1 Il est difficile d'analyser le processus d'unification par la doctrine sans mettre en avant la distinction entre les aspects opérationnels du droit (la langue française n'a pas d'expression impeccable pour traduire cette notion) et l'appareil utilisé pour la connaissance de ce droit.

La doctrine a une chance de dominer et mener la pratique si, dans la situation considérée, les juristes estiment et pensent que l'effort principal de l'interprète doit avoir pour but de se munir d'un bon appareil de connaissance du droit, ce qui comporte un remplacement incessant de notions empiriques par des notions scientifiques ; elle devra d'abord indiquer les critères de validation des notions scientifiques, et ensuite édifier ces notions, que tout le monde acceptera tout naturellement.

**B2** La doctrine, chargée de cette tâche, s'orientera, dans une mesure plus ou moins large, vers des méthodes qui lui permettront de ne pas se limiter à l'exégèse d'une règle de décision. Elle s'est orientée, au cours du XIX<sup>ème</sup> siècle, vers la méthode conceptuelle, ou, du moins, elle a orienté sa recherche vers les concepts. Elle a senti, instinctivement, que c'est dans la région des concepts (et non dans la région des règles), qu'elle peut revendiquer une autorité plus grande. Une fois établi sur de solides bases, le concept va produire des "*conséquences logiques*" sur le plan pratique, voire des règles pratiques.

J'ai parlé, jusqu'ici, de concepts, mais j'aurais pu parler plus généralement de "*l'analyse juridique*" des données.

De nouveaux procédés ont été proposés, plus récemment, pour remplacer le Begriff dans sa fonction de source (doctorale) de la règle de droit. La doctrine (allemande) des valeurs et la théorie de la précompréhension de la part du juge pourraient être étudiées dans cette optique (ESSER, **Grundsatz und Norm** ; ESSER, **Vorverständnis**). Il y a lieu de souligner que la précompréhension implique le recours à des éléments implicites dans la construction de la règle du droit.

L'histoire n'aime pas beaucoup se répéter. Dans le futur, pourrait-il se créer une situation dans laquelle le prestige de l'université serait supérieur au prestige des tribunaux ? Le juge est l'étudiant d'hier ; le futur juge est l'étudiant d'aujourd'hui. L'étudiant devenu juge choisit. Il peut réserver son admiration à la Cour suprême ; il peut, en revanche, la réserver à son professeur d'hier - ce qui fera déteindre le droit enseigné sur le droit appliqué. Est-il possible qu'un enseignement prestigieux diffuse des modèles uniformes supranationaux ? Peut-être oui, si deux conditions se trouvent réunies :

- 1) que l'école se penche sur des modèles conçus comme universels, là où les tribunaux se disent liés à un droit national ;
- 2) et que l'étudiant ait le sentiment de la supériorité du modèle enseigné sur le modèle appliqué.

L'analyse juridique pourrait se dénationaliser rapidement et sans difficulté. Si A, détenteur non propriétaire, aliène et remet la chose mobilière à B, tiers de bonne foi, la règle à appliquer est identique dans tous les pays du monde : B acquiert efficacement. Mais l'analyse juridique, qui est faite dans les divers pays, est contradictoire ; la science du droit semble invoquer : la présomption d'un mandat tacite, que le propriétaire aurait conféré au détenteur (Angleterre) ; l'assimilation de la possession à un titre (France) ; l'usurpation instantanée de la chose de la part du tiers (Italie). La doctrine pourrait s'imposer un code d'uniformisation, inspiré d'un seul principe : éviter de donner deux analyses contradictoires de données réelles uniformes. Pour que cela arrive, il suffit que la doctrine réacquière ou acquière la conscience de sa force, qu'elle comprenne qu'à l'heure actuelle elle est plus forte si elle parle au nom **du** droit, et non au nom **des** droits, et que pour l'instant l'unique forme d'uniformisation que la société est déjà prête à lui confier est l'uniformisation des analyses juridiques (à l'exclusion de l'uniformisation des règles pratiques). Les règles suivront. Dans le futur, la fonction créatrice qu'a eu jusqu'ici l'analyse juridique pourrait être assumée par : les valeurs ; l'analyse économique des coûts et bénéfices (CALABRESSI etc., U.S.A.) ; ou - pourquoi pas - la recherche dialogique des solutions.



---

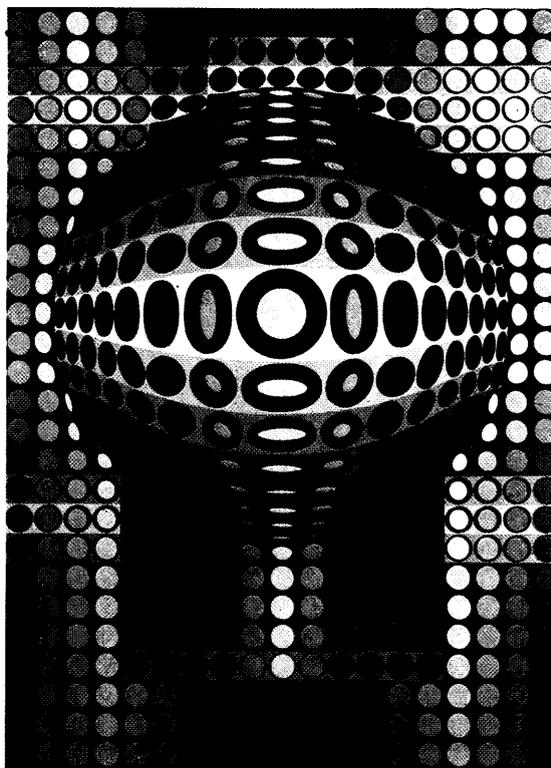
Dépôt Légal - 3e Trimestre 1985



N° ISSN 0249-8731

---

# DROIT PROSPECTIF



A voir notamment sur les sources du Droit :

**M. le Professeur René DAVID :**

LA JURISPRUDENCE

**M. le Professeur Basil S. MARKESINIS :**

L'ENSEIGNEMENT DU DROIT COMPARÉ  
SOUS L'ÉCLAIRAGE DE LA JURISPRUDENCE

**M. le Professeur Rodolfo SACCO :**

UNE PREMIÈRE RÉACTION AU QUESTIONNAIRE SUR LA DOCTRINE,  
SOURCE D'UNIFICATION INTERNATIONALE DU DROIT





La Direction de la Revue de la Recherche et la Faculté de Droit déclinent toutes responsabilités à la fois quant aux opinions émises par les auteurs et quant aux informations les concernant (grade - titre - affectation) ; ces dernières sont toujours, sauf erreur matérielle, celles fournies par les auteurs eux-mêmes.

La loi du 11 mars 1957 n'autorisant, aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article 41, d'une part, que les «copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective» et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, «toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite» (alinéa premier de l'article 40).

Cette représentation ou reproduction par quelque procédé que ce soit constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

**REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE**  
**DROIT PROSPECTIF**

**1985 - 3**

Publiée par la FACULTÉ DE DROIT et de  
SCIENCE POLITIQUE d'Aix-Marseille

**Abréviation de référence : R. R. J.**

## COMITÉ DE PATRONAGE

M. Paul AMSELEK	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Jean-Marie AUBY	Professeur à l'Université de Bordeaux I Président honoraire à l'Université de Bordeaux I Correspondant de l'Institut
M. le Doyen Henri BATIFFOL	Membre de l'Institut
M. Xavier BLANC-JOUVAN	Professeur à l'Université de Paris I
M. le Doyen Fernand BOULAN	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Doyen de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
M. Pierre CATALA	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Charles DEBBASCH	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. Roland DRAGO	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Louis FAVOREU	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président honoraire de l'Université
M. Maurice FLORY	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. André de LAUBADERE (†)	
M. Michel LESAGE	Professeur à l'Université de Paris I Directeur du Service de Recherches Juridiques Comparatives (C. N. R. S.)
M. Edmond LISLE	
M. le Doyen Guillaume MATRINGE	Professeur à l'Université de Paris II
M. Bruno OPPETIT	Professeur à l'Université de Paris II
M. François TERRÉ	Professeur à l'Université de Paris II
M. André TUNC	Professeur à l'Université de Paris I
M. Marcel WALINE (†)	

⊗ - ⊗ - ⊗

*Rédacteur en Chef : C. ATIAS*

*Secrétaire de Rédaction : M. GARCIN*

Directeur honoraire de la rédaction et de la publication : M. J.-M. ZAORSKI  
Fondateurs : MM. G. WOLKOWITSCH et J.-M. ZAORSKI

## COMITÉ SCIENTIFIQUE

M. le Professeur	D. BERRA	M. le Professeur	M. FLORY
M. le Doyen	F. BOULAN	M. le Professeur	D. LINOTTE
M. le Professeur	Y. DAUDET	M. le Professeur	J. MESTRE
M. le Doyen	Ch. DEBBASCH	M. le Professeur	J.-L. MESTRE
M. le Président	L. FAVOREU	M. le Professeur	C. MOULY

Service Commercial : Presses Universitaires d'Aix-Marseille  
3, Avenue Robert Schuman  
13628 Aix-en-Provence Cedex

**ABONNEMENT : 3 numéros par an - Tarif 1985**

Abonnement de Soutien : 350 F  
Abonnement (France) : 200 F

Abonnement étranger : 300 F  
Numéro (France) : 80 F

Frais d'expédition : 30 F

Chèques à l'ordre de M. le Régisseur des Presses Universitaires d'Aix-Marseille  
C. C. P. 9404 15 E - Marseille

**LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITÉ**  
12, RUE NAZARETH - AIX-EN-PROVENCE  
**Sciences Juridiques, Économiques et Sociales**

Correspondant de  
**LA DOCUMENTATION FRANÇAISE**  
OCDE - INSEE - ONU - UNESCO

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

## TABLE DES MATIERES

<b>EDITORIAL</b> par D. LINOTTE .....	691
<b>METHODES DE RECHERCHE ET D'ENSEIGNEMENT JURIDIQUES</b>	
- P. JEAN, <b>Eloge et pratique du commentaire de texte en droit constitutionnel</b> .....	695
<b>ACTUALITES DOCTRINALES</b>	
- M. le Professeur J.-P. GRIDEL, <b>Politique pénale et pénitentiaire : en relisant Tocqueville</b> .....	709
- M. le Professeur A. VIANDIER, <b>L'évaluation législative, pour une analyse empirique des effets de la législation de Luzius Mader</b> .....	719
<b>PHILOSOPHIE DU DROIT</b>	
- M. le Professeur O. GHIRARDI, <b>Quelques réflexions sur une loi logique qui régit l'évolution des concepts juridiques fondamentaux</b> ....	723
- M. N. ROULAND, <b>Persistances et invariances : structure - histoire - droit</b> .....	731
<b>ETUDES</b>	
1) <i>Etudes consacrées aux sources du droit</i>	
- M. le Professeur R. DAVID, <b>La jurisprudence</b> .....	775
- <b>Recherche sur la doctrine, Source d'unification du droit : Indications générales</b> .....	846
- M. le Professeur R. SACCO, <b>Une première réaction au questionnaire sur la doctrine, source d'unification internationale du droit</b> .....	859
- M. le Professeur B.S. MARKESINIS, <b>L'enseignement du droit comparé sous l'éclairage de la jurisprudence</b> .....	864
2) <i>Etudes générales</i>	
- Me le Professeur M. BECKER, <b>La propriété privée et le droit des contrats</b> .....	891
- M. G.-F. RUC, <b>L'informatisation de la publicité foncière</b> .....	905

## EDITORIAL

### LA LIBERATION DE LA RECHERCHE ?

Un certain nombre de textes, parus depuis quelque temps, sur les GIP notamment, tendent à accroître les possibilités de valoriser la recherche.

Dans le même sens un décret et un arrêté du 13 juin 1985 viennent permettre l'octroi d'indemnités aux personnels chercheurs et enseignants - chercheurs, sur les contrats de recherche à l'exécution desquels ils auraient participé. Une telle mesure devrait, a priori, paraître favorable au dynamisme de la recherche publique en permettant légitimement et clairement de réconcilier l'intérêt général des Universités et des laboratoires et l'intérêt individuel des chercheurs.

Mais l'Etat a bien du mal à évoluer en ce sens sans réticence ni repentir.

D'abord on appréciera la largeur d'esprit qui préside à de telles décisions - l'octroi de telles indemnités est incompatible avec la perception de la prime de recherche : cela apprendra aux bénéficiaires des contrats à valoriser la recherche publique ! Bien des universitaires pourraient être tentés de se dire que compte tenu de son royal montant, le plus faible de toutes les primes de la fonction publique, le mal n'est pas grand. Mais en cette matière, comme en beaucoup d'autres, le geste compte.

D'autant, qu'ensuite, le montant des indemnités est plafonné, par l'arrêté du 13 juin, à la moitié de la rémunération attachée à l'indice 575. Soit un maximum d'environ 28 000 F par an.

Quant à l'incompatibilité avec la prime de recherche, la Cour des comptes, consultée pour avis a gravement suggéré qu'elle soit appréciée selon une périodicité mensuelle. Dans ce cas, un chercheur sur six mois pourrait percevoir des indemnités pour un contrat de recherche de deux mois et une fraction de prime correspondant aux quatre mois restants.

On doute, dans ces conditions de simplicité évangélique, qu'un tel texte soit de nature à apporter la bouffée d'oxygène nécessaire en la matière. Quel meilleur plaidoyer pour la déréglementation qu'un tel ensemble réglementaire qui, à l'origine, part du désir de débloquer une situation, en définitive ne la débloque que pour un quart et la complique pour moitié !

\*-\*-\*-\*

Heureusement, de telles péripéties n'affectent pas la Recherche Juridique fondamentale, comme on peut s'en convaincre à la lecture du présent numéro.

Didier LINOTTE.

R. R. J. 1985  
Pages 693 à 706

METHODES DE RECHERCHE  
ET D'ENSEIGNEMENT JURIDIQUES



# ELOGE ET PRATIQUE DU COMMENTAIRE DE TEXTE EN DROIT CONSTITUTIONNEL

Par Patrice JEAN

*Assistant à la Faculté de Droit et de Science  
Politique d'Aix-en-Provence*

Le Droit constitutionnel est une discipline éminemment formatrice. En témoigne sa place en première année de D.E.U.G. Son enseignement, cours et travaux dirigés, semble indispensable pour développer au mieux les aptitudes intellectuelles de nos apprentis juristes, tant dans la matière que par la méthode.

La matière est fondamentale. Les premiers contacts peuvent toutefois être rébarbatifs. La lecture du Journal Officiel ou du Règlement de l'Assemblée Nationale, par exemple, manque d'attrait. Les articles de la Constitution ne se lisent pas comme un roman. Il faut pourtant acquérir au plus vite une capacité correcte d'analyse : pour aborder l'examen dans de bonnes conditions ; parce qu'il importe de pouvoir accéder sans trop de difficultés à la source des sources du Droit, au sommet de la hiérarchie des normes. La Constitution est la loi suprême. De la qualité de son interprétation peuvent dépendre les grandes orientations de la société, voire la paix civile. Et nombre de coups d'Etat ou révolutions auraient sans doute été évités par des institutions mieux conçues. Excessive séparation des pouvoirs, révision trop difficile ont ainsi précipité des crises ... qu'elles devaient en principe éviter.

La Constitution idéale n'est qu'une utopie. Sa recherche dans l'absolu s'apparente à la quête du Graal ou au mythe de Sisyphe. Mais s'il s'agit d'approcher le régime le mieux adapté à tel peuple à tel époque, suivant le précepte du sage Solon, alors l'enjeu de la réflexion est décidément considérable. Le Droit constitutionnel ne connaît guère de limite de temps ni de lieu ; aucune période, aucun pays ne sont **a priori** écartés. Quelle difficulté documentaire, mais quelle richesse de références pour l'argumentation !

---

A la suite d'une erreur matérielle, les notes de cet article ayant été omises dans le n° 85-2, nous publions ici le document complet et nous prions l'auteur de bien vouloir nous excuser.

La méthode de travail doit être d'autant plus rigoureuse que la matière est abondante, les thèmes majeurs, les écrits ambigus ... et le commentaire de texte type de sujet le plus fréquent en épreuve de T.D. Il est donc essentiel pour l'étudiant d'en connaître les principaux pièges, et quelques techniques simples pour les éviter.

## I. - LE COMMENTAIRE DE TEXTE EST L'EPREUVE-REINE DE DROIT CONSTITUTIONNEL

*"... j'ai pris parti de réserver une large part des T.D. au commentaire de textes : constitutions, lois, décrets, communiqués du Conseil des ministres, déclarations d'hommes politiques, opinions doctrinales. Outre que ce genre d'exercice possède l'avantage de former l'étudiant à l'exposition, au plan, au style, ... il l'entraîne à un effort d'intelligence et d'adaptation de son bagage théorique ; en ce sens, il est lui-même une épreuve pratique" (1).* Cet attachement du Recteur M.-H. Fabre au commentaire de texte n'est autre que l'expression d'une conception moderne des travaux dirigés : pas d'exégèse pour l'exégèse, mais la meilleure préparation possible de l'étudiant au contrôle de ses aptitudes.

A - La plupart des sujets d'épreuve dite pratique imposent ou impliquent un commentaire de texte.

### 1) Le commentaire imposé

Si l'on se réfère aux dix sujets-types recensés par le Professeur Ch. Cadoux (2), cinq sont manifestement des commentaires de texte, dont la technique sera directement utilisable. Il s'agit, en résumé, de textes qui peuvent être distingués au fond (textes d'auteurs, textes législatifs ou plus généralement émanés des pouvoirs publics supérieurs, textes constitutionnels, décisions d'organes juridictionnels, etc.) ou par l'importance quantitative (un seul texte ou deux ou plusieurs à comparer). Dans cette diversité, les difficultés sont évidemment variables : il est généralement plus facile d'analyser un extrait de presse qu'une décision du Conseil constitutionnel. Dans l'incertitude, il est à conseiller de s'entraîner à l'exercice le plus délicat.

## 2) Le commentaire impliqué

Assez fréquemment sont proposés des sujets consistant à élaborer ou transformer tout ou partie d'une Constitution. Ce ne sont pas, au sens strict, des commentaires de texte. Mais, il faut insister sur ce point, *une bonne rédaction d'articles n'est possible que si l'on maîtrise la technique du commentaire*. Ce n'est qu'après avoir analysé de très près des Constitutions que l'on saura en rédiger. N'est-ce pas par une lecture attentive que l'on apprend à bien écrire ?

**B** - Le commentaire de texte est l'épreuve la plus significative.

### 1) Désaffection relative à l'égard d'autres types de sujets

- **Le texte - prétexte** : on peut ainsi qualifier, par simplicité de langage et sans aucune prétention terminologique, un sujet comportant un texte, généralement court et clair, n'ayant d'autre intérêt que de susciter une réflexion sous forme de dissertation classique. L'épreuve n'est alors pratique qu'en apparence, elle n'exige de l'étudiant qu'une organisation de ses connaissances, voire la transcription passive du cours magistral. Exemple : "*Commentez cet extrait d'une déclaration de M. Debré lors des travaux préparatoires de la Constitution de 1958 : le référendum est la voie normale de la révision*". L'intérêt d'un tel sujet est indéniable ; mais il s'agit en réalité d'un exercice de mémoire plus que d'un contrôle des capacités d'analyse et de raisonnement.

- **La consultation, ou rapport**, à rédiger sur telle ou telle question, inquiète beaucoup les étudiants ; alors qu'il ne s'agit le plus souvent, là encore, que d'un prétexte à dissertation, dans le respect d'une forme originale de présentation.

- **La série de questions** peut difficilement être appréciée sans nuance, en tant qu'épreuve, car naturellement son intérêt dépend des thèmes et formes retenus ; l'exercice peut être très révélateur, par sa variété, de l'ensemble des aptitudes requises d'un candidat... en particulier s'il comporte un commentaire ou une rédaction de texte constitutionnel.

- **Le "bêtisier"**, consistant à relever les erreurs glissées dans un texte imaginaire, peut lui aussi osciller, selon

la volonté de son auteur, entre contrôle des connaissances et des aptitudes, mélange souvent heureux entre les deux... surtout si le texte recèle quelques difficultés d'interprétation.

- **L'exercice électoral**, consistant, chiffres à l'appui, à calculer les résultats de tel ou tel scrutin, s'apparente à un problème arithmétique plus qu'à une question de Droit. Il est toutefois le plus pratique envisageable, et non dénué d'intérêt, encore qu'il soit à la portée d'à peu près tout étudiant de s'y préparer correctement et d'y réussir un sans faute.

Si la forme des cinq types de sujets ci-dessus est souvent attrayante, le fond est parfois décevant. On constate que seuls le deuxième et le dernier sont vraiment éloignés du commentaire de texte, et que questions et bêtisiers peuvent en être proches. Décidément, au-delà d'une diversité de présentation, le commentaire de texte est bien l'épreuve de base de Droit constitutionnel.

## 2) La meilleure formation

Former des juristes, c'est moins inculquer des connaissances toutes faites que d'apprendre à les acquérir, à s'en servir ... et à s'en passer, voire à s'en défaire. *"En droit, tout se discute. Le droit n'est pas une science exacte. La méthode française d'enseignement (cours magistral dispensé à un grand nombre d'auditeurs) impose au professeur de procéder plus souvent par affirmation que par démonstration. La méthode ne doit pas être copiée. L'étudiant doit, aussi souvent que possible, reconstituer le raisonnement ..."* (3). La méthode du commentaire de texte, élément essentiel de la méthode en Droit, n'est pas d'une utilité limitée à l'épreuve de T.D. Le cours est aussi un texte, qu'il vaut mieux commenter que chercher à savoir par coeur, pour l'apprécier et en retenir l'important. L'exégèse est d'ailleurs plus difficile que la récitation, il faut s'y prendre tôt ; elle est la clé des exercices considérés comme les plus délicats des études juridiques, toutes disciplines et années confondues ; elle est la démarche première et obligée qui précède l'approche synthétique et la construction du plan ; elle aiguise enfin le réflexe intellectuel de remonter, aussi souvent que nécessaire, à la source écrite de la règle étudiée. Assurément, le commentaire de texte est la voie royale de la formation de l'étudiant en Droit.

## II. LES PIEGES DU COMMENTAIRE DE TEXTE CONSTITUTIONNEL... ET COMMENT TENTER DE LES EVITER

Nous ne distinguons pas ici entre différentes catégories de textes, selon leur place dans la hiérarchie des normes ou leur objet. Bien sûr, on n'aborde pas l'étude d'une loi comme celle d'un décret ; mais cela s'apprend relativement facilement. L'important, c'est la plus ou moins grande difficulté de compréhension du contenu, quel que soit le contenant. Aussi prenons-nous le parti de nous limiter au commentaire de Constitution, texte souvent court et obscur et d'interprétation malaisée. Qui peut le plus peut le moins : en comparaison, l'analyse d'autres textes de Droit constitutionnel paraîtra généralement plus simple. Quant aux quelques pièges signalés, ils ne sont pas toujours propres à la matière ni à l'exercice, mais correspondent tout de même aux erreurs que nous y avons le plus fréquemment relevées.

### A - Le hors-sujet, l'accessoire et l'essentiel

+ On peut s'étonner qu'une erreur aussi grave que le hors-sujet soit aussi fréquente dans les copies corrigées à longueur d'année universitaire ; surtout à l'occasion d'un exercice tel que le commentaire de texte constitutionnel impliquant par définition la disposition d'article(s) généralement rédigé(s) avec rigueur et devant, semble-t-il, permettre une délimitation satisfaisante. Il est vrai que le hors-sujet majeur est relativement rare puisqu'une lecture même sommaire doit suffire à l'éviter : il paraît par exemple invraisemblable devant un sujet tel que l'article 6 de notre Constitution de ne pas percevoir le thème de l'élection présidentielle (4).

Le risque est beaucoup plus grand de succomber à la tentation du hors-sujet partiel, qui peut être quasi-général et donc presque aussi mal noté que le précédent. Exemple : sur le même sujet, consacrer les 3/4 du développement aux pouvoirs du Président, à ses relations avec le Premier Ministre, le Parlement, le peuple, etc. La genèse d'une telle déviation semble être la suivante : 1) Volonté d'étaler le maximum de connaissances, croyant que c'est le plus important ; 2) Isoler un ou quelques mots du contexte pour, en s'y rattachant, élargir - à tort - le sujet. Dans notre exemple, c'est le mot *Président* qui peut donner une fausse justification à un dépassement de la question principale.

La fréquence et la gravité de ce genre d'erreurs de conception justifient quelques conseils :

- On ne peut se passer d'un minimum de connaissances essentielles. Ici, il fallait au moins savoir que l'élection présidentielle sous la Ve République est une question importante qui fait partie des sujets classiques.

- Un hors-sujet est, à niveau d'intérêt égal, plus grave qu'une lacune, car le défaut de compréhension est moins excusable que le défaut de mémoire. Il est en tête des pièges à éviter.

- Il faut lire et relire le texte, même s'il est court et paraît clair, pour décider des limites à ne pas franchir.

- Dans le doute, il peut être utile d'essayer de reconstituer les grandes lignes des parties de la Constitution dont par hypothèse on ne dispose pas. L'erreur, dans notre exemple sur l'article 6, n'aurait sans doute pas été commise grâce au petit raisonnement suivant : **1)** il y a dans la Constitution des articles établissant des pouvoirs du Président ; **2)** ce n'est pas le cas de l'article 6 ; **3)** Ce n'est donc pas le sujet principal, puisque ce le serait à propos d'autres articles.

+ Il serait dommage, ayant bien délimité le sujet, de mal distinguer le principal de l'accessoire. Cela ne va pas toujours de soi. Il est facile de discerner, dans le même exemple, que la période précédant 1962, c'est-à-dire l'élection au suffrage indirect, est devenue d'intérêt secondaire ; il faut donc éviter la tentation du trop long rappel historique. Mais on peut légitimement hésiter à qualifier d'accessoire l'une des deux questions aussi importantes que l'élection au suffrage direct et le septennat. Sans doute la première est-elle un peu plus intéressante, parce qu'elle exprime à la fois une novation (sauf 1848) et une controverse (sur la procédure de révision) ; alors que la seconde concerne une ancienne institution (1873), discutée depuis quelques années. Surtout, la révision de 1962 a renforcé la légitimité présidentielle. Il reste que dans des hypothèses aussi délicates, il faut traiter... les deux thèmes.

+ Peuvent donc aider à la détermination de l'essentiel :

- Lecture et relecture orientées dans ce but ;
- Le caractère de nouveauté, ou exceptionnel ;
- Le caractère d'actualité ;
- L'existence d'une controverse ;

- L'influence sur la nature du régime ;
- L'appartenance à l'un des grands thèmes du Droit constitutionnel.

La délimitation du sujet du commentaire est ainsi affaire de raisonnement, mais aussi de savoir.

## B - La paraphrase

C'est le non-commentaire, ou commentaire de peu d'intérêt, la transcription sous une forme souvent obscure ou partielle d'un texte cohérent. Elle est explicable et inadmissible à la fois. Inadmissible car l'apport intellectuel est nul ou quasi-nul ; explicable car la fascination de l'écrit joue à plein devant l'acte fondamental d'une société. Il y a là une inclination naturelle, empreinte d'une saine modestie devant des articles si bien rédigés, mais qu'il faut combattre car elle annihile l'esprit critique.

Exemple : Loi fondamentale de la R.F.A., article 32 :  
 " 1. *La Fédération assure les relations avec les Etats étrangers.*

2. *Avant la conclusion d'un traité affectant la situation spéciale d'un land, ce land doit être consulté en temps utile.*

3. *Dans la mesure de leur compétence législative, les länder peuvent, avec l'assentiment du Gouvernement fédéral, conclure des traités avec les Etats étrangers".*

Mieux vaut ne pas proposer d'exemple de véritable paraphrase, qui consisterait à remplacer quelques mots par d'autres sans doute moins adaptés, et à rallonger l'ensemble par quelques ajouts sans intérêt.

Type de mauvais "commentaire", mêlé de paraphrase :

*Le Bund entretient des relations avec les autres Etats ; si un traité doit être conclu qui porte atteinte à la situation interne d'un land, il faut consulter celui-ci ; on constate qu'un land a le **droit de s'opposer** à la conclusion d'un traité, **ce qui est un élément de considération d'Etats**. De même les länder ont-ils la **compétence internationale de conclure des traités**.*

On constate que la volonté de se distinguer d'un texte qu'on ne sait par quel bout prendre aboutit tout de même à de la paraphrase, mais aussi et surtout à des erreurs, par imprécision, manque d'attention, dont deux

sont importantes. De même ne faut-il pas essayer de tout commenter, lorsque le passage est clair et ne pose pas de problème.

Exemple de commentaire :

*La Fédération détient l'essentiel des compétences internationales, assure les relations diplomatiques et conclut les traités.*

*Les Etats-membres ne peuvent conclure des traités internationaux qu'avec l'accord de la Fédération. De même ne peuvent-ils pas s'opposer à la conclusion de traités affectant leur situation spéciale.*

*Ces règles sont conformes au caractère fédéral classique de la R.F.A., qui n'est pas une Confédération d'Etats.*

La paraphrase est un tel fléau, particulièrement en Droit constitutionnel, que l'on peut proposer une recette anti-paraphrase plus psychologique que juridique. Il ne faut pas se contenter de survoler le texte, de l'effleurer, il faut le conduire à un point de rupture ; il faut par principe envisager des situations conflictuelles (si Bund et land ne sont pas d'accord...) ; il faut rectifier les présentations orientées quand la réalité peut être décrite plus nettement (le land doit être consulté ... mais rien ne dit qu'il peut s'opposer, donc il ne peut pas). En somme, il faut troquer une certaine passivité contre une certaine agressivité pour mieux exprimer la vérité d'une Constitution, avec tout de même un sentiment de satisfaction si l'on a pu lever un coin du voile...

## C - Le contresens

L'interprétation erronée d'un mot, d'une phrase, d'un article, d'un ensemble, est la faute du commentaire de texte. En Droit, chaque mot, le plus petit soit-il, peut peser très lourd. En Droit constitutionnel, l'erreur est d'autant plus grave qu'elle concerne le pouvoir politique : à l'extrême, elle met en danger la société. Au modeste niveau des disciplines juridiques, elle est d'autant plus regrettable qu'elle est relativement facile - pas toujours... - à éviter.

+ En France, comme dans quelques autres Etats, le Droit écrit, c'est d'abord ... du français ! On ne va pas rappeler ici les quelques règles de syntaxe élémentaire

qui sont pourtant indispensables au commentaire sérieux. Pour motiver ceux qui hésiteraient à rafraîchir leur mémoire dans ce domaine, notons les grandes difficultés qu'éprouvent les étudiants étrangers qui ne possèdent pas bien notre langue pour réussir leurs examens écrits. Mais inversement, savoir lire et écrire correctement, c'est déjà, en exagérant à peine, être un juriste acceptable. Prenons trois exemples de contresens fréquemment rencontrés bien qu'aisément évitables :

- Art. 5 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 : *"Le Président de la République peut, sur l'avis conforme du Sénat, dissoudre la Chambre des députés avant l'expiration légale de son mandat. (al. 1).*

Commentaire erroné : *"Le Président doit demander l'avis du Sénat pour dissoudre la Chambre. Le droit **discrétionnaire** de dissolution par le président ne peut être exercé qu'avant la fin de son mandat de sept ans"*. La première erreur est flagrante : si l'avis prévu est qualifié de *conforme*, c'est que la non-conformité empêche la décision. On peut donc traduire : *avec l'accord du Sénat*. La deuxième erreur devait être évitée par un minimum de réflexion : il s'agit non du mandat du Président - car ce serait une évidence - mais de la Chambre, que la dissolution interrompt.

- Art. 8 de la Constitution du 4 octobre 1958 : *"Le Président de la République nomme le Premier ministre. Il met fin à ses fonctions sur la présentation par celui-ci de la démission du gouvernement"*. (al. 1).

Commentaire erroné : *"Le Président nomme et **révoque** le Premier ministre"*. Cette fois, l'erreur provient sans doute ... de connaissances sur la pratique de la Ve République, mais dont la portée est exagérée. En Droit, *le Premier ministre peut se maintenir contre la volonté du Président, puisque la fin de ses fonctions ne peut intervenir que s'il décide, avec le gouvernement, de démissionner*.

- Art. 16 de la même Constitution (pleins pouvoirs de crise) : *"... le président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des Assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel"*. (fin de l'al. 1).

Commentaire erroné : *"Le Président est cependant **limité pour décider de l'opportunité** de l'emploi de l'art. 16, car il a besoin de l'avis du Premier ministre, des présidents des Assemblées et du Conseil constitutionnel"*. L'erreur

vient cette fois ... d'un excès d'imagination : rien ne précise que les quatre consultations doivent être positives ; c'est donc qu'il n'est pas nécessaire qu'elles le soient : *le Président est donc juridiquement entièrement libre de sa décision de recours à l'art. 16.*

+ Le contresens est parfois plus difficile à éviter :

- Art. 56 de la Constitution de 1958 : "*Le Conseil constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans*". (Al. 1, 2e phrase).

Commentaire erroné : "*Les membres du Conseil constitutionnel sont renouvelables*". En effet, si le Conseil est renouvelable tous les trois ans, *ses membres, eux*, ne sont plus renouvelables à la fin de leur fonction de neuf ans (art. 56, al. 1, 1ère phrase). Dans ce cas, il apparaît qu'il est décisif de lire attentivement tout l'article... ou de le connaître... Souvent, l'interprétation d'un texte ne peut être valablement faite qu'à l'aide d'autres textes, le défaut de comparaison (v. infra, E.) entraînant le contresens.

Ajoutons enfin qu'il faut avoir toujours présente à l'esprit la règle selon laquelle le mode indicatif, dans nos Constitutions, vaut impératif.

#### D - L'erreur de qualification

Qualifier signifie, en Droit, et pour simplifier, classer dans une catégorie. L'erreur serait donc majeure : si le sujet est de qualifier le régime constitutionnel des U.S.A., à l'aide de leur Constitution, et que l'étudiant, au terme de laborieuses "*démonstrations*", le définit comme un régime parlementaire classique... tout est faux, ou presque. De deux choses l'une : ou bien des contresens ont été faits à l'occasion du recensement et de l'appréciation des éléments de critère, et l'on rejoint les considérations précédentes (supra, C.) ; ou bien c'est la connaissance des catégories de classement (parlementaire et présidentielle) qui est insuffisante ou imparfaite. Par exemple : supposons un commentaire de la procédure de révision de la Constitution du 27 octobre 1946 (IVe République), avec l'art. 90, dont il suffit ici de dire qu'il institue une procédure plutôt longue et difficile. La bonne qualification sera : Constitution d'une assez grande rigidité. Deux erreurs sont possibles : 1) la procédure est justement

considérée comme difficile ... mais la Constitution est qualifiée de souple ; 2) erreur inverse, soit la Constitution justement qualifiée de rigide ... mais au regard d'une procédure considérée comme souple.

Pour résumer l'ensemble, on peut distinguer entre :

- Un premier type d'erreur de qualification consiste à faire entrer à tort des éléments dans une sous-catégorie (par exemple, aux U.S.A, veto présidentiel, + accord du Sénat pour les traités, etc., = séparation des pouvoirs atténuée ; révision dans l'art. 90, à la majorité des membres, etc., = procédure facile).

- Le deuxième type d'erreur est d'associer une sous-catégorie à une catégorie incompatible : séparation des pouvoirs atténuée = régime présidentiel, ou procédure facile de révision = Constitution rigide.

- Un troisième type d'erreur est la confusion entre catégories : par exemples : procédure de révision difficile (juste), = rigidité (juste) ... de la séparation des pouvoirs ... ce qui transforme la IV<sup>e</sup> République en régime présidentiel !

Un seul conseil pour éviter les erreurs de qualification : maîtriser la connaissance des catégories et définitions...

## E - Les défauts de référence et de comparaison

C'est en quelque sorte l'opposé du hors-sujet, alors que nombre d'étudiants les assimilent. Pour ne pas les confondre, il importe de bien comprendre que c'est l'intérêt de la question qui place, déplace ou retire les limites du sujet. Autant il est déconseillé, s'il s'agit de traiter l'élection présidentielle sous la Ve République, de s'occuper des rapports Président-Premier ministre, autant est-il recommandé de comparer - brièvement - ce procédé d'élection avec d'autres, ailleurs ou dans l'histoire. Parfois même, la référence est indispensable pour éviter le contresens.

- Le défaut de référence peut entraîner une erreur d'interprétation, ce que nous avons vu pour le contresens avec le rappel de la nécessité d'examiner l'ensemble d'un article. Mais il est quelquefois nécessaire de se référer à d'autres articles, voire d'autres textes. Exemple :

Art. 61 de notre Constitution : "... les lois peuvent être déferées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, ... (al. 2). Commentaire fréquent, et en partie erroné : "Les lois ne peuvent être soumises au Conseil constitutionnel qu'avant leur promulgation", ce qui est exact dans la généralité, mais faux en ce qui concerne la protection du domaine règlementaire (art. 37, al. 2).

- Le défaut de comparaison ne semble grave que lorsqu'il s'agit précisément de comparer, par exemple deux articles constitutionnels entre eux. Mais il peut aussi, dans d'autres types de sujets, déboucher sur d'importantes lacunes. Par exemple, comment bien commenter l'article 5 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 (droit de dissolution présidentiel) sans comparer texte et pratique, celle-ci permettant, et elle seule, de constater la désuétude de ce droit sous la III<sup>e</sup> République et la transformation profonde de ce régime ?

Tout autre développement paraît superflu tant l'évidence est là. Tout texte constitutionnel à commenter doit systématiquement être confronté - au moins au stade de la recherche et de la réflexion, éventuellement dans la rédaction - avec d'autres textes d'intérêt commun, et avec la pratique - s'il en existe -. Cette démarche analogique n'est limitée, en Droit constitutionnel, ni dans le temps (comparaisons historiques) ni dans l'espace (systèmes étrangers).

Ces quelques conseils, que l'on a voulu simples dans le fond et la forme, ne sont que des recettes pratiques sans aucune prétention scientifique, et les pièges qu'ils ont pour but d'aider à éviter ne sont pas tous recensés ici, loin s'en faut. Espérons seulement que nos juristes en herbe en tireront quelque profit dans la poursuite de leurs études en Faculté.

#### NOTES

(1) M.-H. Fabre, cette revue, 1982 - 1, p. 60.

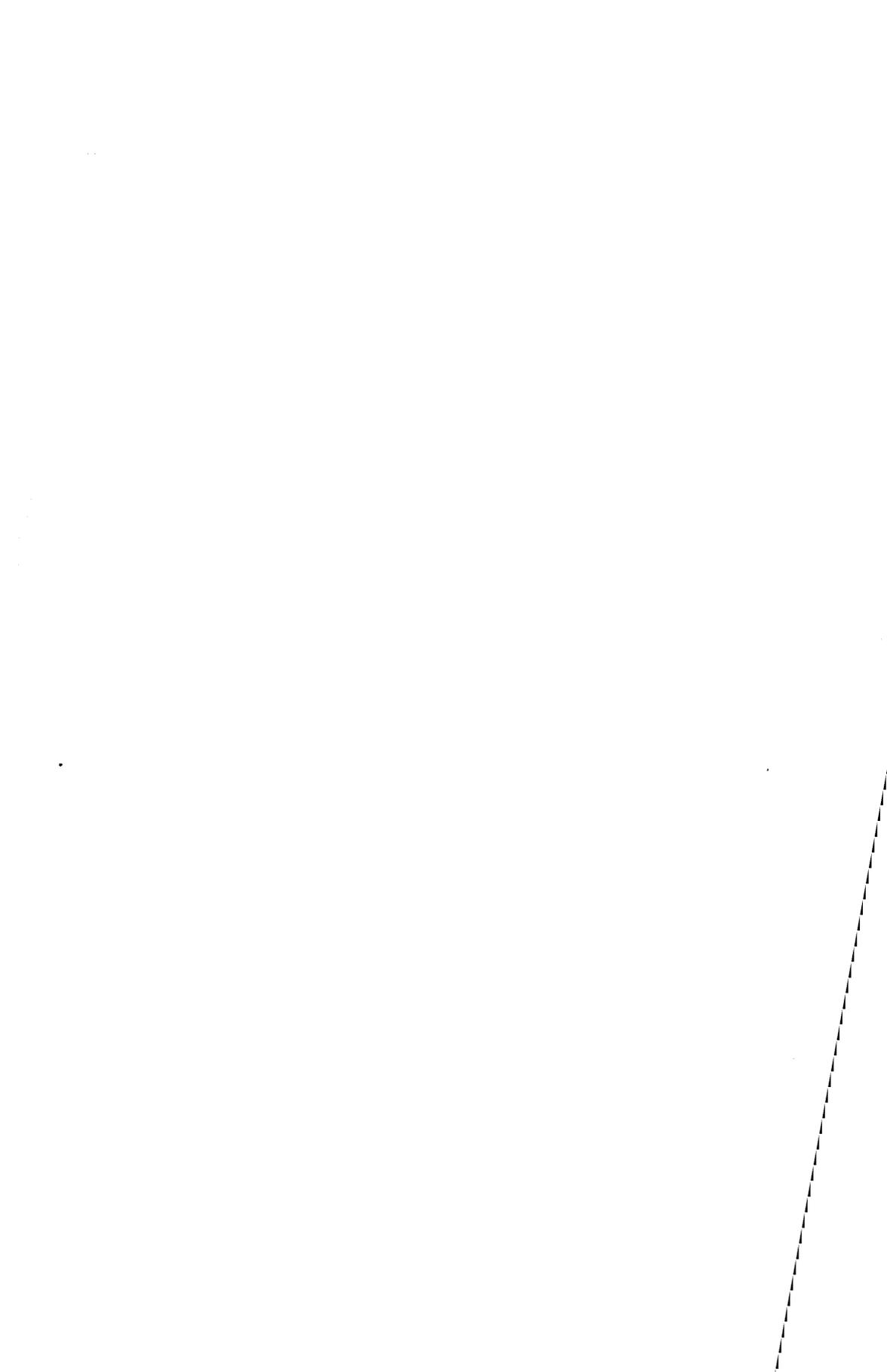
(2) Ch. Cadoux, cette revue, 1982 - 1, p. 69.

(3) C. Mouly, cette revue, 1982 - 1, p. 50.

(4) Art. 6 : "Le Président de la République est élu pour sept ans au suffrage universel direct...".

R. R. J. 1985  
Pages 707 à 720

ACTUALITES  
DOCTRINALES



# POLITIQUE PENALE ET PENITENTIAIRE :

## EN RELISANT TOCQUEVILLE ...

Par J.-P. GRIDEL

*Professeur des Facultés de Droit*

Si les observations et réflexions de science politique rassemblées dans son livre *"De la démocratie en Amérique"* ont assis la durable notoriété d'Alexis de Tocqueville, celui-ci fut aussi, et d'abord, le coauteur d'un ouvrage moins connu, édité en 1833 sous le titre *"Le système pénitentiaire aux Etats-Unis et son application en France"*. En effet, dans les premiers mois de la Monarchie de Juillet, *"lorsqu'il y avait encore des illusions à nourrir et des idées généreuses à flatter"* (1), Tocqueville, juge à Versailles, fut officiellement chargé, en compagnie de son ami Gustave de Beaumont, substitut dans la même ville, *"de parcourir l'Amérique du Nord pour y rechercher les différentes applications du système pénitentiaire, et pour y recueillir tous les documents propres à éclairer le Gouvernement à cet égard"* (p. 49).

Après avoir, pendant un an, étudié sur place la législation de plusieurs Etats, visité les prisons, examiné leur régime intérieur, leur construction, leur coût, rassemblé nombre de documents, parlé avec des juges, des directeurs de prisons, des gardiens, des détenus, et, ils tiennent à le souligner, avoir toujours reçu le meilleur accueil de la part des administrations pénitentiaires, les deux magistrats regagnèrent la France et publièrent leur rapport. Tout en se livrant à la description des faits observés et à l'examen prudent des chances et difficultés d'éventuelles transpositions, l'ouvrage, tantôt philosophique et tantôt très concret, se présente en réalité comme une réflexion d'ensemble sur la politique pénale et pénitentiaire. Son attribution usuelle, assez injuste, au seul Tocqueville s'explique par la célébrité ultérieure du personnage et par son zèle au sein des commissions parlementaires qui, à partir de 1837, cherchèrent à introduire corréla-

tivement certains enseignements dans une loi, laquelle, votée en 1847, ne fut jamais appliquée. Le travail de Beaumont et Tocqueville comporte, certes, des développements dépassés et des formules naïves ou d'un autre âge ("*Ils - les prisonniers - sont malheureux ; ils méritent de l'être : devenus meilleurs, ils seront heureux dans la société dont ils respecteront les lois...*" p. 231). Toutefois, écrit par deux hommes soucieux d'ordre social mais non conformistes, évolutifs mais préoccupés de ne pas confondre **changement** et **progrès**, "*Le système pénitentiaire ...*", est une oeuvre réfléchie et franche, dans l'expression de ses certitudes comme de ses doutes. Elle comporte maints passages auxquels tout citoyen soucieux de la chose publique peut, encore aujourd'hui, se référer sans complexe, tant en matière de science criminelle (§ I) que d'organisation carcérale (§ II).

- I -

"*Le système pénitentiaire*" pressent l'extension indéfinie de l'emprisonnement considéré comme un châtement en lui-même (A), demande l'objectivité scientifique dans la recherche criminologique (B), et exige le rejet de l'idéalisme dans l'action (C).

**A) L'importance historique croissante de l'emprisonnement utilisé comme une peine**

Jusqu'à l'extrême fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, l'incarcération des malfaiteurs est un acte pénalement secondaire et provisoire, destiné à s'assurer de leur personne dans l'attente du jugement ou de sa mise à exécution. La véritable peine réside alors toute entière dans l'inflexion d'une sanction corporelle (mutilation, marque, fouet) ou éliminatoire (mort, avec ou sans tortures, exil, déportation) qui s'ensuivra. Tocqueville et Beaumont observent que plusieurs Etats d'Amérique ont rejeté tout ou partie de ces châtements hérités de la colonisation et que, en France même, tous sont ou contestés par une frange de l'opinion, ou réduits dans leur application, voire abolis ou sur le point de l'être. Les deux auteurs lisent là, au moins en ce qui concerne les peines fondées sur la recherche de la douleur physique, la démonstration d'un mouvement positif de civilisation ("*L'homme peut bien avoir le droit de tuer son semblable, mais non de le torturer, et nous repoussons sans examen un code pénal fondé sur le sang et les supplices*" p. 104). Ils soulignent l'émergence

et la généralisation corrélatives d'une mesure nouvelle dès lors qu'elle est instituée à titre punitif : la mise en prison. Mais ils insistent surtout sur le fait qu'une évolution aussi fondamentale exige la mise en place d'un système pénitentiaire, entendant par là l'ensemble cohérent des règles auxquelles sont soumis le malfaiteur captif *"que la société s'efforce de rendre meilleur, en même temps qu'elle le place dans l'impossibilité de nuire"* (p. 112).

Les réformes pénales intervenues depuis lors, en confirmant la tendance ainsi décelée ou pressentie (*"Ne peut-on déjà entrevoir le temps où le code des nations civilisées, rétrécissant chaque jour le cercle des peines capitales ne connaîtra plus en quelque sorte qu'un seul châtement, la privation de la liberté"* eod loc.) (2), et en faisant ainsi de la prison la peine de substitution absolue, ont conféré à la finalité et à l'organisation carcérales une gravité et une acuité renouvelées. Des problèmes de cette ampleur ne sauraient être étudiés sans réflexion méthodologique préalable, et la lecture de l'ouvrage se révèle à cet égard plus concrètement féconde.

## B) L'objectivité criminologique

Pour Tocqueville et Beaumont, une politique criminelle présuppose la vérité des chiffres, c'est-à-dire, le recours à des critères rationnels d'évaluation. **Evaluation de la criminalité.** C'est une erreur que de se référer à l'augmentation ou à la diminution du nombre de condamnations prononcées : il dépend, en effet de la quantité d'infractions qui, portées à la connaissance des services officiels, donnent effectivement lieu à poursuites. Si, en effet, une atmosphère générale convainc les victimes de l'inutilité voire du danger d'une plainte, si des textes ont pour effet de ralentir toujours davantage le cours de la justice et de rendre l'action policière la plus inefficace possible, si le classement sans suite est pratiqué sur une vaste échelle, il devient aisé de montrer, *"statistiques à l'appui"* que le niveau des infractions constatées ou des condamnations prononcées n'augmente pas sensiblement. Aussi doit-on s'abstenir de chercher là une information vraiment fiable. **Evaluation, ensuite, de la qualité d'un système pénitentiaire.** Celui-ci ne doit pas être jugé en fonction de l'accroissement ou de la réduction de la criminalité dans le pays : *"Les institutions, les moeurs, les circonstances politiques, voilà ce qui influe sur la moralité des hommes en société ; les prisons n'agissent que sur la*

*moralité des hommes en prison*" (p. 212). Autrement dit, le critère à utiliser là est celui de la proportion de récidivistes observable parmi les détenus ayant purgé leur peine et retrouvé la vie sociale : *"S'ils ne commettent aucun délit nouveau, on peut croire que l'influence de l'emprisonnement sur eux a été salutaire ; et s'il tombe en récidive, il est prouvé que le régime de la prison ne les a point rendus meilleurs"* (p. 212). Mais *"une mauvaise prison ne peut pas plus dépraver ceux qui n'ont pas été exposés à son influence corruptrice, qu'un bon pénitencier ne peut réformer les individus auxquels son régime bienfaisant est inconnu"* (p. 212). A ces remarques, de clairvoyance certaine, les auteurs apportent deux précisions. La première concerne la difficulté à connaître les nouveaux forfaits commis par les malfaiteurs libérés, en raison de l'inexistence d'un recensement généralisé. Le casier judiciaire a, depuis, apporté remède, mais, dépassant l'observation, nous pourrions mettre en évidence un autre obstacle, déduit de la notion et du régime juridiques de la récidive. Bien souvent n'est, en droit, qualifié récidiviste que celui qui a commis à nouveau la **même** infraction ; encore faut-il, d'ailleurs, qu'une loi d'amnistie n'oblige pas à tenir l'une d'elle pour néant. L'interdiction faite au juge de retenir la perpétration d'une infraction antérieure dans l'appréciation de la culpabilité ne devrait toutefois pas empêcher le statisticien de la relever pour connaître le taux de succès ou d'échec de la sanction pénale.

La seconde précision réside dans l'apparent oubli de l'effet d'exemplarité de la peine de prison *"sur tous les hommes libres qui peuvent craindre d'y être envoyés"* (p. 302). L'explication est que cette influence bénéfique ne saurait être attribuée à l'action réformatrice du traitement pénitentiaire lui-même, mais tient au degré d'intimidation qu'un châtiment quelconque peut inspirer de l'extérieur : *"si la peur n'a jamais rendu un homme vertueux, il est incontestable qu'elle a empêché plus d'un scélérat de mal faire"* (p. 78). Comme on va le voir encore, cette lucidité est un des traits dominants de l'oeuvre.

### C) Le rejet de l'idéalisme

Tocqueville et Beaumont sont manifestement irrités par le sentimentalisme primaire, larmoyant et partial de certains philosophes ou avocats de leur temps, ceux qu'ils appellent *"les philanthropes"*. Ils leur reprochent,

d'abord, leur angélisme "Il y a, en Amérique comme en Europe, des hommes estimables dont l'esprit se nourrit de rêveries philosophiques, et dont l'extrême sensibilité a besoin d'illusions. Ces hommes, pour lesquels la philanthropie est devenu un besoin, trouvent dans le système pénitentiaire un aliment à cette passion généreuse : prenant leur point de départ dans des abstractions qui s'écartent plus ou moins de la réalité, ils considèrent l'homme, quelque avancé qu'il soit dans le crime, comme susceptible d'être toujours ramené à la vertu, ils pensent que l'être le plus infâme peut dans tous les cas recouvrer le sentiment de l'honneur ; et, poursuivant les conséquences de cette opinion, ils entrevoient une époque où tous les criminels étant radicalement réformés, les prisons se videront entièrement, et la justice n'aura plus de crime à punir" (p. 197). Ils dénoncent, par ailleurs, leur courte vue, qui les incite à se préoccuper surtout de l'adoucissement des conditions de détention des individus, alors que leur souci essentiel devrait être de travailler à leur amendement en vue d'une efficace réinsertion. "Repoussons donc ces théories efféminées et débiles qui ne placent l'humanité envers les détenus que dans les améliorations matérielles ; qui permettent aux criminels de se corrompre les uns les autres, parce qu'il serait cruel de leur imposer silence, et les jettent pêle-mêle la nuit dans des dortoirs communs parce qu'il serait inhumain de les isoler" (p. 136).

On sent ainsi venir les suggestions faites en matière d'organisation carcérale.

- II -

"Nos prisons, qui non seulement ne rendent point les détenus meilleurs, mais encore les corrompent davantage (p. 197)... On y apporte une culpabilité spéciale ; on en retire une aptitude générale à tous les crimes" (p. 51). Le propos est relativement nouveau sous la Monarchie de Juillet. On pourrait, néanmoins, le croire extrait des discours officiels contemporains justifiant la création et l'extension des peines de substitution aux courts emprisonnements, opportunes alternatives au "tout carcéral" auquel notre société allait parvenir. Il conduit Tocqueville et Beaumont à prôner, idée neuve pour l'époque, la mise sur pied d'un système pénitentiaire, tel ceux dont ils ont constaté les résultats dans certains Etats d'Amérique.

"Peut-être en sortant de prison n'est-il (le détenu) pas un honnête homme, mais il a contracté des habitudes honnêtes... S'il n'est pas au fond devenu meilleur, il est du moins plus obéissant aux lois, et c'est tout ce que la société est en droit de lui demander" (p. 206)... "L'objet du système pénitentiaire est de rendre meilleur des criminels que la société a retranché de son sein, ou, du moins, de s'opposer à ce que, dans leur prison, ils ne deviennent plus méchants" (p. 87). Dans cette terminologie, **système pénitentiaire** s'entend d'un régime qui, aménagé pour être punitif, intimidant et régénérateur, s'oppose à **mauvais système d'emprisonnement**, celui dont l'unique finalité est d'empêcher les évasions. C'est le côté punitif et intimidant qui fonde la privation de liberté et les rigueurs consécutives à l'emprisonnement, c'est le côté régénérateur qui justifie la trame éducative dont sera tissée la vie quotidienne. Pour les auteurs, les droits de la société de punir et régénérer - qui ne sauraient faire de doute dès lors qu'il s'agit de protéger les intérêts légitimes des personnes non délinquantes - prennent le pas sur les droits de l'homme incarcéré et justifient les contraintes qui lui sont imposées, dès lors qu'elles "ne répugnent pas à l'humanité" (p. 170). La nourriture sera saine et abondante, mais sans raffinements, l'hygiène et la salubrité des locaux seront assurés, les vêtements fournis seront propres, le règlement de la prison sera communiqué aux détenus qui jouiront d'un droit de réclamation. Ceci étant rapidement posé une fois pour toutes, les deux magistrats, qui ajouteraient sans doute aujourd'hui les soins médicaux et le chauffage l'hiver, s'étendent sur l'essentiel et le plus difficile : les luttes contre l'influence corruptrice et pour l'amendement. Rappelant cette vérité élémentaire mais toujours bonne à réentendre, qu'on ne peut gouverner des criminels comme on gouverne des hommes libres, honnêtes et respectueux des lois, ils prônent - on s'en tiendra aux seuls développements concernant les adultes condamnés à temps pour actes de droit commun - trois principes : A) l'isolement absolu de chaque détenu vis à vis des autres ; B) l'imposition d'activités dirigées ; C) l'égalité dans l'exécution des peines.

#### A) L'isolement du détenu

Cet isolement diurne et nocturne est essentiel, tant la détention en commun de plusieurs malfaiteurs entraîne l'alignement de tous sur le plus pervers. La

séparation ainsi organisée empêche l'exercice de cette influence délétère. Elle est aussi punitive : elle fait obstacle aux relations de groupe par lesquelles le temps semble moins long, elle prive le plus corrompu de sa cohorte d'admirateurs et de son accession au candidat. Comment assurer cette séparation, seul moyen de ne pas rendre l'individu à la vie sociale dans un état pire que celui de son entrée ? Soit par l'isolement cellulaire la nuit et le travail collectif silencieux le jour, soit plutôt, eu égard à la difficulté d'empêcher les communications diurnes, par l'emprisonnement solitaire permanent dans des cellules conçues en conséquence. A défaut, la classification des condamnés, à fins de regroupement n'est souvent qu'une illusion. *"Il y a des peines pareilles et des crimes appelés du même nom, mais il n'y a pas deux moralités qui soient semblables ; et toutes les fois que des condamnés sont mis ensemble, il existe nécessairement une influence funeste des uns sur les autres, parce que, dans l'association des méchants, ce n'est pas le moins coupable qui agit sur le criminel, mais le plus dépravé qui a action sur celui que l'est moins"* (p. 173). Non seulement la réforme est impossible mais, en outre, le caractère punitif tiré de l'isolement disparaît.

La séparation ainsi recommandée suscite bien sûr des objections. A l'heure actuelle, l'on songe à la formule-slogan *"il n'y a que trente deux mille places dans les prisons françaises"*. Elle n'est que conjoncturellement pertinente, car la situation n'est telle que parce que des décisions politiques la veulent ou l'ont voulue ainsi. D'un point de vue plus fondamental, ladite séparation, si elle est accompagnée en permanence de silence et d'inaction, telle qu'elle fut primitivement expérimentée à Auburn en 1821-1822, entraîne divers cas de dépérissement mortel, de folie, de suicide. Résultats inacceptables, dit l'ouvrage, le but de l'opération étant de priver l'individu de liberté et d'une mauvaise promiscuité, non de lui arracher la vie. Objection très grave et pertinente, mais qui doit impérativement être résolue, à peine de faire écrouler tout le système. En effet, l'on ne saurait, tout à la fois, dénoncer la prison au nom de sa promiscuité corruptrice, et refuser l'isolement entre condamnés au nom de l'humanisme (à moins, ajouterions-nous encore, que la mauvaise influence de la prison ne soit que l'angle d'attaque choisi pour faire abolir, après la peine de mort, la peine carcérale elle-même). Avant d'examiner les remèdes du travail

et de la propédeutique tels que les conçoivent les auteurs, l'on peut, prolongeant leur pensée, souligner qu'ils ne souhaitent l'isolement qu'à l'égard des détenus. Des contacts avec d'autres personnes sont concevables, dès lors qu'ils ne compromettent par l'action réformatrice, la sécurité des personnels ou la discipline de l'établissement. L'on pense, en premier lieu, aux visites périodiques des membres des familles (leur interdiction étant, selon nous et dans les cas ordinaires, une de ces mesures "*qui blessent l'humanité*"), d'associations caritatives, de ministres des cultes, d'organismes proposant l'exécution de travaux et agréés par l'Administration. On arrive là à l'organisation des activités.

## **B) L'activité du détenu**

Elle doit reposer sur le travail et la formation. Les investigations menées par Tocqueville et Beaumont dans les prisons pratiquant l'isolement cellulaire même diurne leur ont montré que ce mode de détention était convenablement supporté lorsque les individus avaient la possibilité de travailler. Mieux encore, le travail était par eux ressenti comme une chance, une consolation et une nécessité psychologique. Les prisonniers interrogés disent à plusieurs reprises leur hantise du dimanche, jour le plus long car le travail y est prohibé. Dans un tel contexte, le profit du travail revenait à la société, afin que la détention soit rendue moins dispendieuse. Les auteurs rejettent ce dernier aspect et s'en tiennent au système, sans doute meilleur, de la quote-part. Sont particulièrement opportunes aussi les remarques sur la subordination de la nature et de la quantité de travail à l'intérêt global du condamné, non à celui de l'entreprise. Un temps suffisant doit en effet être réservé à la formation, c'est-à-dire à la double pédagogie professionnelle et civique. Selon le niveau culturel, l'instruction élémentaire ou secondaire, jointe à l'acquisition ou le perfectionnement du savoir faire professionnel, ne peuvent que favoriser la réinsertion. Mais ces connaissances doivent s'accompagner d'une éducation au respect de lois. La science, en elle-même, est neutre : seul l'usage que l'on en fait est bon ou mauvais. Il est louable d'apprendre en prison l'art de la serrurerie afin de posséder une ultérieure qualification professionnelle. Mais la société est flouée si l'intéressé a surtout acquis l'aptitude à crocheter les coffres-forts.

Enfin, Tocqueville et Beaumont ne sont pas hostiles à l'admission, contrôlée, de livres dans les cellules. Modernisant le propos, l'on pourrait concevoir la fourniture de postes de radio ou de télévision qui, d'abord, permettraient effectivement la formation en cellule sans multiplication des moniteurs, mais pourraient aussi capter, à certaines heures de la semaine, des programmes distrayants ou culturels propres à l'établissement. La faculté, ainsi ouverte à tous, est un aspect de l'égalité dans l'exécution des peines.

### C) L'égalité des détenus

Cet aspect des modalités d'exécution revient à diverses reprises dans **Le système pénitentiaire**. D'une part est favorablement commentée la règle selon laquelle la bonne conduite ne doit pas être un facteur d'adoucissement ou de réduction de la peine. Les deux auteurs font leur la formule de Lynds, le fameux rénovateur d'Auburn : *"J'ai toujours remarqué que les plus mauvais sujets faisaient d'excellents détenus"*. La personne retorse, expliquent-ils, sait se soumettre lorsqu'elle constate simultanément l'inanité de la révolte et une satisfaction prochaine pour prix de sa docilité. Aussi arrive-t-on à faire bénéficier d'une faveur un individu qui n'en est pas nécessairement le plus digne.

D'autre part, est approuvée l'interdiction faite au condamné d'acquérir des biens ou services de nature à améliorer son sort quotidien. L'uniformité du régime alimentaire, la rudesse du vêtement, l'anonymat de la cellule, ajoutés à l'isolement de principe, participent du caractère punitif de l'incarcération, et toute modification à cet égard doit bénéficier à tout le monde ou à personne. Permettre une dépense personnelle, c'est corroder l'ordre carcéral et laisser s'instaurer un traitement différent en fonction des ressources des détenus et de leurs proches. Du reste, notent les deux juristes, il est anormal qu'un condamné puisse, de sa propre volonté, modifier les conditions de l'emprisonnement.

Il y a, dans **Le système pénitentiaire**, plus à prendre et moins à laisser que ne le donne à penser la date de sa publication. La rigueur du régime carcéral proposé est un argument en faveur de peines plus courtes que celles habituellement prononcées, et, en outre, facilite

la surveillance de l'établissement. Les bouleversements juridiques et psychologiques d'une telle réorganisation, son coût financier font que sa réalisation ne pourrait être que progressive. La vérification de son efficacité réelle exigerait que l'on ne soumette à ce régime que des individus jamais condamnés antérieurement, et que, après leur réinsertion, l'on puisse constater une faible récurrence. Conscients de ces graves objections, Tocqueville et Beaumont recommandaient de commencer par construire un (nous dirions volontiers plusieurs) pénitencier modèle, organisé suivant les principes définis ci-dessus. L'expérience mériterait d'être tentée. Quels qu'en doivent être les résultats criminologiques ce n'est pas gaspiller les deniers publics que de construire des locaux et de former des éducateurs spécialisés. Par ailleurs, notre Histoire nous l'enseigne : c'est toujours à l'occasion des grands changements et alternances politiques que des réformes pénales ou pénitentiaires ont vu le jour.

# L'EVOLUTION LEGISLATIVE, POUR UNE ANALYSE EMPIRIQUE DES EFFETS DE LA LEGISLATION

Par Luzius MADER (\*)

Présentation par Alain VIANDIER, Professeur à l'Université  
de Caen

Les savants suisses font figure de pionniers dans les sciences de la législation ; une Société suisse de législation ainsi qu'un Centre d'Etude de technique et d'évaluation législatives (CETEL, Université de Genève) dressent la topographie de ce nouveau champs de recherches : les facultés accueillent des enseignements de méthode législative (Genève, Fribourg, Zürich, St-Gall) : des travaux de grande qualité sont publiés, tels l'ouvrage de R. Hotz (Methodische Rechtsetzung : eine Aufgabe der Verwaltung, Zürich, 1983, 395 pp.) ou, tout récemment, le présent essai de L. Mader.

L'auteur ancre sa recherche dans la **science de la législation** et fait de l'évaluation législative l'un des rameaux de cette branche de la théorie générale du droit. La science de la législation a pour ambition de *"réaliser une approche globale du phénomène législatif... de dépasser la fragmentation qui résulte des barrières érigées entre les sciences sociales et le droit... de réunir les perspectives empiriques, théoriques et pragmatiques"* (p. 5). Elle comprend ainsi, selon une classification proposée par O. Weinberger, la théorie du **processus législatif** qui examine le déroulement et l'organisation de la procédure législative, la **méthodologie** législative qui met l'accent sur l'interprétation et la **légistique**, entendue comme l'étude de la technique législative, c'est-à-dire, pour l'essentiel, des aspects formels et surtout rédactionnels de la législation : le terme de légistique est d'ailleurs également en usage en Belgique, un Institut de légistique ayant été créé à Liège (Prof. Delnois) et les services du Premier ministre venant de diffuser un Traité de légistique, véritable précis de la rédaction des textes. A ces trois pôles - processus législatif, méthodologie législative et légistique - L. Mader en ajoute un quatrième qu'il identifie comme **l'évaluation législative**.

---

(\*) Préface ch. A. Morand, Lausanne, Payot, 1985, 194 pages.

Pour l'auteur, le terme d'évaluation législative couvre *"l'ensemble des analyses basées sur l'emploi de méthodes scientifiques et portant sur la mise en oeuvre et les effets d'actes législatifs"* (p. 44). Au-delà de la terminologie, L. Mader dresse l'inventaire des différents **types** d'évaluations : prospective et rétrospective (p. 46 s), législative ou de programme (p. 48 s.), provisoire et finale (p. 51). Il dessine également - et c'est peut-être la partie la plus intéressante de son propos - les **concepts** de base de l'évaluation législative : l'**effectivité** (p. 56 s.), qui le conduit à reprendre les analyses de P. Noll et J.-F. Perrin sur les conditions de l'effectivité, ainsi que le modèle causal de Opp et Diekmann : l'**efficacité** (p. 77 s.), autrement dit la comparaison entre *"le résultat réellement atteint et le résultat voulu"*, ce qui pose le problème de la perception des objectifs de la loi, qu'ils soient instrumentaux ou symboliques : l'**efficience** (p. 82 s.), entendue comme *"le rapport entre les moyens utilisés ("input") et les résultats ("output")"* ; la mesure de l'efficience implique notamment une analyse coût-bénéfice, déjà largement pratiquée aux Etats-Unis : l'**impact** (p. 89 s.), c'est-à-dire *"l'ensemble des effets pertinents de la législation"*, ce qui invite l'auteur à dresser une typologie fort suggestive des catégories d'effets (p. 92 s.) : visés ou non intentionnels, prévus ou imprévus, pervers ou bénéfiques, directs ou indirects, immédiats ou différés, symboliques ou concrets, d'anticipation ou de rétroaction...

L'auteur prolonge ensuite son étude par la présentation des motifs et fonctions de l'évaluation (p. 97 s.) ; il assigne trois fonctions à l'évaluation législative : la rationalisation (rendre l'activité législative plus rationnelle), le contrôle (p. 104 s.) et la légitimation (p. 111 s.), ce qui l'incite à comparer légalité et légitimité et à s'interroger sur le besoin de sources de légitimité autres que la légalité.

L. Mader clôt sa recherche par une étude de l'institutionnalisation de l'évaluation (p. 114 s.) et puis de sa place dans le droit (p. 147 s.).

L'ensemble constitue un ouvrage tout à fait remarquable, espérons qu'il donnera à d'autres l'envie de suivre le chemin tracé par l'auteur et de porter son attention à leur tour sur la science de la législation.

R. R. J. 1985  
Pages 721 à 772

PHILOSOPHIE DU DROIT



QUELQUES REFLEXIONS  
SUR UNE LOI LOGIQUE QUI REGIT  
L'EVOLUTION DES  
CONCEPTS JURIDIQUES FONDAMENTAUX

Par

Monsieur le Professeur Olsen A. GHIRARDI

1. Il est indiscutable que le droit évolue, subit des changements. Il ne peut s'agir ici, bien entendu, que du droit positif.

C'est le législateur qui est, dans certains cas, l'agent de ces changements ; dans d'autres, c'est le juge. La jurisprudence intervient très souvent - se montrant par là plus sensible que tout autre organe de l'Etat - pour introduire des variantes, des changements, dans l'interprétation de certaines normes juridiques. Ces variantes sont quelquefois extrêmement remarquables et importantes, et représentent l'antécédent d'une réforme législative ou simplement la tâche complémentaire que réalise le Pouvoir Judiciaire sur l'activité législative. De sorte que cette tâche signifie, sinon une mission législative, tout au moins une oeuvre normative d'une évidente signification, car les normes particulières établies par les juges signalent très souvent une nouvelle direction.

C'est là un fait dont on est pleinement conscient dans le domaine de l'ordre juridique. La preuve en est l'importance que l'expert en droit accorde à l'examen de la jurisprudence et plus particulièrement de la jurisprudence récente, lorsqu'il a affaire à un cas particulier présentant une complexité nouvelle.

Nous tenons à porter notre attention sur un aspect spécial du problème. Au lieu d'examiner **tout** le changement que produit la jurisprudence, nous voulons savoir si **certains** changements ou évolutions suivent des directions susceptibles d'être déterminées et, principalement, si ces phéno-

mènes sont la manifestation de régularités significatives qui puissent être exprimées au moyen d'une loi marquant un devenir. Pour l'instant nous dirons qu'il existe en effet des institutions fondamentales du droit positif ayant pour nom des vocables (simples ou complexes) qui évoquent des concepts, qui sont susceptibles de changements et que ces changements obéissent à une loi logique bien précise. Remarquons que c'est le changement qui se produit le plus souvent, plutôt que celui des termes ou des mots, étant donné que le juge ou l'homme de loi peuvent continuer à employer le même mot. Mais, plutôt que le vocable, ou le mot, ou le terme, ou le nom, que nous considérons d'ailleurs ici comme synonymes, **c'est le concept qui évolue.**

Et nous anticipons dès maintenant sur notre conclusion : l'institution fondamentale, objet du changement, acquiert - par suite de l'interprétation faite par le juge - **une plus grande extension**, c'est-à-dire que le concept devient logiquement plus étendu.

Nul n'ignore la règle logique selon laquelle l'extension d'un concept est inversement proportionnelle à sa compréhension. Eh bien : l'évolution des concepts juridiques se produit par rapport à leur extension, c'est-à-dire, dans la mesure où leur appellation embrasse un plus grand nombre de cas particuliers. Le concept d'une institution juridique fondamentale change de cette façon et ce changement fait évoluer le droit, selon une **loi à généralisation et à complexité toujours croissantes.**

Nous pouvons dire qu'il se produit une sorte de mutation. Soudain - à cause d'un phénomène socio-culturel - les juges produisent une modification dans l'interprétation du système juridique pour continuer à résoudre équitablement les cas particuliers, l'interprétation précédente n'étant plus satisfaisante. Une nouvelle voie dans la jurisprudence est ainsi ouverte, que les autres juges commencent à suivre, changeant l'orientation ou enrichissant les solutions de la jurisprudence. Et généralement la méthode employée en est très simple : le concept de l'institution dont il est question dans le cas particulier s'élargit, devient plus étendu, et il admet une nouvelle nuance, une nouvelle facette. C'est en quelque sorte comme une floraison qui apporterait un nouveau pétale à la fleur. C'est le genre du concept qui s'étend à d'autres espèces, grâce à la

mutation qui vient de se produire. Et tout cela ajoute en même temps une **incertitude**, un moment d'incertitude au système. Mais nous analyserons cela plus tard.

La **mutation** implique l'existence d'un **principe de discontinuité** dans la vie du droit positif, car celui-ci change par à-coups et que ces à-coups se produisent, dans les cas particuliers, au moyen de la modification d'un concept qui devient plus étendu dans le but d'embrasser un plus grand nombre de domaines spécifiques sous son appellation.

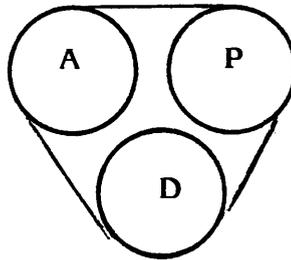
2. Le moment est venu, nous semble-t-il, de nous expliquer plus clairement au moyen d'un exemple. Pour ce faire, nous allons rechercher dans le droit positif historique un exemple qui nous permette de préciser ce qui vient d'être dit. La loi Aquilée de la Rome antique en offre, à notre avis, un paradigme magnifique.

Rappelons que la loi Aquilée n'impliquait pas encore une élaboration de la théorie de la responsabilité ; elle ne faisait que déterminer certains principes réglant des situations particulières et concrètes, c'est-à-dire qu'elle déterminait les dommages (et les réparations) causés sur des esclaves ou des animaux et certaines détériorations de choses corporelles. Ensuite, *"le prêteur et les jurisconsultes - d'après Mazeaud - s'efforcèrent d'augmenter le nombre des cas prévus dans le texte légal : le prêteur, en considérant l'action utile dans le cas où le blessé serait un homme libre ; les jurisconsultes, en déclarant, par une interprétation plus large de la loi, que toute détérioration ou destruction de choses était punie. Le **damnum** fut ainsi étendu : toute atteinte matérielle contre une chose ou contre une personne était punie"*. (1).

Par conséquent, le **concept de dommage**, contenu primitivement dans la loi Aquilée était constitué par les éléments caractéristiques suivants (traits caractéristiques pratiques, du point de vue conceptuel) :

- a) un sujet actif, agent du dommage ;
- b) un sujet passif (celui qui subit le dommage), qui ne pouvait être qu'un citoyen romain ;
- c) une chose endommagée (appartenant au sujet passif) ou bien des dommages causés à des esclaves ou à des animaux.

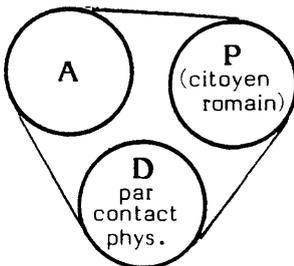
Nous représentons ici graphiquement le concept pour le rendre plus compréhensible.



Dans ce schéma, **A** représente le sujet actif (l'agent qui produit le dommage) ; **P** est le sujet passif (celui qui subit le dommage), et **D** c'est la chose endommagée, l'esclave ou l'animal blessé (le résultat de l'action nuisible). Dans les termes utilisés aujourd'hui, **A** c'est le responsable du dommage, **P** c'est celui qui subit le dommage, et **D** c'est le dommage susceptible d'indemnisation. Le dommage impliquait par conséquent une diminution de **P**, aussi bien en lui-même que dans son patrimoine, diminution qui devait être indemnisée.

Mais dans le texte primitif de la loi romaine, l'action ne pouvait être accordée qu'aux citoyens romains ; c'est-à-dire que **P** devait être un citoyen romain. D'ailleurs, la loi déterminait la façon dont le dommage devait être produit, et l'action n'était accordée que lorsque **D** était provoqué par un contact physique. On voit donc que le concept était trop étroit (peu étendu) et qu'il ne comprenait que quelques cas.

Le schéma suivant peut sans doute rendre cette explication plus claire :



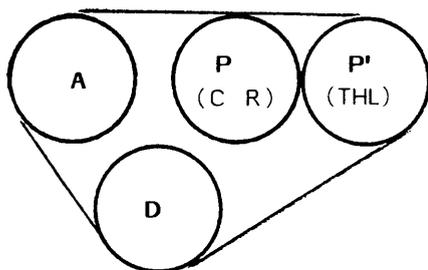
PHASE I

Domage susceptible d'être  
indemnisé = **A + P + D**

Plus tard le préteur trouva plus équitatif d'accorder l'action à **tout** homme libre et non seulement aux citoyens romains, et il accorda par conséquent une action utile.

Répetons que le sujet passif du dommage n'est plus seulement le citoyen romain, mais tout homme libre. Le concept passe alors de la phase I à la phase II et devient, selon l'interprétation du préteur admettant l'action utile, nettement **plus étendu**, car il comprend (embrasse) tous les hommes libres, en ce qui concerne le sujet passif.

Nous pouvons voir cela dans le schéma suivant :



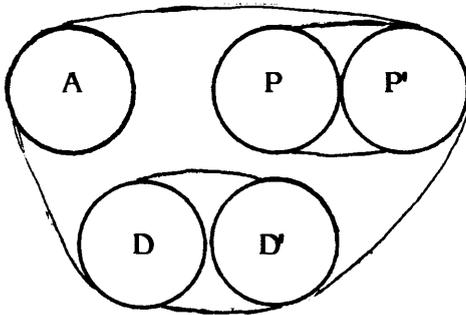
PHASE II

$$DR = A + (P+P') + D$$

L'extension du concept s'opère, comme nous l'avons dit, par rapport au sujet passif. Dans le cercle **P** il n'y a que les C R (citoyens romains), alors que dans le cercle **P'** (introduit par suite de l'action utile accordée par le préteur) il y a THL (c'est-à-dire tout homme libre).

De leur côté, les jurisconsultes accordèrent une action **in factum** lorsque le dommage était produit sans contact physique. L'exemple typique en est le dommage que provoquait le sujet actif quand il laissait la porte de l'ergastule ouverte pour que l'esclave porté aux évasions s'enfuît. Un autre exemple cité en est le cas du sujet actif qui persuadait verbalement l'esclave qui était sur le pont de se jeter à l'eau et que, par la suite, celui-ci était blessé ou trouvait la mort. Dans ces cas il n'y a pas de contact physique mais l'action **in factum** permet d'inclure ces faits dans le concept de dommage susceptible d'indemnisation. Ce qui veut dire que, par suite de cette inclusion, le concept devient encore plus étendu, et cette fois-ci l'élargissement s'opère par rapport au fait nuisible en lui-même et à la manière dont il s'est produit.

Voici la représentation graphique du problème :



PHASE III

$$DR = A + (P+P') + (D+D')$$

3. Ces trois phases de l'évolution du concept "*dommage*" dans le droit romain montrent que celui-ci acquiert de plus en plus d'extension logique. Il devient plus général et plus complexe. Le nombre de cas admis dans la première phase s'accroît nettement dans la deuxième et augmente encore davantage dans la troisième.

Une étude plus approfondie du point de vue historique dans l'évolution sémantique fournirait sans doute d'autres exemples importants. Quelques travaux dans ce sens ont été publiés dans les **Archives de Philosophie du Droit** (2) comme exemple dans le cas du concept "*chose*".

D'ailleurs, il est possible d'observer que la loi que nous venons d'énoncer s'applique dans tous les cas examinés.

Il faudrait aussi ajouter qu'une étude approfondie du droit positif historique sous cette optique montrerait peut-être, dans certaines situations, un mouvement de va-et-vient, de **corsi e ricorsi**, d'évolution et d'involution, selon le concept et le moment historique considéré. Le concept "*mariage*" ne serait pas étranger à cette forme singulière de changement.

La nature des concepts, observée strictement du point de vue logique, montre également des situations spéciales. Nous songeons, par exemple, aux concepts juridico-pratiques, comme celui de "*contrat*". Il s'agit là d'un concept typique de classes, le concept "*contrat*" étant le genre et ceux de "*vente*", "*louage des choses*", "*louage d'ouvrage*", "*adhésion*", etc. ses espèces. L'apparition historique

des concepts spécifiques a été extrêmement simple. Il a suffi de changer tout simplement un élément ou un trait caractéristique d'une espèce par un autre, et l'on a ainsi obtenu une nouvelle espèce du genre contrat. Une sorte de mutation juridique, un saut, en a permis l'évolution.

Nous affirmons donc, très synthétiquement, que si le concept générique "*accord*" est un "*accord de volontés*", il est possible de le représenter de la façon suivante :

$$C = V + V'$$

Dans le cas du concept spécifique "*vente*", il pourrait être ainsi présenté :

$$CV = V (D Q P) + V' (PP)$$

**CV** signifie ici contrat de vente ; **V (D Q P)**, volonté de donner quelque chose, et **V' (PP)**, volonté de payer un prix.

Dans le cas du contrat de "*louage*", ce serait :

$$CLC = V (D Q U) + V' (PP)$$

**CLC** signifie ici contrat de louage de choses ; **V (D Q U)**, volonté de donner quelque chose en usage, et **V' (PP)**, volonté de payer un prix.

Enfin, dans le cas du contrat de *louage d'ouvrage* :

$$CLO = V (F Q) + V' (PP)$$

**CLO** signifie contrat de louage d'ouvrage ; **V (FQ)**, volonté de faire quelque chose ; et **V' (PP)**, volonté de payer un prix.

Comme on peut voir, le simple changement d'un élément (trait caractéristique de l'espèce) permet de passer d'une espèce à une autre.

Le concept "*contrat*" (genre) s'enrichit à chaque changement, en embrassant de nouveaux cas (espèces) et en devenant de plus en plus étendu, général et complexe.

L'apparition du contrat d'"*adhésion*" et de celui de "*concession*" fournissent des exemples modernes de la richesse d'extension du concept "*contrat*".

Dans toutes ces circonstances, l'évolution du droit positif s'est opérée selon une loi logique d'une généralité croissante ou d'une plus grande extension. Chaque fois qu'une nouvelle espèce de contrat a été créée, ce concept est devenu plus étendu et il a pu ainsi embrasser d'autres cas.

## NOTES

(1) Mazeaud, H. y L. y A. Tunc, **Tratado teorico y practico de la responsabilidad civil delictual y contractual**, Buenos Aires, Ejea, t. 1, Vol. I, p. 39.

(2) Cf. l'article de J.-L. Vuillerme, "La chose (le bien) et la Métaphysique", Paris, Sirey, T. 24, 1979, p 31-53.

# PERSISTANCES ET INVARIANCES : STRUCTURE, HISTOIRE, DROIT

Par Norbert ROULAND  
*Université d'Aix-Marseille III*

*"L'objet propre de l'histoire est premièrement de connaître les discours véritables, dans leur teneur réelle, secondement de se demander pour quelle cause a échoué ou réussi ce qui a été dit ou ce qui a été fait, puisque la narration brute des événements est quelque chose de séduisant, mais d'inutile, et que le commerce de l'histoire ne devient fructueux que si l'on y joint l'étude des causes. Car les cas analogues transposés dans le temps présent procurent des données et des anticipations qui permettent de prévoir l'avenir et, tantôt de prendre des précautions, tantôt, en se réglant sur le passé, de faire face aux suites avec plus d'assurance ; mais si l'on néglige les discours véritables et leurs causes et qu'on y substitue des argumentations mensongères et des amplifications oratoires, on supprime l'objet de l'histoire."*

POLYBE, **Histoires**, XII, 25b, 1-4.

-----

En 1959, l'historien du droit Jean Gaudemet concluait en ces termes un article sur les similitudes entre le droit romain et les coutumes malgaches :

*"Il est sans doute toujours possible et souvent facile de relever des analogies de détail entre sociétés profondément différentes et séparées par les siècles et les océans. Un tel catalogue n'est qu'un jeu brillant, et sans conséquences. Mais lorsque les analogies touchent à des données fondamentales de l'organisation sociale... elles sont plus qu'une convergence due au hasard." (1).*

Quelques mois auparavant, C. Lévi-Strauss s'interrogeait sur les similitudes des mythes, et fournissait le principe de la réponse dont toute son oeuvre allait s'attacher à fournir les preuves :

*"... si le contenu du mythe est entièrement contingent, comment comprendre que, d'un bout à l'autre de la terre, les mythes se ressemblent tellement ? (2) [...]. Si, comme nous le croyons, l'activité inconsciente de l'esprit consiste à imposer des formes à un contenu, et si ces formes sont fondamentalement les mêmes pour tous les esprits, anciens et modernes, primitifs et civilisés - comme l'étude de la fonction symbolique, telle qu'elle s'exprime dans le langage, le montre de façon si éclatante - il faut et il suffit d'atteindre la structure inconsciente, sous-jacente à chaque institution et à chaque coutume, pour obtenir un principe explication valide pour d'autres institutions et d'autres coutumes, à condition, naturellement, de pousser assez loin l'analyse." (3).*

Un quart de siècle s'est écoulé. Pour beaucoup, le débat n'est pas clos. Structures, invariances, disent les anthropologues. Persistances, longue durée, leur font écho les "nouveaux historiens". Mais pour d'autres, ces mots ne forment que vains discours. Certains anthropologues insistent sur l'irréductible diversité des cultures (4) et voient se creuser l'abîme entre les sociétés traditionnelles et les nôtres. On entend dire que le structuralisme est mort (5), on lit que *"... l'ethnologie des marxistes est [...] d'une nullité absolue, ou plutôt radicale : elle est nulle à la racine "* (6) ; on apprend que la Crise prolifère en métastases jusque dans les sciences humaines (7). Alarmés par ces glas, des historiens sonnent à leur tour le tocsin et prônent le retour à la bonne vieille chronologie. Il y a heureusement un oeil de cyclone chez

les juristes, hormis quelques Cassandre (8) quasi-ignorés de leurs confrères, le calme règne. De ci, de là, quelques inquiétudes méthodologiques, mais point de crise ontologique. Solidement calés dans le fauteuil positiviste, le code dans les mains, un sourire dédaigneux envers les sciences humaines flottant sur leurs lèvres, ceux-ci continuent à naviguer au plus près dans l'archipel de la législation balisé par la jurisprudence, sans s'apercevoir qu'il est plus tard qu'ils ne le croient (9).

Si les juristes semblent trop quietes, l'inquiétude manifestée par leurs confrères spécialistes d'autres sciences humaines ne risque-t-elle pas d'engendrer un identique assèchement ? Il serait dramatique de revenir sur les conquêtes de la Nouvelle Histoire sur la base d'un malentendu qui trouve sa source dans des errements pédagogiques (enseigner l'histoire thématique aux enfants sans qu'ils disposent du fil chronologique conducteur est une erreur ; revenir à l'histoire des batailles et des dynastes en serait une autre) et dans une formation des maîtres trop souvent insuffisante. D'autre part, comme j'ai tenté de le montrer ailleurs (10) les sciences humaines se portent sans doute mieux qu'on nous le dit. Enfin, chacun peut avoir de bonnes raisons de se déclarer pour ou contre le structuralisme ou le marxisme, mais ce serait faire preuve de beaucoup de légèreté que de décréter caduques des approches qui ont au moins le mérite de tenter de rendre compte globalement du phénomène humain saisi dans la diversité des cultures (11).

Disons-le franchement : à quoi nous sert d'étudier les Romains, les Chevaliers féodaux, les Dogons ou les Inuit si c'est pour conclure à leur irréductible altérité ? La recherche de "*racines*" ou l'expiation du colonialisme ne sont pas des justifications suffisantes. D'autre part, mis en présence des similitudes que rencontre inévitablement tout chercheur quelque peu inter-disciplinaire, devons-nous nous contenter de réponses paresseuses mettant en cause le hasard ou l'insignifiance des approches comparatistes ? Il me semble au contraire qu'historiens et anthropologues doivent considérer ces similitudes, à supposer qu'elles soient avérées comme les pointes émergées d'ensembles plus vastes que leur rôle est d'éclairer (12).

Bien avant le structuralisme, les mythologues avaient constaté - et tenté d'expliquer d'étranges res-

semblances entre les récits que se transmettaient des sociétés séparées par le temps et l'espace. Romaniste de formation, anthropologue par goût du voyage (13), je confesse ici que goûtées les primes saveurs de l'exotisme, je m'attardais moins sur les dissonances que je n'appréciais les harmonies qu'il me semblait par moments entendre se former entre les échos du passé, les voix du présent, et les murmures des lointains. La famille étendue, l'abandon noxal, la propriété collective, la vengeance privée : autant de noyaux durs enrobés par Romains et Inuit de leurs propres formes d'organisation socio-juridiques. Je m'avisai également d'insolites ressemblances entre l'organisation de la propriété chez les Inuit et celle du droit soviétique (14). L'étude de l'acculturation me mit bientôt en face de phénomènes de persistance.

Mes premières missions dans l'Arctique québécois m'amènèrent à m'intéresser aux traités qu'étaient en train de passer les Inuit avec la province et le gouvernement fédéral. Je constatai que les opposants à ces conventions, les droits aborigènes sur les territoires n'étaient pas éteints, et qu'ils demandaient au législateur comme au juge de définir les droits sur la terre selon les concepts autochtones, et non ceux du Code Napoléon ou de la **Common law** (15). Je m'aperçus également que si les motoneiges et la télévision étaient déjà au nord de la Baie d'Hudson, les adoptions et mariages traditionnels persistaient (16), et avaient été reconnus par la jurisprudence des tribunaux québécois. Séjournant aux Seychelles, je m'étonnai de l'indépendance de la femme en ces îles océaniques : j'appris qu'elle manifestait peut-être la permanence des coutumes de l'Afrique (17), dont sont issus une grande partie des Seychellois.

L'histoire de nos propres sociétés me mettait en présence de phénomènes du même ordre. Au cours de mes travaux sur l'Antiquité romaine, je notai fréquemment des similitudes entre la société romaine de la fin de la République et la société française contemporaine (chômage, violence politique, hyper-urbanisation, clientélisme, etc.) (18). Avançant dans le temps, en lisant G. Duby (19), je pris connaissance d'autres persistances, telles que le mariage féodal ou le tri-fonctionnalité.

Cet ensemble d'observations formait un bric-à-brac assez hétéroclite, auquel il fallait trouver une cohérence : constater des similitudes est une chose, vérifier leur pertinence en est une autre.

Le terme de similitude lui-même posait problème. A supposer que le contenu d'une norme juridique ou d'une pratique sociale paraisse le même dans deux sociétés différentes, ou à deux époques différentes de la vie d'une même société, le constat d'identité qu'on est tenté d'en tirer peut être trompeur : le Pr. Alliot a ainsi montré qu'en période d'acculturation, les coutumes sont soumises à un processus de réinterprétation (20) : la coutume demeure, mais son sens est changé, elle n'est donc plus identique. Prenons pour exemple les fêtes de Noël dans nos sociétés. Celles-ci ont perdu en grande partie leur signification religieuse, mais subsistent fort bien, d'une part pour des raisons d'ordre économique (il y a stimulation de la demande de certains biens à ces occasions), d'autre part en raison du mode de raisonnement coutumier : on fête Noël parce qu'on l'a toujours fait (en ce sens le français de 1984 pense "*sauvage*") et qu'il est donc nécessaire de se trouver de bonnes raisons de continuer (la joie des enfants, la ferveur festive du potlatch, la clôture d'un temps, etc.). D'autre part, l'identité élémentaire peut être contredite par la configuration structurelle : même si l'on arrive à prouver l'origine africaine de l'indépendance de la femme seychelloise, ou la source romaine de la théorie des obligations dans le Code Civil, on n'aura pas dit pour autant comment et dans quel but fonctionnent la société seychelloise et le Code Civil. Le même mot, suivant la phrase dans laquelle il est placé, peut servir à dire des choses bien différentes.

Les concepts de persistance, de longue durée, chers aux nouveaux historiens, suscitent le même type de réflexions : en grattant un peu ladite persistance, on découvre souvent assez vite le changement (G. Duby montre ainsi que le schéma tri-fonctionnel a du une partie de sa longévité au fait qu'il a été manipulé par des mains différentes : celles de l'Eglise, puis du monarque).

Quelle théorie pouvait à la fois rendre compte des vraies et fausses identités, des ressemblances et de la diversité, de l'invariant et du contingent ? On peut évidemment penser au marxisme. Sans en nier la force explicative, et d'accord sur ce point avec P. Clastres, il me semble difficile de l'appliquer aux sociétés où le développement des forces productives est faible (à la différence des sociétés développées contemporaines,

marquées par la surdétermination de l'économique). Par ailleurs, le marxisme échoue à expliquer certaines différences : E. Leach cite ainsi des sociétés identiques au niveau techno-économique qui possédaient des organisations parentales exactement opposées (21). Enfin, le marxisme paraît (22) négliger le fait que si l'homme est contraint par le monde, il n'agit qu'en fonction de la représentation qu'il s'en fait. Comme l'écrit G. Lardeau : *"Les hommes doivent se nourrir, arracher à la nature les conditions de leur survie ; et ils ne peuvent le faire que compte tenu du milieu qui cerne leur habitat. Mais ce que montre l'histoire, c'est que leurs pratiques productrices ne sont pas nécessairement accordées de manière fonctionnelle à ce milieu, et qu'elles sont aussi bien commandées par des rites, des symboles, des idées, bref, une vision du monde. Il n'y a pas de pratique de production pure, toute pratique de production est immédiatement une pratique symbolique d'appropriation du monde [...] pour qu'une société humaine survive, il faut qu'elle produise, mais elle ne le fait jamais qu'à travers des procédures culturellement obligées..."* (23). En citant ces lignes, je n'entends pas pour autant affirmer que le "mental" prime le "matériel". Les facteurs mentaux eux aussi peuvent se trouver happés dans l'engrenage dialectique.

D'abord parce qu'il existe un partage des représentations symboliques entre les acteurs sociaux qui est tout aussi important que celui des biens concrets, et qui peut être l'objet de luttes politiques. Prenons un exemple. J'ai tenté de montrer que l'**ethnisme** est une des armes dont se sert la société euro-canadienne pour maîtriser les revendications des Inuit (24) : au nom du respect des "*valeurs traditionnelles*" on tente de véhiculer une image folklorisante de ces populations, figées dans un éternel passé, tout en suscitant simultanément l'ascension d'une néo-bourgeoisie inuit déculturée et au service de la bureaucratie. Les opposants à ce mouvement font appel eux aussi aux valeurs traditionnelles, desquelles ils tirent de tout autres enseignements (25). On voit par là comment des représentations du monde deviennent des enjeux de la lutte socio-politique. D'autre part, si je me refuse à accepter la détermination du mental par l'économique, je n'entends pas pour autant inverser purement et simplement le lien de détermination. Il existe un jeu de miroir entre les instances (26).

C. Lévi-Strauss lui-même reconnaît de façon fort explicite que l'esprit subit les contraintes du milieu, mais - et en cela ses positions me semblent fort proches de celles des historiens des mentalités et, en tout cas, de celles de G. Duby - il affirme simultanément que le mental reconstruit le donné :

*"Cela ne signifie pas qu'à chaque stade de ce développement complexe, le mythe ne s'infléchisse pas, en passant d'une société à l'autre, au voisinage des infra-structures techno-économiques différentes et dont il subit à chaque fois l'attraction. Il lui faut s'égrener sur leurs rouages, et nous avons montré à maintes reprises que, pour comprendre les écarts différentiels qui se manifestent dans les versions du même mythe appartenant à des sociétés voisines ou éloignées, il convenait de rendre à l'infra-structure ses droits (27). Quand il est confronté à une situation écologique et techno-économique donnée, l'esprit ne reste pas inactif. Il ne la reflète pas seulement, il y réagit et la travaille jusqu'à en faire un système. De plus l'esprit ne fait pas que réagir à l'environnement particulier qu'il perçoit par les sens, il reste également conscient des environnements qui ne sont pas directement expérimentés et des façons par lesquelles d'autres acteurs sociaux y réagissent. Tous ces environnements, à la fois présents et absents, sont intégrés en un système idéologique selon les lois du mental qui s'imposent constamment et se manifestent de manière semblable même si l'environnement géographique et les pratiques techno-économiques varient largement."*

On doit donc admettre que suivant les individus, les sociétés, ou les époques, le même donné concret peut être pensé différemment, opération susceptible d'engendrer sur une base "économique" identique des constructions idéologiques et culturelles aux profils variés.

Puisque j'ai cité C. Lévi-Strauss, je suis conduit à me demander s'il convient de préférer le structuralisme au marxisme (29). Il est tentant, pour l'anthropologue, d'appliquer certaines des propositions au problème qui nous préoccupe : les récurrences s'expliqueraient par des identités structurelles ; la localisation de l'appartenance structurelle (c'est-à-dire la situation d'un élément dans une structure) permettrait de trier vraies et fausses récurrences, puisque l'identité nominale d'un élément

doit être confirmée par la configuration de ses relations avec l'ensemble dans lequel il est inclus. L'historien, en revanche, aura tendance à considérer le structuralisme avec suspicion, tant on lui a répété que l'Histoire jouait vis-à-vis de la Structure le rôle de l'*ancilla domini*. Un historien de grande valeur comme M. Vovelle écrit ainsi dans un de ses derniers ouvrages :

*"Les mythèmes, on a bien l'impression qu'ils existent, et qu'on les a rencontrés, lorsqu'on se laisse conduire par tels de nos anthropologues historiques [...]. Ces gestes ou ces mythes en miettes [...] proposent-ils les clefs les plus secrètes des comportements ou des structures formelles vidées de sens et de contenu réel ? Laissons les modernes Panurge s'escrimer à déchiffrer ces paroles ou ces gestes figés dans les glaces antédiluviennes de l'île sonnante : faisons-en notre profit à l'occasion. Si, au bout du voyage, ils arrivent à voir, comme Panurge, 'le trou de la sybille', grand bien leur fasse ! [...]. De ces structures si bien closes et fagotées, on ne sait plus très bien sortir..." (30).*

Le procédé qui consiste à présenter une théorie de façon simpliste (qu'il s'agisse du marxisme ou du structuralisme) pour mieux pouvoir la critiquer est trop connu pour que nous nous y attardions. Mieux vaut, dans les lignes qui suivent, tenter de vérifier à partir du corpus lévi-straussien la nature et la hiérarchie des rapports entre Structure et Histoire.

La place manquant pour une analyse détaillée, je me bornerai à faire part au lecteur des conclusions auxquelles m'ont conduit mes investigations. Disons tout de suite que la lecture de Lévi-Strauss n'a suscité aucun conflit, fût-il dialectique, entre l'historien et l'anthropologue qui coexistent en moi-même. A maintes reprises (31) et encore tout récemment (32), C. Lévi-Strauss a affirmé le caractère indissociable de l'Histoire et de l'Ethnologie. Dans son dernier livre, loin de se livrer aux affirmations péremptoires que lui prêtent les contempteurs du structuralisme, il définit les contours d'un "*compromis*" entre la Structure et l'Histoire, le mental et le concret :

*"Ce que nous observons et devons essayer de décrire, ce sont plutôt des tentatives pour réaliser une sorte de compromis entre, d'une part, des exigences mentales qui, à chaque époque, prolongent celles de même nature*

qui les ont précédées dans le temps. En s'ajustant l'un à l'autre, ces deux ordres de la réalité fondent et constituent alors un ensemble signifiant [...]. Derrière chaque édifice idéologique, des édifices plus anciens se profilent. Ils continuent de répercuter des échos, dont l'origine remonte jusqu'à ce moment idéal, où, voici des centaines de milliers d'années et probablement davantage, une humanité balbutiante conçut et proféra ses premiers mythes. Et il est aussi vrai qu'à chaque stade de ce développement complexe, les conditions techniques et économiques prévalentes en un lieu et à un moment déterminés exercent sur l'idéologie un pouvoir d'attraction ; elles la gauchissent et la déforment de plusieurs façons. Même si toutes les manières dont l'esprit humain fonctionne dans des sociétés différentes - et, pour chacune, à des moments différentes de son histoire - supposent un équipement commun, cette machinerie mentale ne fonctionne pas à vide. Ses rouages s'enclenchent avec d'autres rouages ; l'observation ne révèle jamais la part qui revient à chacun, nous constatons seulement les effets de leur interaction." (33).

A lire ces lignes, on pense à d'autres, écrites par M. Godelier, qu'il vaut la peine de citer pour montrer que les pensées de ces deux auteurs, catalogués dans des écoles différentes, sont sans doute moins éloignées qu'on a coutume de le croire, l'écart consistant sans doute plus en différences de degrés que de nature :

*" Il faut donc chercher le fondement de cet usage conceptuel des rapports de parenté ailleurs que dans les formes vides et intemporelles de la pensée ou des modèles offerts par la nature, et cet ailleurs ne peut être que dans la société et dans l'histoire [...] il faut découvrir scientifiquement les raisons d'être et la nécessité du mouvement multiple de l'histoire, **qui offre à la Pensée humaine, qui, elle, reste essentiellement la même, des contenus nouveaux à penser.**"* (34).

Si la pensée de C.Lévi-Strauss n'est point ce que beaucoup voudraient qu'elle fût, il reste à expliquer pourquoi on l'a si souvent présentée de façon fallacieuse (35). La paresse de certains de ses lecteurs a sans doute une part de responsabilité . L'oeuvre de C.Lévi-Strauss est complexe, et on peut céder à la tentation de la résumer en quelques principes trop simplistes pour être vrais. S'il existe assurément un structuralisme "vulgaire", C. Lévi-Strauss n'en est pas l'auteur.

En revanche, certaines ambiguïtés dans l'emploi du terme "*histoire*" lui sont imputables. Quand C. Lévi-Strauss trace le partage des champs entre l'histoire et l'ethnologie, assignant à la première le contingent et l'événementiel, et à la seconde le structurel et l'inconscient (36), de quelle histoire parle-t-il ? Il semble que cette opinion - fort dépassée au moment où elle a été exprimée - reflète plus un moment de l'histoire qu'un clivage épistémologique. C. Lévi-Strauss n'ignorait pas la Nouvelle Histoire, puisqu'il citait certains travaux de ses pères fondateurs (37), mais la suite de ses énoncés semble l'éclipser. L'auteur n'a pas tort de faire encore récemment remarquer que l'ethnologie a aidé les historiens à renouveler leurs approches (38), mais il faut bien noter que L. Febvre et M. Bloch écrivaient longtemps avant que naquit le structuralisme anthropologique (39), si bien qu'on est conduit à se demander en quel sens ont fonctionné les mécanismes de don et contre-don entre les deux sciences ... L'Histoire qui se fait actuellement n'a pas grand chose à voir avec celle qu'incrimine C. Lévi-Strauss (40), car elle se situe bien au-delà du contingent et du seul conscient, ce qui devrait convaincre les historiens d'aujourd'hui que le structuralisme ne leur veut guère de mal. En effet, il me semble possible d'écrire que la nouvelle histoire est structurale, s'attache à l'exploration des phénomènes situés hors de la conscience claire, et possède des ambitions comparatistes : trois orientations qui sont aussi celles de l'anthropologue structuraliste.

**Histoire structurale** : Qu'entend-on par là ? Histoire des structures, certes, mais diachroniques. Ou si l'on préfère, histoire de la longue durée, des quasi-permanences. Si l'historien s'est longtemps défini comme l'analyste des mutations (ce qu'il demeure, évidemment), il s'est au cours des dernières décennies laissé séduire par la musique plus sourde des rythmes lents (41). Quelques expressions devenues classiques le prouvent bien : "*un temps plus long*" (R. Mandrou), "*les prisons de longue durée*" (F. Baudrel), "*les résistances au changement*" (E. Labrousse), et même "*l'histoire immobile*" (E. Le Roy-Ladurie). Découvrant ces lenteurs, on s'est du même coup avisé que plusieurs temps tissaient leurs fils au travers de l'humanité : tout ne change pas, tout ne change pas au même rythme, ce que dit plus élégamment la belle expression de L. Althusser, "*l'entrelacement des temps*". L'histoire structurale serait celle des niveaux diachroniques les

plus lents, résistant le mieux à la pression des phénomènes se déroulant dans des temps courts ou moyens. Il reste que ces structures diachroniques ne sont évidemment pas identiques à celles définies par Lévi-Strauss. Même si elles résistent au flux du temps de façon séculaire, elles finissent par lui céder ; et il ne s'agit de toute façon pas, comme l'aurait dit Kant, de catégories innées de la pensée, ou encore, comme pour Lévi-Strauss, de modes de fonctionnement universels de l'esprit humain. Cependant, de nature différente, les structures de l'histoire structurale et celles du structuralisme se ressemblent étrangement au niveau de leur fonctionnement. Lisons, par exemple, ce qu'écrit G. Duby du schéma tri-fonctionnel :

*"Trente, quarante générations successives ont imaginé la perfection sociale sous la forme de la tri-fonctionnalité. Cette représentation mentale a résisté à toutes les pressions de l'histoire (42) [...] s'il est juste de contester que le schéma tri-fonctionnel ait été construit, si, structure latente, il échappe à l'histoire, les systèmes dont ce schéma forme l'une des membrures appartiennent incontestablement, eux, à l'histoire. Ils se forment et se déforment. Et c'est en observant de près leur genèse et leur dislocation que l'on a quelque chance de découvrir pourquoi et comment l'image de la tripartition fonctionnelle fut à tel moment et en un tel lieu choisie". (43).*

Je laisse au lecteur le soin d'effectuer le rapprochement entre le texte de G. Duby et ceux de C. Lévi-Strauss cités plus haut (44) : il constatera sans peine qu'il est saisissant.

Si l'histoire devient structurale, on comprend aisément qu'elle ne puisse plus faire l'économie de *l'inconscient* que plusieurs ouvrages - de recherche fondamentale ou appliquée - s'attachent à explorer (45).

Enfin, l'Histoire deviendra nécessairement de plus en plus *comparative* : la quête des structures diachroniques mène fatalement à celle des invariants, qui ne peuvent être découverts que par cette voie, qui suppose l'éclatement (mais non la disparition) de la chronologie. L'oeuvre de P. Veyne - et c'est notamment en cela qu'elle est passionnante - fourmille de rapprochements entre l'Antiquité classique et les périodes modernes et contemporaines. Il y a à cela des raisons théoriques sur lesquelles il s'exprime fort clairement :

"Tel est le second moment de la philosophie de l'histoire : il aboutit au problème central de la pratique historique : la détermination d'invariants, au-delà des modifications ; un physicien dirait : la détermination de la formule, au-delà des différents problèmes qu'elle permet de résoudre (46) [...]. Ainsi, la conceptualisation d'un invariant permet d'expliquer les événements ; en jouant sur les variables on peut recréer, à partir de l'invariant, la diversité des modifications historiques ; on explicite ainsi le non-pensé, on met de la lumière dans ce qui était seulement vaguement conçu ou à peine senti (47) [...]. Ce n'est pas encore un réflexe déontologique obligatoire de se dire, devant ce qu'on étudie [...] : 'Eh bien, maintenant, essayons de prendre un peu de recul ; essayons de faire la sociologie, la théorie de tout cela. Car tout cela doit se structurer en cinq ou six concepts, en quelques variables, en un jeu de quelques lois, de quelques tendances ou de quelques contradictions, et, tant que je n'aurai pas mis à nu ces articulations, je ne saurai pas vraiment ce qu'est mon événement'. D'autres mettront ensuite ces concepts à l'épreuve sur d'autres périodes de l'histoire, feront jouer ces variables pour essayer de réengendrer d'autres événements, éprouveront si ces lois ou ces tendances peuvent former un discours cohérent : c'est cela, une science (48) [...]. En un mot, il faut en finir avec le récit continu [...]. Le continuum spatio-temporel n'est qu'un cadre didactique qui perpétue la tradition paresseusement négative." (49).

Là encore, si on rapproche le texte de P. Veyne de ceux de C. Lévi-Strauss comme nous l'avons préconisé pour celui de G. Duby, on sera frappé par la parenté des démarches des historiens et de l'anthropologue. Signalons que G. Duby lui-même a expressément affirmé sa dette envers l'anthropologie et reconnu le caractère fructueux de l'approche comparative pour ses propres recherches :

"Dans le parcours que j'ai suivi, un moment très important est celui où le contact avec l'anthropologie est venu l'infléchir. J'ajouterai donc à ceux que vous citez un quatrième nom, celui de Lévi-Strauss [...] cette lecture [des anthropologues] fut d'une forte influence sur ma façon d'approcher les phénomènes. Je prends l'exemple de Mauss : il est évident que ce qu'il m'a appris de l'échange m'a permis de remettre en question tout ce qui avait

*été écrit jusqu'alors sur l'économie du Moyen Age central. Et par extension, sur les modalités du pouvoir - en fin de compte sur toute la structure de la société." (50).*

Ces lignes ne sont-elles pas un exemple du type de démarche que réclame P. Veyne en se prononçant pour la sortie du continuum spatio-temporel ?

On peut cependant être pris d'un certain vertige : jusqu'où sortir trop loin de ce continuum ? Autrement dit, la démarche structurale permet-elle de penser simultanément les sociétés séparées par le point de clivage de la Révolution industrielle ?

Les réponses à ces questions sont multiples. Remarquons d'abord qu'en privilégiant l'étude des mythes comme champ de vérification du structuralisme, C. Lévi-Strauss a choisi un terrain particulièrement propice à l'a-chronie, dans la mesure où ce type de récit se présente à l'observateur élagué de ses ramifications historiques (51). Il n'en irait sans doute pas de même d'autres objets, choisis dans des sociétés qui, comme les nôtres, valorisent l'histoire et le changement. Cependant, même si la Révolution industrielle fait éclater certaines structures, elle ne met pas fin pour autant, partout et toujours, à la Pensée Sauvage. Celle-ci subsiste, nichée dans des espaces que n'a pas investis la pensée civilisée. Je citerai plus loin certains exemples tirés de ma pratique personnelle, mais une récente étude d'E. Le Roy me paraît pouvoir être immédiatement invoquée à l'appui de ces propos. Etudiant la transmission contemporaine des exploitations agricoles dans le Vermandois (nord de la France), l'auteur montre de façon remarquable comment en-dessous du droit étatique, dans la pratique, ce sont bien les anciennes coutumes qui continuent à régir pour l'essentiel la transmission des patrimoines. Pousant plus loin l'analyse, E. Le Roy identifie ces techniques à un modèle de comportement déjà repérable en Afrique Noire :

*"... techniques et cultures juridiques sont assimilées en vue de ne pas être employées, ou, si leur usage est indispensable, en vue de ne pas contrecarrer les politiques d'ascension sociale ou les stratégies patrimoniales. Le droit (étatique) est un obstacle. L'idéal est de s'en passer et de régler les affaires entre soi, en vertu de la confiance mutuelle et sans procédures dirimantes. Lorsqu'on ne*

peut en éviter la mise en oeuvre, la première tendance sera d'en discuter les conditions, tel un marché [...]. Lorsque toute possibilité d'évitement, de contournement ou de marchandage sera épuisée, alors le laboureur sacrifiera, comme tout autre Français, aux rites juridiques. Mais il ne le fait pas (pas encore ?) en première analyse et comme une modalité naturelle de normalisation ou de pérennisation de ses propres choix. Il y est contraint par la société qui l'entoure et il vit son rapport au Droit et à l'Etat sur le mode de l'imposition et de la sujétion. Ces attitudes contemporaines montrent que la logique des comportements communautaires n'est pas totalement absente des conduites. [...] Pour justifier ce détour par l'Afrique Noire, je maintiens mon postulat de départ : le communautarisme que j'ai décelé dans les tactiques et les stratégies familiales du Vermandois appartient à un modèle de comportement que l'on retrouve en Afrique Noire francophone où ce modèle subit, après trois siècles de retard, les mêmes transformations qu'en France." (52).

En citant ce texte, je n'entends évidemment pas dire que dans la France de 1984, certains groupes ou individus penseraient "sauvage" et d'autres "civilisé", mais que les mêmes groupes ou individus, selon les moments et suivant les objets, peuvent simultanément raisonner de ces deux façons. Autrement dit, la **Pensée Sauvage** n'est pas seulement la pensée du Sauvage : le Civilisé peut, suivant les besoins et les contextes, y avoir recours.

Elargissons le débat. Si les sociétés traditionnelles sont sans doute plus sensibles à la diachronie que ne le révèle la seule étude des mythes, si la Révolution industrielle et l'épanouissement de l'Etat capitaliste (qu'il s'agisse d'un capitalisme privé ou étatique) fait éclater certaines structures mais en laisse d'autres perdurer comme tendrait à le prouver la persistance en leur sein de systèmes de pensée traditionnels, cela signifie que le structuralisme est susceptible d'interprétations diachroniques, de même que l'Histoire n'a rien à perdre à s'essayer au synchronisme. En ce sens, je me rallie volontiers aux positions exprimées par le Pr B.S. Jackson, définissant un structuralisme "tempéré" (53). Pour cet auteur, il peut y avoir des structures non universelles et socialement contingentes ; on peut postuler l'existence de mécanismes de transformation des structures mentales universelles en structures sociales particulières ; les structures

mentales sont capables de se développer, même au niveau le plus profond ; l'histoire est complémentaire de l'explication structurale : elle peut expliquer des choix entre des éléments qui ont la même signification structurale, éclairer les transformations à l'oeuvre dans un système culturel (54). Ceci m'amène à définir le type de comparatisme utilisé par le structuralisme.

S'il est exact que "*...le structuraliste est nécessairement et par essence un comparatiste*" (55), il faut se rappeler que celui-ci ne décèle les identités que de façon inductive et ne fait pas l'économie, dans un premier stade d'analyse, des différences : au contraire, ce sont leurs progressives réductions qui conduisent au repérage des invariants et à leur construction en modèles structurels (56). C'est ainsi que l'anthropologue du droit qui constate des similitudes entre des institutions appartenant à des sociétés différentes (abandon noxal, propriété collective, types de mariages prohibés ou préférentiels, etc.) devra, avant de conclure trop hâtivement à l'identité et à la découverte d'invariants, d'abord se demander si les interrelations existant entre ces points de similitude et les autres parties du système juridique auquel chaque institution concernée appartient ne rendent pas en définitive illusoire cette similarité (le Pr. L.R. Ménager a pu ainsi démontrer qu'un rapprochement hâtif et évolutionniste entre la *gens* latine et les familles étendues des ethnologues a pu faire croire à tort que la *gens* avait pré-existé à la naissance de la cité-état romaine (57) : il était en effet tentant de penser que si la famille étendue caractérise les sociétés a-étatiques, la *gens*, en tant que famille étendue, avait pré-existé à l'organisation étatique de la cité). Cette première vérification opérée, il établira ensuite la liste des différences existant entre les productions normatives (mises en rapport parfois dialectique avec leur pratique), étant entendu qu'elles manifestent le poids de l'Histoire et de la spécificité de chaque société : analysant les formes collectives de la propriété, il établira par exemple ce qui distingue les droits sur la terre de tel lignage africain de ceux possédés par la *gens* ou le *γενος*, ou encore le *kolkhoze* soviétique. Ces écarts différentiels délimités, il s'efforcera ensuite - sans être assuré d'y parvenir - de découvrir derrière et au terme de ces écarts un certain nombre d'invariants structurels.

Quelques exemples concrets illustreront le type de comparatisme ici préconisé (le lecteur me pardonnera, je l'espère, de les emprunter surtout à ma pratique personnelle, et gardera en mémoire le caractère *inductif* de l'effort de généralisation qui les sous-tend).

Dans le cadre de mes travaux sur la Rome antique, j'ai été amené à traiter du clientélisme (58), phénomène auquel, par chance, s'intéressaient également sociologues, politologues et anthropologues (59) : les travaux sur ce thème étaient devenus assez nombreux pour que J.F. Médard se risquât à en proposer un "*traitement d'ensemble dans une perspective comparative*" (60), affirmant même que le clientélisme possède un "*caractère universel*" (61). Il semble que ce qualificatif doive être interprété de la même façon que le concept d'universalité de la prohibition de l'inceste mis en lumière par C. Lévi-Strauss : s'il y a partout du clientélisme, le montage de ses éléments, leur importance respective, la place et l'efficacité des relations clientélares dans les systèmes socio-politiques peuvent varier suivant les époques et les sociétés (nous revenons en ce sens au nécessaire compromis entre la Structure et l'Histoire). J.F. Médard dégage quatre caractères de la structure clientéliste :

*"... La relation personnelle, la relation de réciprocité (ou d'échange), et la relation de dépendance. Il faut ajouter un quatrième caractère, corollaire de la relation personnelle et de la relation de dépendance : la structure verticale."* (62).

Ces caractères fondamentaux constituent un type universel dont l'observation du fonctionnement dans les sociétés concrètes amène au repérage d'un certain nombre de variables :

*"Une première catégorie de variables est formée par celles qui sont liées à certains de ces caractères fondamentaux dont nous avons parlé : leur présence est indispensable pour qualifier le phénomène, mais ils ne se trouvent pas toujours simultanément réunis. Se pose alors un problème de seuil, qui ne peut être résolu qu'empiriquement : à partir de quel degré le phénomène empirique est-il suffisamment proche du type idéal pour qu'on puisse lui appliquer le nom de rapport de clientèle ? La deuxième catégorie de variables conduit à distinguer des formes*

de clientélisme et même des types s'ils sont élaborés de façon suffisamment systématique." (63).

Adoptant comme critère la nature des ressources échangées, l'auteur distingue ainsi (64) le clientélisme agraire (fondé sur la relation entre propriétaire foncier et paysan), religieux, militaire (de type féodal), industriel (lien unissant patron et ouvrier dans le cadre d'un capitalisme encore familial) ; enfin un clientélisme politique, "... celui où l'une des ressources échangées est de nature politique. Cela correspond soit à un rapport de clientèle global examiné sous un angle politique, soit à la traduction en terme de clientèle de rapports spécifiquement politiques par suite d'un processus de différenciation des structures. Ainsi, le rapport féodal a des aspects à la fois militaires, agraires et politiques, par contre, ce que l'on appelle le patronage politique, le **bossism** ou la machine politique, correspond à des rapports plus spécifiquement politiques..." (65).

Dans quelle mesure le clientélisme de la Rome antique correspond-il à ces définitions, et, par une approche comparatiste, peut-on déceler des parentés structurelles entre le clientélisme antique et le clientélisme moderne ? Au niveau des invariants, mis à part quelques réserves d'ordre mineur sur les notions de "*dimension personnelle*" et de "*relation de réciprocité*" des rapports clientélares, j'ai trouvé adéquate au cas romain la définition de J.F. Médard (66). L'étude des variables permet de repérer à l'oeuvre un certain nombre de types clientélistes tout au long de l'histoire romaine : je pense avoir démontré qu'à Rome, le clientélisme, contrairement à certains lieux-communs, ne fut ni agraire (67), ni militaire (68), mais plutôt politique, et patrimonial et partisan. Cependant, il faut bien préciser qu'on demeure incapable de comprendre le fonctionnement de ces types de relations si on ne les insère profondément dans la diachronie. Les rapports de clientèle à Rome ne furent juridiques que de la naissance de la cité jusqu'aux années 450 avant J.C. (69) ; n'eurent pas de fonction politique directe pendant la période royale (70) ; furent socio-politiques à partir du Ve siècle av. J.C. jusqu'au Ier siècle av. J.C., où leur fonction politique commence à décliner, après une apogée au siècle précédent (71) ; ont tendance à se dépolitiser à partir du Principat (72) pour ne conserver que leur qualification sociale (on a des clients par ostentation). De ces grandes lignes d'évolution, il résulte que

les deux types "romains" de clientélisme précisés ci-dessus ne se rencontrent pas avec la même netteté suivant les époques. La raison de ces variations tient au fait que l'histoire de Rome est fort longue (près de treize siècles s'écoulent entre la naissance de la cité et la chute de l'Empire d'Occident), et surtout qu'elle est celle d'une société qui fut tout sauf "froide" ou "immobile". L'ampleur des transformations déclenchées par le phénomène de la conquête (73) - qui se situe approximativement au milieu de l'histoire de Rome - est telle que les regroupements et scissions des élites, les mutations dans les modes d'accaparement du pouvoir et d'accumulation des richesses, entraînent nécessairement les réajustements des rapports clientélaux auxquels j'ai fait allusion. Autrement dit, Rome m'a paru être l'exemple type d'une société où l'étude du clientélisme peut être structurale, mais se doit d'intégrer la diachronie. Si celle-ci confère au clientélisme romain sa spécificité, elle n'en fait pas pour autant un phénomène a-typique. Si la définition des invariants clientélistes proposée par J.F. Médard (74) est exacte, nous devons nous attendre à retrouver dans d'autres sociétés, séparées de Rome par l'espace et le temps, des éléments que nous avons repérés dans sa propre histoire. Dans un récent ouvrage (75), je me suis efforcé d'étudier un certain nombre de similitudes entre le clientélisme politique contemporain et sa version romaine. C'est ainsi que le clientélisme des notables (jouant le rôle d'intermédiaires entre la ville et la campagne) est **structurellement** le même que le patronat sur les collectivités locales romaines (qui assurait la liaison entre la capitale et les cités conquises) ; que le clientélisme patrimonial et partisan, ainsi que le politique, sont bien vivants en Italie, aux USA et en France. L'énumération des sociétés et des pays en lesquels j'ai repéré ces similitudes me conduit à plusieurs observations d'ordre général. D'une part, il semble que si le clientélisme est un phénomène universel, il possède ses terres d'élection : les cultures méditerranéennes sont d'une grande fertilité clientélaire (76), alors que les langues scandinaves n'offriraient pas de terme équivalent à celui de patronage (77). On remarquera d'ailleurs que ces mêmes sociétés méditerranéennes ont des pratiques et des conceptions de la vie religieuse de type clientéliste (78). Des exemples grecs et espagnols montrent que le fidèle se place vis-à-vis des Saints et de la Vierge dans une position de client afin d'obtenir leur intercession auprès de Dieu ; l'institution comme parrain du patron laïc réunit les avantages

de la clientèle civile et religieuse en solennisant la première par le recours à la sacralisation. Autrement dit, il serait peut-être possible de dégager dans ces sociétés une sémiotique commune à la vie religieuse, sociale et politique.

D'autre part, l'identification des époques et des sociétés présentant ces similitudes montre que la structure clientéliste paraît avoir résisté à la Révolution industrielle, puisque nous la voyons à l'oeuvre aussi bien dans des sociétés du passé que dans des pays contemporains en voie de développement ou développés : même s'il y a diversité morphologique, les invariants définis par J.F. Médard restent opératoires. Il me semble donc pouvoir conclure ces développements sur le clientélisme en écrivant que dans ce cas, l'Histoire n'a pas fait éclater la Structure, mais qu'elle a joué un rôle déterminant dans la façon dont elle a modelé ses expressions à travers le temps et l'espace (79) ; et que ces quelques remarques confirment la proposition avancée plus haut suivant laquelle la pensée sauvage peut chronologiquement coexister avec la pensée civilisée.

Identité structurelle, diversité morphologique : la société de plantation fournit un second exemple de ce binôme conceptuel. Ici aussi, il faut opérer inductivement, remonter du particulier au général. S'appuyant à la fois sur les résultats de ses propres enquêtes aux Mascareignes et aux Caraïbes, ainsi que sur les observations des auteurs travaillant sur les sociétés des espaces américains inter-tropicaux, le Pr J.Benoist a montré (80) que la plantation apparaît non seulement *"... comme un fait économique, mais comme un fait social total, une structure globale où s'imbriquent les exigences d'un système économique qui absorbe des régions agricoles tropicales dans l'économie du monde occidental, et, dans ces régions, une organisation de la société, de sa satisfaction et de ses valeurs qui concorde avec ses exigences"* (81). L'auteur cite un certain nombre de traits invariants de cette structure (production sur des unités de grande dimension de denrées destinées à l'exportation, dominée par une classe de planteurs, minoritaires et puissants (82). Mais il y a des variables. Ici encore, nous retrouvons le compromis entre l'Histoire et la Structure : suivant l'époque et le lieu, la création de l'économie de plantation n'aura pas les mêmes conséquences ethniques (83) ; quand elle est née au XVIIIe - c'est le cas de la Martinique, la Guadeloupe,

la Barbade, la Jamaïque - cette économie s'est édiflée sur la main d'oeuvre servile d'origine africaine ; au XIXe, on a fait appel à des travailleurs immigrés venus d'Inde (Trinidad, Guyane britannique) ou à des métis descendants d'esclaves et de propriétaires blancs (Cuba, Porto-Rico) ; à l'époque contemporaine, la variation rapide d'un certain nombre de facteurs a diversifié en une série de types le modèle simple des XVIIIe et XIXe siècles : comme l'écrit le Pr J. Benoist, "... cette structure n'est ni stable, ni inamovible" (84).

Clientélisme, économie de plantation : deux exemples de structures de perméabilité croissante à l'histoire. On peut en prendre rapidement un troisième, qui montre que dans certains cas, l'histoire peut faire éclater la structure. L'étude comparée du droit traditionnel des Inuit et de leur acculturation contemporaine nous donne le triste privilège de pouvoir assister à une rupture de ce type. Mes recherches et enquêtes sur le terrain (85) m'ont amené à constater que le système traditionnel est en train de se disloquer. Nous pouvons encore saisir certaines bribes de son discours. Au niveau du droit pénal, des exemples contemporains ou récents montrent que les sanctions traditionnelles (bannissement (86), liquidation physique de l'individu dangereux (87)) sont encore appliquées, et qu'il y a peu de temps, la communauté, par l'intermédiaire des Conseils de Villages, s'impliquait dans le règlement des conflits (88), conformément au processus traditionnel (89). Cependant, il s'agit surtout là de pratiques résiduelles ou étouffées : les criminologues identifient de plus en plus les comportements délinquants des Inuit à ceux des milieux socio-économiquement défavorisés des grands centres urbains développés (90) ; les Inuit ont tendance à s'en remettre de plus en plus aux juges et à l'enfermement des coupables, et accusent les magistrats de laxisme (91), attitudes qui sont celles de nos propres sociétés. Au niveau du droit civil, beaucoup de mariages et d'adoptions se font encore suivant la forme traditionnelle (92) car, à la différence du droit pénal, le législateur et surtout le juge ont admis la validité du droit coutumier en ces matières. Cependant, là aussi on doit redouter que ces persistances soient sans lendemain : même en matière civile, le contrôle social traditionnel recule au bénéfice de l'intervention de la justice blanche ou du règlement du contentieux du droit des personnes

par un effet indirect de l'hyper-encadrement administratif (93). Si les modalités de ce démantèlement sont complexes, les raisons en sont simples : en une génération, les Inuit ont été soumis à un processus de changement culturel extrêmement accentué ; il existe - consciente ou non suivant les acteurs sociaux et agents administratifs - une volonté d'assimilation des Inuit de la part des gouvernements de tutelle. En période d'acculturation si rapide que l'on peut craindre qu'il en résulte une déculturation, l'Histoire est souveraine, et on peut repérer dans le droit acculturé tout un système de communication entre la tradition et le système hérité de la colonisation, comme tendent à le montrer les analyses d'E. Le Roy de la situation du Sénégal contemporain (94).

Il est enfin un dernier exemple que je souhaiterais citer pour illustrer ces oscillations parfois périlleuses entre la Structure et l'Histoire, tiré à la fois de mon expérience personnelle de juriste, et des analyses contenues dans un ouvrage récent (95) : je veux parler du droit, et plus précisément des rapports que celui-ci entretient avec la réalité sociale et sa dimension diachronique. Peut-on superposer au couple Structure/Histoire le binôme Système Juridique/Environnement Social, ou, si l'on préfère, soutenir que le second est une illustration du premier ? Il me paraît possible de répondre par l'affirmative. En effet, si le droit trouve sa cohérence dans le fait que les moeurs juridiques forment un *système* (96) où, conformément à la "*révolution copernicienne*" (97) opérée par le structuralisme, la singularité des normes compte moins que leur appartenance à un ensemble ; si "*... leur sens est sur-déterminé par la logique d'ensemble qui gouverne l'ordre juridique dans lequel elles se trouvent insérées*" (98) et si "*cette logique n'est ni explicite, ni d'emblée perceptible [...], existe seulement de manière latente et informelle...*" (99) (on reconnaît évidemment là les caractères de la structure lévi-straussienne) ; il n'en reste pas moins que le droit entretient des rapports étroits, dialectiques et diachroniques avec l'environnement social. Le droit agit sur la réalité par voie de prescriptions (positives ou négatives), mais également en se référant implicitement à un ensemble de croyances (100). Comme le montre la tendance positiviste, un des moyens dont use le droit pour contraindre le fait est sa référence à une "*mytho-logique*" (101) : le droit est légitime parce que conforme à une logique formelle (102) et une vérité scientifique (103). Mais de même que l'Histoire

influe sur la Structure, l'environnement social réagit à l'action du droit : c'est l'interaction droit-fait qui constitue plus que des processus purement internes à l'ordre juridique la véritable dynamique juridique (104). Comme certains des exemples précédents nous l'ont montré (on pensera naturellement surtout à l'acculturation juridique des Inuit), il peut même arriver que l'ordre juridique cède à la diachronie : *"La logique qui imprègne l'ordre juridique est [...] marquée du sceau de l'authenticité : elle correspond à un certain équilibre social, caractérisé par la prédominance de certaines forces, par la prégnance de certaines représentations [...] la persistance de la crise peut entraîner un véritable changement de structure, traduit par l'émergence d'un nouvel ordre, fondé sur une logique différente [...] l'ordre juridique ne saurait être plus stable que le groupe social dont il émane"* (105). On voit par là comment, à mon sens, les analyses du Pr Chevallier rejoignent les lignes directrices du structuralisme "tempéré" du Pr B.S. Jackson auquel j'ai fait allusion plus haut.

Devant la fertilité de ces interprétations, on est plus surpris encore du peu de réactions du milieu des juristes au structuralisme, près de trente ans après la publication de *l'Anthropologie structurale* (106). Nul n'étant prophète en son pays, C. Lévi-Strauss est beaucoup plus connu par les juristes anglo-saxons (chez lesquels, par ailleurs, l'anthropologie juridique est beaucoup plus développée qu'en France) que par leurs collègues français (107). Car la mode, ici, ne peut être incriminée : la majorité des juristes français font silence sur le structuralisme non pas parce qu'ils s'en détournent, mais plus simplement parce qu'ils ne le connaissent pas. La minorité qui a lu C. Lévi-Strauss est elle-même partagée.

Certains, aux dires du Pr Miaille préfèrent ne pas employer le structuralisme, plutôt que de risquer de découvrir "... une structure inconnue, mais surtout une structure inavouable" (108). D'autres semblent l'avoir mal compris (109). Le Pr Alliot exprime quant à lui son scepticisme. Le structuralisme ne pourrait en fait rien nous apprendre de ce qui compte vraiment dans la vie d'une société :

*"Pas plus fondé que le schéma darwinien serait celui de structures élémentaires du Droit que chaque société combinerait à sa façon et que les anthropologues du droit devraient*

dégager des innombrables expériences particulières. On peut construire des modèles de plus en plus pauvres de ces expériences jusqu'à arriver à les faire coïncider et découvrir ainsi les structures élémentaires du Droit. Mais en éliminant tout ce qui est propre à chaque société, on passera nécessairement à côté du phénomène juridique lié par nature à ce que chacune croit vital pour elle. Les structures élémentaires ne nous renseignent que sur ce qui restera à l'issue du traitement, les mécanismes de fonctionnement de l'esprit humain, alors que l'anthropologie juridique doit rendre compte, dans son domaine, des résultats de ce fonctionnement. La connaissance des structures élémentaires ne ferait pas plus entrer dans celle des différents Droits que la connaissance de l'acier ne permet de comprendre les mouvements des automobiles, des montres, ou des machines-outils". (110).

Dans son dernier ouvrage, C. Lévi-Strauss, me semble-t-il, lui répond :

"Nous nous guidons plutôt sur les linguistes : ils savent que les grammaires des langues du monde ont des propriétés communes, et ils espèrent pouvoir, à plus ou moins long terme, atteindre des universaux de langage. Mais ils ont en même temps conscience que le système logique formé par ces universaux sera plus pauvre que n'importe quelle grammaire particulière, et ne pourra jamais la remplacer [...]. A supposer que ces universaux soient un jour dégagés, ils se présenteront comme des structures ouvertes : on pourra toujours y faire place à de nouvelles définitions, compléter, développer ou rectifier celles qui y figuraient déjà". (111).

C. Lévi-Strauss se montre donc beaucoup moins intransigeant que certains ne pouvaient le croire, au point qu'on éprouve à lire la dernière phrase une vague impression d'incertitude. Il reste que dans toute science, le passage du particulier au général est réducteur, mais l'ingénieur n'a-t-il pas besoin des formules du physicien ? Ou, si l'on préfère, n'est-il pas permis de s'intéresser aux fondements de l'art gothique sans pour autant cesser d'apprécier Notre-Dame de Paris ? Outre qu'il paraît difficile à l'anthropologie - sauf à s'enfermer dans un néo-culturalisme strict et désespérant - de refuser de s'interroger sur ce qui pourrait fonder l'unité de l'homme par-delà la pluralité de ses organisations sociales (112), le passage en sens inverse (du général au particulier) conserve toute sa légitimité,

restitue tous ses droits au vivant, et permet même parfois de l'anticiper (113).

Certains juristes, enfin, sont explicitement (114) ou implicitement (115) redevables au structuralisme d'un certain nombre de leurs démarches. Faute de place, je me bornerai à citer ici les noms d'A.J. Arnaud (qui a procédé à une analyse structurale du Code Civil français et est l'auteur de nombreux travaux d'ordre épistémologique et méthodologique), et d'E. Le Roy, anthropologue du droit. Si ce dernier ne se définit pas lui-même comme un auteur structuraliste, il fait référence à cette théorie qu'il lie à son approche systémique des phénomènes juridiques (116). Son oeuvre en porte les empreintes profondes, dont je souhaiterais délimiter les contours, suivant une interprétation qui m'est strictement personnelle et, de ce fait, sujette à d'éventuelles critiques.

Les travaux d'E. Le Roy sont traversés fort synchroniquement par des récurrences de type structuraliste, même s'il y est fait clairement mention d'écart différentiels par rapport au corpus lévi-straussien. L'auteur considère plus le droit comme un système de communication qu'un mode de résolution des conflits (117), le compare à un langage dont il faut étudier non seulement le contenu discursif, mais aussi les règles d'organisation, les modes d'exposition (118), de façon à parvenir, par la méthode comparative, à la constitution d'un cadre de référence invariable, mais assez général pour pouvoir rendre compte de la spécificité de chaque institution observée (119). En ce sens sa démarche me paraît s'inscrire dans le droit fil des rapports entre Structure et Histoire, Droit et Société que nous avons vu se former plus haut dans l'oeuvre de certains anthropologues, juristes, et "*nouveaux*" historiens. (Lorsque E. Le Roy affirme que la règle de droit fonctionne comme un simple contenant, et que "*... le sens n'est pas dans le Droit, mais dans la norme sociale...*" (120), il me paraît assez proche des analyses citées plus haut du Pr Chevallier sur la tension dialectique entre le droit et le fait). D'ailleurs, lorsqu'il identifie le concept de matrice (qui lui a servi à étudier les droits fonciers négro-africains) à un "*...moule, qui, après avoir reçu une empreinte particulière, en creux ou en relief, permet de la reproduire sur un objet soumis à son action...*" (121), on constate que cette définition correspond à certaines des propriétés que C. Lévi-Strauss affirme nécessaires à un modèle de

posséder pour qu'on y voie une structure (122). Cependant - et c'est là où il y a écart - la démarche systématique d'E. Le Roy n'est pas de stricte orthodoxie lévi-straussienne. En effet, celui-ci affirme :

*"... à la différence de cet auteur [C. Lévi-Strauss], nous ne pensons pas que la structure s'exprime par un modèle. La notion de structure ne désigne dans notre pensée que le principe d'organisation ou d'inter-action des éléments appartenant à l'ensemble considéré en tant que système. Dans la mesure où nous recourons au 'modèle', il a pour fonction d'exprimer la totalité des éléments du système, et non sa seule structure."* (123).

Il reste qu'à mon avis, l'oeuvre d'E. Le Roy peut être qualifiée de "post-structuraliste" (j'entends par là un structuralisme "tempéré" au sens du Pr B.S. Jackson, et diachronique), surtout si l'on en fait maintenant une lecture diachronique.

Dans ses premiers travaux, E. Le Roy me paraît très proche de C. Lévi-Strauss dans la mesure où il affirme poursuivre la définition d'un cadre général permettant d'intégrer la diversité des systèmes de façon fort synchronique (124). Dans ses études plus récentes, il procède, parfois sous forme d'auto-critique à des remarques qui insistent sur les limites de ce type d'analyse, et sur la nécessité de prendre plus largement en compte la diachronie (125). Signe de cette évolution, l'auteur semble s'attacher de plus en plus à l'étude de l'acculturation juridique (126) où, comme je l'ai indiqué plus haut, le facteur diachronique est évidemment décisif, au point qu'il voit dans la Révolution industrielle un butoir de l'analyse structuraliste :

*"Pour moi, le vrai problème du structuralisme est le suivant : on ne peut pas encore, par un même modèle [c'est E. Le Roy qui souligne] rendre compte des logiques à l'oeuvre dans les productions sociales avant et après la révolution industrielle qui marque l'émergence d'une pensée 'rationnelle', d'un Etat capitaliste, etc. [...] nous sommes incapables de réduire les pratiques 'modernes' à un système d'oppositions et de relations binaires ou ternaires parce que nous collons trop dans le discours et dans les mythes qui lient ces pratiques."* (127).

Ces réflexions constituent-elles la preuve "en creux" de la proximité de la pensée de l'auteur par rapport à

celle de C.Lévi-Strauss dans la mesure où les structuralistes post-lévi-straussiens ont eux aussi insisté sur la nécessité de prendre en compte plus largement la diachronie ? La réponse est nuancée. Même si C.Lévi-Strauss est resté attaché à une analyse de type synchronique, il a dû reconnaître que les sociétés modernes constituaient des cas spécifiques :

*"A tort ou a raison, j'ai le sentiment qu'à l'heure actuelle nos sociétés sont devenues si complexes, le nombre de variables est devenu si énorme que la pensée, du moins avec son équipement actuel, est tout à fait incapable de maîtriser l'ensemble et ne peut agir qu'au coup par coup." (128).*

Les divers rapprochements que cette étude avait pour but de signaler, et qu'il me faut maintenant conclure, témoignent en tout cas de la fertilité épistémologique des analyses de C.Lévi-Strauss. Ne sachant trop, pour ma part, si je suis structuraliste ou non, je pense en tout cas que la confluence des concepts manipulés par les "nouveaux" historiens (persistances, longue durée) et les anthropologues structuralistes ou post-structuralistes (invariants structurels, structuralisme tempéré ou diachronique) témoigne non seulement des emprunts mutuels que se sont faits et continuent à se faire, dans leurs pratiques, histoire et anthropologie, mais peut-être plus encore d'un mouvement général des sciences humaines vers une analyse de moins en moins descriptive et de plus en plus synthétique (que ce soit dans la synchronie ou la diachronie) des comportements de l'homme en société. Il est possible - et sans doute probable - que l'analyse structurale ne soit qu'un moment de cette quête, mais un moment décisif. En l'historicisant par cette dernière remarque, j'entends faire preuve d'un sentiment mêlé de réalisme et d'humilité, puisque je reste amplement convaincu comme E.Morin qu'au stade actuel de développement des sciences humaines, *"le propre de la scientificité n'est pas de refléter le réel, mais de le traduire en des théories changeantes et réfutables..." (129).*

## NOTES

- (1) J. Gaudemet, Droit romain et coutumes malgaches, **Droits de l'Antiquité et Sociologie juridique** (Mél. H. Lévy-Bruhl, Paris, 1959), 371.
- (2) C. Lévi-Strauss, **Anthropologie structurale** (Paris, 1958), 229.
- (3) **Ibid.**, 28.
- (4) Cf l'analyse de la pensée de R. Jaulin par M. Abeles (cf. M. Abeles **Anthropologie et marxisme** (Paris, 1976), 174).
- (5) Ne serait-ce pas plutôt la mode qui en est défunte, et ne ferait-on pas mieux de dénoncer l'ignorance de ses contempteurs (on voudrait savoir combien d'entre eux ont lu un seul volume des **Mythologiques**, et s'ils sont au courant des recherches post-lévi-straussiennes) ? (En ce sens, cf. les réflexions de G. Mounin : "La mode la plus futile, après avoir pendant dix ou quinze ans mis tout à la sauce structuraliste, s'en va proclamer aujourd'hui que le structuralisme est mort ; juste au moment où, débarrassé de ses parasites, il va pouvoir démontrer sa productivité réelle, en profondeur, dans les sciences humaines" (G. Mounin, **Bouvines et le structuralisme**, dans : A.J. Arnaud, Une méthode d'analyse structurale en histoire du droit, **Ius Commune, Sonderhefte**, 6 (1977), 343.
- (6) P. Clastres, **Recherches d'anthropologie politique** (Paris, 1980), 157.
- (7) Cf. l'enquête publiée dans le **Magazine littéraire**, 200-201 (1983) 22-95.
- (8) Nous les citerons dans les lignes qui suivent.
- (9) Combien ont lu le récent rapport Godelier, et ce qui y est dit sur l'état alarmant de leur discipline ? ("On peut parler d'un sous-développement de la recherche juridique [...]. Découragement devant les difficultés accumulées d'année en année, mais aussi doute sur la validité d'une recherche juridique [...] [Le juriste est] plus souvent l'homme d'un métier qu'un chercheur préoccupé des fondements de sa discipline" (D. Colas, **La recherche en sciences juridiques et en sciences politiques**, dans : M. Godelier, **Les sciences de l'Homme et de la Société en France - Analyse et propositions pour une politique nouvelle** (Paris, 1982), 359-360). Certaines disciplines juridiques, pourtant, auraient pu (ou pourraient) exercer une fonction critique, jeter sur leurs consoeurs le "regard éloigné" de l'anthropologue. On pense au droit comparé (lequel, trop souvent, se borne à juxtaposer les systèmes juridiques sans faire la théorie de leurs inter-articulations ; en ce sens, cf. la critique de R. David formulée par A. Brimo (A. Brimo, **Structuralisme et rationalisation du droit**, **Archives de Philosophie du droit**, 23 [1978], 206-207), et à l'histoire du droit (sur la crise de cette dernière, cf. F. Poumarède, Pavane pour une histoire du droit défunte, **Procès - Cahiers d'analyse politique et juridique**, 6 [1980], 91-102 ; N. Rouland,

L'Histoire des Institutions : du hasard à la nécessité, **Revue de droit prospectif**, 1 [1983], 19-49). Souhaitons que l'anthropologie juridique - dont les équipes de recherche, en France, sont surtout animées par des historiens du droit, comme les Prs M. Alliot, E. Le Roy et R. Verdier - reçoive dans les années qui viennent les moyens dont elle a besoin pour renouveler le champ de la recherche juridique (sur cette nécessité et sa légitimité, cf. E. Le Roy, Pour une anthropologie du droit, **Revue interdisciplinaire d'études juridiques**, 1 [1978], 95-100 ; R. Verdier, Premières orientations pour une anthropologie du droit, **Droit et Culture**, 1 [1983], 5-22 ; N. Rouland, Horizons pour l'anthropologie juridique (suivi d'une bibliographie d'anthropologie juridique), **Revue de droit prospectif**, 2 (1984), 339-375 ; The major trends of the History of law, à paraître (1986) dans : **Modern Legal System Cyclopaedia** (dir. Pr. Kennet R. Redden) ; H. Lévy-Bruhl et l'avenir du droit, **Revue de droit prospectif**, 2 (1985), 510-530.

(10) Cf. N. Rouland, Réflexions optimistes sur la "crise" des sciences humaines : **Revue de droit prospectif**, 1 (1984) 223-227.

(11) Nous ne sommes pas pour autant opposé au néo-culturalisme, qui tente lui aussi de bâtir une théorie de la société traditionnelle résultant des comparaisons exercées entre les sociétés de ce type. Nous craignons simplement que le clivage sociétés **avec/sans** Etat soit trop simpliste ( un nombre important de sociétés se situent à mi-chemin sur cet axe bipolaire), et doutons de l'antériorité de la Pensée Sauvage sur la pensée civilisée (nous pensons plutôt que ces deux pensées fonctionnent simultanément - et en des proportions inégales - suivant le type de société (traditionnelle ou moderne) étudié : cf. N. Rouland, La coutume et la pensée juridique sauvage : l'apport des sociétés Inuit, **Rapport général présenté au Colloque de la Sté J. Bodin sur : La Coutume** (Bruxelles, 1984), à paraître dans : **Recueils de la Sté J. Bodin : La Coutume**.

(12) Nous n'entendons pas dire par là que toutes les sociétés se ressemblent, encore moins qu'elles sont identiques : le temps et l'espace, au contraire, les discriminent. Nous pensons seulement que les phénomènes de récurrence sont trop fréquents pour être négligés. Respect de l'altérité et recherche de la signification des homothéties ne sont que les deux bouts de la même chaîne.

(13) Cf. N. Rouland, Un itinéraire : note de marche en ethnologie des Inuit, **Inter Nord**, 17 (1984).

(14) Cf. N. Rouland, le droit de propriété des Esquimaux et son intégration aux structures juridiques occidentales : problèmes d'acculturation juridique : **Actes du XLIIe Congrès International des Américanistes**, V. (Paris, 1978), 132.

(15) Cf. N. Rouland, **Les Inuit du Nouveau Québec et la Convention de la Baie James** (Québec, 1978), 86-87, 90-96.

(16) Cf. N. Rouland, l'acculturation judiciaire chez les Inuit du Canada, **Recherches Américaines au Québec**, XIII-3 (1983), 179-191 ; **ibid**, XIII-4 (1983), 307-318. Sur les persistances et les mutations des relations familiales traditionnelles au Groënland, cf. J. Robert-Lamblin, Famille biologique et famille sociale à Ammassalik, **Etudes Inuit**, vol. 2, n° 2 (1978), 23-35 ; "Changement de sexe" de certains enfants d'Ammassalik : un rééquilibrage du **sex ratio** familial ?, **Etudes Inuit**, 5-1 (1981), 117-126 ; Interactions entre structures démographiques et structures sociales à Ammassalik, **L'Anthropologie**, 85-2 (1981-82), 299-306 ; **Ammassalik (Groënland oriental) ; fin ou persistance d'un isolat ? Etude anthropogéographique du changement** (Thèse Lettres, Paris, 1983).

(17) Cf. J.-F. Dupon, **Contraintes insulaires et fait colonial aux Mascareignes et aux Seychelles**, III, (Paris, 1977), 1311.

(18) Cf. N. Rouland, **Pouvoir politique et dépendance personnelle dans l'Antiquité romaine : genèse et rôle des rapports de clientèle** (Bruxelles, 1979) ; **Rome, démocratie impossible ?** (Actes-Sud, 1981).

(19) Cf. G. Duby, **Les trois ordres ou l'imaginaire du féodalisme** (Paris, 1978) ; **Le chevalier, la femme et le prêtre** (Paris, 1981).

(20) Cf. M. Alliot, L'acculturation juridique, dans : **Ethnologie Générale** (Paris, 1968), 1197.

(21) Les Katchin et les populations de Bornéo (cf. E. Leach, Devenir ethnologue, **Magazine Littéraire**, 167 (1980), 15). On notera également que les enquêtes menées en 1966 par Driver et Massey sur les corrélations entre économie et parenté (citées par M. Godelier, Economie, dans : **Eléments d'ethnologie**, II (Paris, 1975), 107) montrent que s'il existe bien un déterminisme économique de la descendance, les corrélations pertinentes sont faibles : autrement dit, la prise en compte des seuls facteurs économiques ne saurait être pleinement explicative.

(22) Il serait toutefois malhonnête de ne pas rappeler que les ethnologues marxistes, dans leur travail de redéfinition des principes de la doctrine à laquelle ils adhèrent, sont enclins à admettre que les facteurs idéologiques ne sont pas les purs produits des contingences économiques. Citons, à titre d'exemple, M. Abeles : "Il n'est plus question de rechercher dans l'idéologie et la politique une superstructure déconnectée de la production matérielle [...] L'action de l'idéologie et de la politique sur la production [...] et sur les rapports sociaux de production [...] est la clé d'une investigation qui tient compte de la spécificité de ces formations" (M. Abeles, **op. cit.** 80-81).

(23) G. Lardreau - G. Duby, **Dialogues**, (Paris, 1980), 27, 29.

(24) Cf. N. Rouland, **op. cit.** (L'acculturation judiciaire...), 312-313.

(25) Certains Inuit du Nord Québec s'appuient sur le fait que le droit traditionnel ne connaît pas nos notions de "droits de propriété sur la terre" pour considérer comme nulle la Convention de la Baie James qui a éteint les droits territoriaux aborigènes en échange de certaines contreparties : d'après ces Inuit, puisque la terre n'appartient à personne, on ne peut négocier le titre aborigène (cf. N. Rouland, **Les Inuit du Nouveau Québec et la Convention de la Baie James** (Québec, 1978), 93) ; à l'heure actuelle, les Inuit du Labrador s'appuient également sur le droit coutumier dans les négociations ouvertes avec les autorités de tutelle (cf. N. Elberg, *Comprehensive Claims, Culture and Customary Law : The case of the Labrador Inuit*, **Papers of the Symposia on Folk Law and Legal Pluralism, XIth International Congress of Anthropological and Ethnological Sciences** (Vancouver, Canada, August 19-23, 1983), 547-566 (Papers available near Chairman H.W. Finkler, Office of the Northern Research and Science Advisor, Indian and Northern Affairs, Les Terrasses de la Chaudière, Ottawa, Ontario, K1A0H4, Canada).

(26) Cf. G. Lardreau - G. Duby, *op. cit.* 31.

(27) C. Lévi-Strauss, **L'homme nu** (Paris, 1971), 561-562.

(28) C. Lévi-Strauss, *Structuralism and Ecology*, **Informations sur les sciences sociales**, XII-1 (1972), 15-61.

(29) Tout en sachant bien, comme le prouvent les travaux de L. Althusser, qu'ils ne sont pas forcément inconciliables.

(30) M. Vovelle, **Idéologies et Mentalités** (Paris, 1982), 224-225.

(31) Cf., par exemple, C. Lévi-Strauss, **Anthropologie Structurale** (Paris, 1958), 31-32 ; *Anthropologie*, **Diogenes**, 90 (1975), 21.

(32) "On a souvent fait de moi un ennemi de l'histoire alors que, dès 1949, dans un article intitulé "Histoire et ethnologie", je concluais : "Elles ne peuvent rien l'une sans l'autre". C'est dire que j'ai toujours vu nos rapports sous l'angle de la collaboration. Ce qui se passe actuellement, c'est que la "nouvelle histoire" [...] a probablement beaucoup emprunté à l'ethnologie et qu'il y a eu là, peut-être, une aide, inconsciente et involontaire, que nous avons apportée aux historiens en leur révélant qu'il y a dans la vie sociale toutes sortes de phénomènes obscurs, inconscients ou mal conscients, qui ont autant, sinon plus d'importance que les batailles, les règnes, les alliances, etc." (C. Lévi-Strauss, **Le Point**, 582 (1983), 178).

(33) C. Lévi-Strauss, **Le regard éloigné** (Paris, 1983), 146-147.

(34) M. Godelier, *Mythe et Histoire*, **Annales E.S.C.**, 26, 3-1 (1971) 549, 557 (c'est nous qui soulignons).

(35) "Parmi les idées reçues sur le structuralisme, il en est une qui a la vie dure : c'est le cliché selon lequel Structure s'oppose à Histoire, comme synchronie et diachronie. Or, ce que la structure exclut, c'est l'histoire

empirique, anecdotique, l'historiographie ou la biographie asservies à l'empire du sujet empirique ou transcendantal". (J.M. Benoist, **La Révolution structurale** (Paris, 1980), 36).

(36) Cf. C. Lévi-Strauss, **Anthropologie structurale** (*op. cit.*), 32, 313 ; **Du Miel aux Cendres** (Paris, 1967), 408 ; et, très récemment, dans une émission diffusée sur France-Culture (**Les Lundis de l'Histoire**, 10 octobre 1983), où l'auteur réaffirme que l'historien ne travaillerait que dans l'ordre du contingent, prisonnier de séries d'événements dont il ne pourrait extraire les lois.

(37) Cf. C. Lévi-Strauss, **Anthropologie structurale** (*op. cit.*), 31.

(38) Cf. supra n. 32.

(39) Sans même remonter jusqu'à L. Febvre et M. Bloch, remarquons que F. Braudel soutient sa thèse sur la Méditerranée à l'époque de Philippe II en 1947 et la publie en 1949, et que son célèbre article sur la "longue durée" paraît en 1958 (cf. F. Braudel, *Histoire et Sciences Sociales : la longue durée*, **Annales E.S.C.**, 4 (1958), c'est-à-dire plusieurs années avant le début de la parution des **Mythologiques** (avec **Le Cru et le Cuit**, en 1964).

(40) Il y a déjà plus de dix ans, A. Burguière dénonçait le caractère anachronique des distinctions opérées par C. Lévi-Strauss entre histoire et ethnologie : "... quel historien se résignerait aujourd'hui au partage des tâches que proposait naguère C. Lévi-Strauss, affirmant que l'histoire organise ses données 'par rapport aux expressions conscientes de la vie sociale' ?". (A. Burguière, *Histoire et Structure*, **Annales E.S.C.**, 26, 3-4 (1971), III).

(41) On pourrait citer de multiples exemples de ces phénomènes de longue durée : le mariage féodal qui a perduré jusqu'à nos jours à travers un bouleversement de l'environnement socio-économique (cf. G. Duby, **Le chevalier, la femme et le prêtre**, (Paris, 1981), la tri-fonctionnalité (cf. G. Duby, **Les trois ordres ou l'imaginaire du féodalisme** (Paris, 1978) ; la distinction entre plusieurs rythmes d'économies de nature différente dans le développement du capitalisme européen du XVe au XVIIIe siècle (cf. F. Braudel, **Civilisation matérielle, économie et capitalisme**, (Paris, 1979), et bien d'autres illustrations encore. Sur l'histoire structurale, cf. J. Poirier, **Ethnologie diachronique et histoire culturelle**, dans : **Ethnologie Générale** (*op. cit.*), 1456-1460. Ces phénomènes de résistance des agencements mentaux sont particulièrement perceptibles dans l'étude de l'acculturation et des processus de réinterprétation qui l'accompagnent. J'en cite plusieurs exemples dans une autre publication (cf. N. Rouland, **Horizons pour l'anthropologie juridique**, *op. cit.* supra n. 9. Cf. également M. Alliot, **L'acculturation juridique**, dans **Ethnologie Générale** (*op. cit.*), 1180-1246).

(42) G. Duby, **Les trois ordres** (*op. cit.*), 16.

(43) *Ibid.*, 20.

(44) Cf. *supra*, n. 27-28.

(45) Notons seulement au passage quelques grands titres (auxquels il faut ajouter toute l'oeuvre de M. Foucault) : A. Besançon, **L'Histoire psychanalytique** (Paris, 1974) ; S. Friedländer, **Histoire et Psychanalyse** (Paris, 1975) et R. Binion, **Introduction à la psycho-histoire** (Paris, 1982) (on n'est guère convaincu par ces deux derniers ouvrages) ; P. Veyne, **Le Pain et le Cirque**, (Paris, 1976) ; toute l'oeuvre de G. Duby (surtout à partir du **Dimanche de Bouvines** (Paris, 1976) ; P. Aries, **L'Homme devant la mort** (Paris, 1977) ; G. Corbin, **Le miasme et la jonquille : l'odorat et l'imaginaire social** (Paris, 1982) ; M. Vovelle, **Idéologies et Mentalités** (Paris, 1982) et **Histoire de la Mort en Occident** (Paris, 1983) ; J. Delumeau, **Le Péché et la Peur** (Paris, 1983).

(46) P. Veyne, **L'inventaire des différences** (Paris, 1976), 10-11.

(47) *Ibid.*, 18-19.

(48) *Ibid.*, 25-26. Dans le même sens : "... comme le corps, l'âme ne peut se plier qu'à un nombre limité de positions : certaines contorsions lui sont impossibles ou difficiles" (P. Veyne, *La famille et l'amour sous le Haut-Empire romain*, **Annales E.S.C.**, 1 (1978), 38).

(49) *Ibid.*, 49.

(50) G. Duby - G. Lardreau, **op. cit.**, 106-107. G. Duby ajoute en note : "... pour aider à la définition de ce que furent véritablement, dans la civilisation du premier Moyen Age, les bases et les moteurs de l'économie, les réflexions des économistes apparaissent, en fait, moins utiles que ne sont celles des ethnologues" (citation de **Guerriers et paysans** (Paris, 1973), 12).

(51) "... En choisissant d'expliquer par leurs structures les contes populaires et les mythes, Propp et Lévi-Strauss avaient la malchance d'attaquer un domaine passionnant de recherches par le côté le plus difficile : celui où les récits étaient le plus profondément coupés de toutes leurs attaches historiques. La tentation était alors forte de faire abstraction de cette histoire manquante, puis d'ériger ce manque de théorie, et donc de proposer des explications structurales a-chroniques. Au contraire, pour arriver un jour à interpréter correctement des contes et des mythes, sans doute avons-nous bien intérêt à étudier d'abord les récits profondément enracinés dans l'histoire, afin de bien analyser le jeu des relations entre les transformations des récits et les époques ou les milieux qui engendrent ces transformations. L'exemple de Bouvines suggère fortement que ces transformations (contrairement à ce qu'a pensé Lévi-Strauss et à ce qu'implicitement laissait penser Propp) sont justiciables certes de causes internes, liées au système du récit lui-même, mais aussi et surtout de causes externes : même quand un élément structural se déforme ou s'efface (le nombre des

morts, le tabou du dimanche), ce sont des causes externes qui livrent la signification dernière de la transformation." (G. Mounin, *op. cit.*, 345-346).

(52) E. Le Roy, Stratégies familiales de transmission des exploitations agricoles dans le canton de Vermand, **Communication au Colloque** "Appropriation et utilisation de l'espace rural : Loi et Coutume", (Tours, 18-19 nov. 1982, Association des Ruralistes français).

(53) Je traduis ainsi le terme anglais **weak**, utilisé par le Pr. B.S. Jackson.

(54) Cf. B.S. Jackson, Towards a structuralist theory of law, **Liverpool Law Review**, (1980), 5-30.

(55) A.J. Arnaud, Structuralisme et droit, **Archives de Philosophie du droit**, XIII (1968), 288.

(56) "... à l'encontre du comparatisme empirique qui collectionne les ressemblances pour en abstraire des propriétés générales, le structuralisme recense les différences et détermine les règles de variabilité qui permettent de rendre raison de ces différences" (M. Abeles, *op. cit.*, 170) ; dans le même sens, cf. A. Brimo, *op. cit.*, 207.

(57) Cf. L.R. Ménager, Systèmes onomastiques, structures familiales et classes sociales dans le monde gréco-romain, **Studia et Documenta Historiae et Iuris**, XLVI (1980), 187.

(58) Cf. N. Rouland, **Pouvoir politique et dépendance personnelle dans l'Antiquité romaine. Genèse et rôle des rapports de clientèle** (Bruxelles, Latomus, 1979) ; Armées "personnelles" et relations clientélares au dernier siècle de la République, **Labeo**, 25-1 (1979), 16-39 ; I rapporti clientelari, **La Rivoluzione romana** (Napoli, 1982), 150-165 ; Décentralisation citoyenneté et clientélisme : l'expérience romaine, **Cahiers Pierre-Baptiste**, 1 (1982), 156-175.

(59) Cf. J.F. Médard, Le rapport de clientèle. Du phénomène social à l'analyse politique, **Revue Française de Science politique**, 26-1 (1976), 103-131, et la bibliographie citée par l'auteur ; **Patrons and clients in Mediterranean Societies** (E. Gellner, J. Waterbury ed., London, 1977) ; N. Rouland, La clientela nell'età del Principato, **Labeo**, 29-2 (1983), 191-193 (c. r. de P. Saller, **Personal patronage under the Early Empire** (Cambridge University Press, 1982).

(60) Cf. J.F. Médard, *op. cit.*, 104.

(61) *Ibid.*

(62) *Ibid.*, 105.

(63) *Ibid.*, 115-116.

(64) *Ibid.*, 119.

(65) *Ibid.*

- (66) Cf. N. Rouland, **Pouvoir politique...** (op. cit.), 13-15.
- (67) **Ibid.**, 182-183 et n. 68.
- (68) **Ibid.**, 348-400 et **Armées "personnelles..."** (op. cit. supra, n. 56).
- (69) Cf. **Pouvoir politique...**, 15.
- (70) **Ibid.**, 85-93.
- (71) **Ibid.**, 401 sq.
- (72) **Ibid.**, 493 sq. ; et **La Clientela nell'età...** (op. cit. supra n. 59) 192-193.
- (73) Cf. N. Rouland, *The Major Trends of the History of Law* (à par. [1986] dans **Modern Legal Systems Cyclopaedia** [dir. Pr. K.R. Redden]).
- (74) Cf. J.F. Médard, **op. cit.**, 105.
- (75) Cf. N. Rouland, **Rome, démocratie impossible ?...** (op. cit.), 296-325.
- (76) **Ibid.**, 316.
- (77) Cf. R.P. Saller, **op. cit.**, 4, n. 14.
- (78) Cf. N. Rouland, **Rome, démocratie impossible ?...** (op. cit.) 304-305.
- (79) La place me manque pour traiter d'un autre thème de façon transculturelle, et peut-être structurelle : celui de la colonisation. En étudiant l'acculturation juridique et judiciaire des Inuit du Canada à l'époque actuelle (cf. N. Rouland, **L'acculturation judiciaire...** (op. cit., XIII-4 [1983], 312-313), j'ai été frappé par les similitudes existant entre les modes d'assimilation des Inuit par la société euro-canadienne, et les techniques de colonisation employées par les Romains vis-à-vis des pays conquis : urbanisation, sédentarisation, pénétration du droit de la société dominante, politique de faveurs envers une bourgeoisie autochtone désireuse de collaborer, etc. constituent autant de thèmes d'histoire qui ne furent pas connus mais demeurèrent pourtant trop voisines pour qu'on ne voie seulement là que le fruit du hasard. Cf. N. Rouland, *Les colonisations juridiques : de l'Arctique à l'Afrique Noire*, à par. [1986] dans : **Inter-Nord**. Dans une autre étude (cf. N. Rouland, *La Coutume et la Pensée juridique sauvage, Communication au Colloque "La Coutume" de la Sté J. Bodin* (Bruxelles, 1984), à par. dans "La Coutume", Recueils de la Sté J. Bodin), j'ai essayé de montrer comment la conception de la Coutume chez les Inuit rejoignait celle des sociétés africaines, et exprimait une Pensée juridique Sauvage. L'anthropo-juriste intéressé par la Coutume et le rôle qu'elle joue dans les sociétés en état d'acculturation se réfèrera **obligatoirement** à **Papers of the Symposia on Folk Law and Legal Pluralism**, XIth International Congress of anthropological and ethnological Sciences (Vancouver, Canada, August 19-23, 1983) (disponible chez Harold W. Finkler, Office of the Northern Research and Science Advisor, Indian and Northern Affairs, Les Terrasses de la Chaudière, Ottawa, Ontario, K1A0H4, Canada).

(80) Cf. J. Benoist, Les Mascareignes, *Ethnologie Régionale* II, (Paris, 1978), 1883 ; **Un développement ambigu - Structure et changement de la société réunionnaise** (Fondation pour la recherche et le développement dans l'Océan Indien, 1983), 126-144.

(81) J. Benoist, **Un développement...** (*op. cit.*), 127-128.

(82) *Ibid.*, 127.

(83) *Ibid.*, 130.

(84) *Ibid.*, 131.

(85) Cf. N. Rouland, Les modes juridiques de solution des conflits chez les Inuit, *Etudes Inuit*, 3 (1979), 1-171 ; L'acculturation judiciaire chez les Inuit du Canada, *Recherches Amérindiennes au Québec*, XIII-3 (1983), 179-191 et *ibid.* XIII-4 (1983), 307-318.

(86) **Les modes juridiques...**, 42-44 ; **L'acculturation...**, 179.

(87) **Les modes juridiques...**, 70 ; **L'acculturation...**, 182.

(88) **L'acculturation...**, 184.

(89) **Les modes juridiques...**, 21.

(90) **L'acculturation...**, 180.

(91) *Ibid.*, 187.

(92) *Ibid.*, 183-184.

(93) *Ibid.*, 189.

(94) "... on conçoit que ce nouveau Droit local est l'expression privilégiée d'une communication existant entre l'ancien système de normes ("la tradition") et le nouveau système introduit par la colonisation et transcrivant de façon mimétique les valeurs de l'Occident (singulièrement de la France et du Sénégal). Plus précisément, si on peut appréhender le droit comme le médium d'un système de communication imposé de l'extérieur par le jeu colonial mais pris en charge de l'intérieur par les nouvelles classes sociales qui bénéficient des restructurations que cette communication permet, assure ou impose, on doit considérer le droit comme un langage". (E. Le Roy, L'analogie dans le discours et dans la pratique de divers droits africains contemporains, à par. dans *l'Analogie*).

(95) **Le droit en procès** (P.U.F., 1983). Je me référerai ici aux études des Prs J. Chevallier, **L'ordre juridique** (*Ibid.*, 7-49) et D. Loschak, **Droit, normalité et normalisation** (*Ibid.*, 51-77).

(96) Le terme de système est pris ici dans son acception précise : "Par son caractère systématique, l'ordre juridique transcende la simple "norme juridique" : il met en évidence les inter-relations qui unissent les normes ju-

ridiques, considérées comme liées les unes aux autres et formant **système** ; ces normes sont analysées non plus dans leur singularité, mais en fonction de leur appartenance à un ensemble structuré cohérent, régi par une logique globale et animé par une dynamique propre d'évolution". (J. Chevallier, *op. cit.*, 8). On pourra également lire : R. Gassin, *Système et droit*, *Revue de droit prospectif*, 3 (1981).

(97) Cf. C. Lévi-Strauss, *Le regard éloigné* (*op. cit.*), 12.

(98) J. Chevallier, *op. cit.*, 14-15.

(99) *Ibid.*, 15.

(100) *Ibid.*, 28-29.

(101) *Ibid.*, 12.

(102) *Ibid.*, 13. Dans le même sens, cf. E. Le Roy, *L'Analogie dans le discours et dans la pratique de divers droits africains contemporains* (à par. dans *L'Analogie*).

(103) Cf. D. Loschak, *op. cit.*, 77.

(104) Cf. J. Chevallier, *op. cit.*, 21.

(105) *Ibid.*, 26-27.

(106) A l'heure actuelle, un étudiant en droit français peut très bien terminer ses études de maîtrise sans avoir jamais entendu prononcer des termes tels que "fonctionnalisme" ou "structuralisme"...

(107) Le fait que cette étude concerne surtout l'anthropologie juridique francophone et le manque de place me contraignent à ne signaler que de façon allusive et fort imméritée les travaux des juristes étrangers intéressés par le structuralisme. Les auteurs anglo-saxons occupent la meilleure place. Je citerai tout particulièrement l'oeuvre du Pr. S.B. Jackson, en le remerciant pour la correspondance qu'il a bien voulu échanger avec moi durant la rédaction de cet article. Cf. S.B. Jackson, *Structuralism and Legal Theory* (Liverpool Polytechnic Press, 1979) ; *Towards a structuralist theory of law*, *Liverpool Law Review*, 2 (1980), 5-30 ; *Structuralisme et "sources du droit"*, *Archives de Philosophie du droit*, 27 (1982), 147-160 ; *Semiotics and Legal Theory*, à par. (1984) chez Routledge and Kegan Paul. Cf. également les théories de J. Harris (Podgorecki-Whelan ed., *Sociological Approaches to Law* (Croom Helm, 1981), qui a tenté de construire une histoire structuraliste du développement du droit à partir d'oppositions binaires : intérieur/extérieur (qui aurait donné : légal/illégal), dessus/dessous (qui aurait donné : législateur/sujet de droit) ; C. Watkins, *Studies in indo-european language, institutions and mythology, Indo-European and Indo-Europeans*, ed. Cardona (1970), 334-345 ; D. Hermann, *A Structuralist Approach to Legal Reasoning*, *Southern California Law Review*, 48 (1975), 1131-1194 ; G. Fletcher, *The metamorphosis of Larceny*, *Harvard Law Review*, 89 (1976), 469-

530 ; P. Robertshaw, **Unreasonableness and Judicial Control of Administrative Discretion : the Geology of the Cherstey Caravans Case**, *Public Law* (1975) ; **Structuralism Public Law** (1975), 113-136 ; Structuralism and Law : some Comments, *Liverpool Law Review*, 2 (1980), 31-43. On mentionnera également des auteurs italiens et germanophones : V. Frosini, Il concetto di struttura e la cultura giuridica contemporanea, *Riv. internat. filos. del diritto* (1959), 167-176 ; G. Ghezzi, A proposito di "structuralismo" e di metodo dell'indagine politica, *Rev. trim. di dir. e proc. civ.* (1966), 1411-1427 ; A. Polacek, Entwicklung des Römischen Zivilprozesses im lichte des Strukturalistischen Forschungsmethode, *The Irish Jurist*, 6 (1971), 3726387 ; 7 (1972) 17161194 ; H. Trümpy (ed.) **Kontinuität, Diskontinuität in den Geisteswissenschaften** (Darnstadt, 1973). Cf. également la bibliographie citée par A.J. Arnaud, Structuralisme et droit, *Archives de philosophie du droit*, XIII, (1968), 283-301.

(108) M. Miaille, **Une introduction critique au droit** (Paris, 1976), 367.

(109) Cf. la critique sévère de M. Miaille (*ibid.*, 363-366) à l'encontre des propositions d'A. Hauriou (cf. A. Hauriou, Recherches sur une problématique et une méthodologie applicables à l'analyse des institutions politiques, *Revue de droit public*, 2 (1971), 305 sq.), qui pense avoir découvert dans l'histoire des institutions politiques un modèle structural initial dans l'opposition binaire autorité/contestation.

(110) M. Alliot, **L'anthropologie juridique et le droit des manuels**, Communication au Premier congrès de l'Association internationale de Philosophie (Helsinki, 1983), texte polycopié disponible au Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris I.

(111) C. Lévi-Strauss, **Le regard éloigné**, (*op. cit.*), 146-147.

(112) Dans le même sens "... les identités structurales ne contredisent pas l'infinie diversité de la morphologie ; et si celles-ci n'existaient pas sous celles-là, si l'ethnologie n'avait pas pour but de retrouver ces "régularités", son activité ne constituerait qu'un passe temps absurde et démodé". (J. Poirier, Histoire de la pensée ethnologique, dans **Ethnologie Générale** (Paris, 1968), 142.

(113) On connaît l'exemple de Radcliffe-Brown qui a élaboré de façon théorique le système parental Kariera, et l'a retrouvé ensuite sur le terrain (*ibid.*, 60).

(114) On citera, en premier lieu, A.J. Arnaud, Structuralisme et droit, **Archives de Philosophie du droit**, XIII (1968), 263-301 ; **Les origines doctrinales du Code Civil français** (Paris, 1969) ; **Le droit trahi par la Philosophie** (Bibliothèque du Centre d'Etude des systèmes politiques et juridiques de Rouen, 1977) ; Une méthode d'analyse structurale en histoire du droit, **Ius Commune, Sonderhefte**, 6 (1977), 263-346 ; à par. : le nouveau volume de la **Critique de la raison juridique**, où l'auteur traitera des données anthro-

pologiques. Cf. également : M. Solet, *Essai de sémiologie du droit*, (Université de Paris, FDSE, 1969) ; H. Page, Pour une formalisation structurale du droit positif français, *Archives de philosophie du droit* (1970), 370 sq. ; P. Legendre, *L'amour du Censeur*, (Paris, 1974). Citons enfin tout particulièrement l'étude d'A. Brimo, Structuralisme et rationalisation du droit, *Archives de philosophie du droit*, 23 (1978), 189-212 : l'auteur procède à un exposé très clair de la théorie structuraliste et affirme que les systèmes juridiques relèvent de la méthode structuraliste (*ibid.*, 211). Il note que le droit privé et le droit public s'apparentent chacun à un des deux grands types de structures sur lesquels repose toute société : le droit privé est une structure de communication (circulation des biens et des conjoints), le droit public est une structure de subordination (hiérarchisation et régulation du pouvoir entre l'Etat, les groupes sociaux et les individus (*ibid.*, 196). Cependant, A. Brimo restreint considérablement la portée de son propos en affirmant (à notre sens, sans en apporter la preuve), que : "... la méthode structuraliste devrait permettre d'élaborer à l'intérieur de chaque système **une sorte de grammaire transformationnelle du droit**, c'est-à-dire de préciser l'ensemble des solutions finies à l'intérieur du corpus. Par contre, il faut rejeter comme incompatible avec le structuralisme l'hypothèse naturaliste ou ultrarationaliste selon laquelle il existe une sorte de grammaire universelle du droit qui caractérise la classe des systèmes juridiques possibles". (*ibid.*, 207). Par ailleurs, on notera que certains auteurs structuralistes ont tenté d'appliquer au discours juridique une analyse de type structuraliste : cf., par exemple, A.J. Greimas, *Sémiotique et sciences sociales* (Paris, 1976), 82-127. On lira également avec profit les articles de P. Dauchy (*Archives de Philosophie du droit*), 26 (1981), 269-280 ; 27 (1982), 245-250.

(115) Cf. certains travaux d'E. Le Roy, *Théorie, applications et exploitations d'une analyse matricielle des systèmes fonciers négro-africains* (texte dactyl., Paris, Laboratoire d'Anthropologie juridique, 1970) ; Lecture épistémologique d'une pratique de l'anthropologie du droit, *Bulletin de liaison de l'équipe de recherche en anthropologie juridique de l'Université de Paris I*, 3 (1981), 765-94 ; L'analogie dans le discours et dans la pratique de divers droits africains contemporains (Paris, oct. 1982, à par. dans *L'Analogie ; Matrices et espaces* (Contributions à une théorie des rapports entre l'homme et la terre en Afrique noire), **Communication au séminaire : "L'organisation territoriale et la notion de territoire dans les sociétés de pasteurs nomades"**, à par. dans le *Bulletin Production pastorale et Société* (Paris, sept. 1983). Sur l'utilisation des modèles en anthropologie juridique, on se référera également à E. Le Roy, Pour une anthropologie du droit, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1 (1978), 96-100.

(116) "... j'ai été marqué par le structuralisme lévi-straussien dans sa préention à rendre compte de systèmes (de parenté et de mariage) et de logique (la Pensée Sauvage) [...] C'est sans doute là que le rapport à la démarche systémique est le plus évident". (E. Le Roy, *Lecture épistémologi-*

que... (op. cit.), 79 ; "En quoi suis-je structuraliste ? Non pas en utilisant les notions d'"élémentaire" ou de "complexe" pour les modèles, mais, je crois, par la méthode de classification des données permettant, au-delà des discours des acteurs sociaux, de découvrir un mode d'organisation sous-jacent qui est partagé par toutes les sociétés d'Afrique noire, alors que les réponses divergent non seulement dans leurs formulations, mais aussi dans leur extension. Ce qui complique les choses, c'est le souhait de "coller" le plus possible aux corpus et ainsi de trouver un langage qui ait une double vertu : restituer les spécificités et favoriser les comparaisons". (E. Le Roy, **Lettre à l'auteur**, 17.11.1983).

(117) **Pour une anthropologie du droit**..., 80.

(118) **L'Analogie**..., 3-4.

(119) **Théories, applications**..., 7, 86 ; **Pour une anthropologie**..., 91.

(120) **L'Analogie**..., 5.

(121) **Matrices et espaces**..., 10.

(122) Cf. C. Lévi-Strauss, **Anthropologie Structurale**... (op. cit.), 306 ; Cf. aussi A.J. Arnaud, **Une méthode d'analyse structurale**... (op. cit.), 270.

(123) E. Le Roy, **Pour une anthropologie**..., 95.

(124) **Théories, applications**..., 7, 86.

(125) **Pour une anthropologie**..., 96 ; **Lecture épistémologique**..., 93-94.

(126) Cf. par exemples, **L'Analogie**..., 7.

(127) E. Le Roy, **Lettre à l'auteur** (6.11.1983).

(128) C. Lévi-Strauss, Interview à **l'Humanité** (20 juin 1971). Faut-il voir dans cette déclaration récente un repli par rapport aux ambitions énoncées vingt ans auparavant, suivant lesquelles les formes modelées par l'esprit "... sont fondamentalement les mêmes pour tous les esprits, anciens et modernes, primitifs et civilisés..." (C. Lévi-Strauss, **Anthropologie Structurale**... (op. cit.), 28) ?

(129) E. Morin, **Science avec conscience**, (Paris, 1982), 35.

## POST-SCRIPTUM

La parution de l'ouvrage de R. Boudon (*La Place du désordre*, P.U.F., 1984) est postérieure à la rédaction des lignes qui précèdent. Les thèses - fort stimulantes - qu'il contient appellent quelques remarques, dans la mesure où certains passages ont directement trait à mes analyses. Je me bornerai à retenir deux points de cet ouvrage fort riche.

R. Boudon (p. 103-132) reproche au structuralisme - ou plutôt à l'acception qui en est communément admise - une ambiguïté conceptuelle. Alors que la notion de structure n'est qu'un type utilisé à des fins surtout classificatoires, elle est à tort souvent conçue comme exprimant l'essence d'une organisation sociale, et postulant une régularité rigoureuse dans les mutations de ses éléments auxquelles donne lieu le changement social. Ces critiques me semblent pertinentes tant que le structuralisme ici mis sur la sellette est de type "*rigide*", et non pas "*tempéré*", comme nous l'avons vu plus haut. Rappelons seulement (cf. supra n.111) que dans un texte que j'ai cité, C. Lévi-Strauss lui-même reconnaît que la structure est fort dépendante de l'environnement, qui peut la modifier, moyennant quoi elle perd ses caractères universalistes et hyperdéterministes pour se rapprocher des "*énoncés de possibilités*" auxquels fait référence R. Boudon (p. 203), et en lesquels il identifie la plupart des "*lois*" chères aux sciences sociales.

La conclusion générale de l'ouvrage (p. 191-238) développe et enrichit à l'échelle des grandes théories explicatives en sociologie et en anthropologie les arguments utilisés dans la critique du structuralisme. Celles-ci se donnent comme des postulats de portée universelle, alors qu'elles ne sont que des constats locaux (191) ; il y a une tendance générale en sciences sociales au surclassement des énoncés, transformant abusivement des conjectures en prétendues "*lois*" (202-203) ; les modèles n'expriment pas le réel, qui les déborde toujours, mais seulement des modes d'approche de ce réel (231-238).

Si le texte qui précède a pu donner au lecteur l'impression - exacte - d'une sympathie de ma part pour la démarche structuraliste, je n'éprouve néanmoins aucune

gêne à me rallier aux propositions développées par R. Boudon dans la conclusion de son ouvrage. En effet, l'utilisation que j'envisage de la notion de structure est, comme on l'a vu, fortement contingente : je ne pense pas, pour ma part, que les structures soient nécessairement universelles, immuables, insensibles et même indestructibles par l'environnement et par l'Histoire. Elles permettent seulement, à mon sens, dans certains cas, de rendre compte de régularités et de similitudes. Par ailleurs, s'il faut à tout prix se définir (cf. en ce sens N. Rouland, Horizons... (op. cit.), j'écrirais que ma sympathie pour le structuralisme (qui n'est peut-être pas éternelle) n'exclut nullement l'utilisation d'autres théories (comme le matérialisme historique, le fonctionnalisme, etc.) lorsque celle-ci fournissent de meilleurs outils pour l'analyse de tel ou tel problème. S'agirait-il d'empirisme ? Non, si on entend par là l'historisme allemand du XIXe siècle (cf. R. Boudon, op. cit., 235) qui se borne à décrire le changement social sans y rechercher au moins une cohérence d'un ordre qui serait autre qu'événementiel. Oui, si l'on veut bien voir dans ce terme l'expression d'un jugement selon lequel, s'il n'est pas impossible que dans l'avenir une théorie puisse être réellement et universellement explicative, nous n'en sommes pas encore là, et que dans le présent et pour le moyen terme, mieux vaut n'accorder crédit aux théories que si l'on sait, suivant les nécessités du moment de la recherche et de son objet, passer de l'une à l'autre, en cumulant leurs avantages ou en les utilisant sélectivement, en fonction des exigences du réel.

\*\*\*



R. R. J. 1985  
Pages 773 à 888

E T U D E S

-\*-\*-\*

- 1) ETUDES CONSACREES AUX SOURCES DU DROIT



## LA JURISPRUDENCE

Par Monsieur le Professeur René DAVID

La présente étude a déjà paru, en langue anglaise, dans International Encyclopedia of comparative Law, publiée sous les auspices de l'Association internationale de science juridique, par J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London.

Nous tenons à remercier l'auteur et l'éditeur pour nous avoir autorisés à publier cet article inédit en français.

## A - INTRODUCTION

Une autre source possible du droit est constituée par ce que l'on appelle en français **la jurisprudence**, c'est-à-dire par les décisions des tribunaux. En ce qui concerne cette source du droit, comme ce qui concerne la coutume, il convient avant tout d'apporter une précision et de dissiper certaines ambiguïtés.

### Fonctions administratives des juges

Un premier point à noter est que les juges peuvent, en dehors de leur activité principale qui consiste à trancher les procès, être investis de diverses fonctions administratives intéressant l'administration de la justice. En tous pays, de façon presque inévitable, un certain rôle est ainsi attribué aux juges pour régler les conditions dans lesquelles ils exerceront leur fonction proprement judiciaire : fixer le lieu, les jours et heures de leurs audiences, diriger les débats. Souvent il leur appartient de surveiller les professions judiciaires, dont le recrutement même peut être placé sous leur contrôle. Parfois on leur confie la tâche de réglementer la procédure de leur juridiction. Ces activités, même si elles sont demandées aux juges, se situent en marge de leur fonction proprement juridictionnelle. En nombre de pays elles ne sont pas confiées aux tribunaux, mais relèvent du Ministère de la justice ou d'autres organismes (1). Il nous suffit de les signaler ici ; elles n'entrent pas dans le cadre d'une étude portant sur le rôle de la jurisprudence.

La même observation vaut pour ce qui concerne ce que l'on appelle la juridiction gracieuse (**freiwillige Gerichtsbarkeit**), c'est-à-dire pour toutes les tâches que l'on

peut confier aux juges en dehors de leur tâche propre qui est de juger les procès. Un rôle leur est à ce propos attribué, fréquemment, dans le cadre de la protection des incapables ; il ne s'agit pas là, à proprement parler, d'une fonction judiciaire.

### Directives judiciaires

L'on pourrait éprouver plus de doutes en considérant un autre type d'activité qui est demandé, en certains pays, à la Cour suprême. Celle-ci est qualifiée pour donner aux tribunaux des directives, visant à combler certaines lacunes de la loi et à dire comment telle ou telle disposition législative doit être interprétée. Cette pratique s'est développée notamment dans l'U.R.S.S., après avoir existé, précédemment, en Chine. On la trouve également mentionnée, concernant les **assentos** du Tribunal suprême, au Code Civil du Portugal (art. 2). Les directives données par la Cour suprême sont souvent établies sur la base de la jurisprudence des tribunaux lorsque la Cour suprême, ayant examiné cette jurisprudence, y a relevé des hésitations ou des contradictions ; elle fait alors savoir comment le problème, qui a donné lieu à ces hésitations ou contradictions, doit être tranché. Les instructions de la Cour suprême, en pareil cas, peuvent bien être provoquées par des décisions qu'ont rendues les tribunaux ; elles en sont cependant indépendantes et s'apparentent, beaucoup plus qu'à ces décisions, aux actes de **subordinate legislation** que nous avons examinés. Comme ces actes elles ne peuvent intervenir que dans le cadre des lois en vigueur, et comme eux elles formulent des règles qui s'imposent aux tribunaux (2). L'importance de ces instructions s'est accrue, dans l'U.R.S.S., à l'époque (1963-1971) où dans ce pays il n'y a pas eu de Ministère de la justice à l'échelon fédéral ; elle semble être demeurée considérable depuis. A une certaine époque, au lieu que des instructions soient rédigées, on a précisé différentes règles légales dans l'Union soviétique en insérant par voie administrative, sous le texte de dispositions incomplètes ou imprécises, des remarques (**primečanie**) complétant ou précisant ces dispositions ; cette pratique n'a pas été reprise lorsque, à partir de 1968, les codes soviétiques ont été renouvelés.

## Arrêts de règlement

Des instructions établies par les Cours suprêmes il y a lieu de rapprocher ce que l'on appelait jadis en France **les arrêts de règlement**. Les arrêts de règlement étaient des décisions, prises par les Parlements, faisant connaître comment telle ou telle question devait être considérée et réglée. Il s'agissait là à proprement parler de règlements, qui pouvaient intervenir à l'occasion d'un litige, mais aussi en dehors de tout litige ; les Parlements cherchaient par là à affirmer leur compétence en certaines matières d'ordre administratif. Les arrêts de règlement ont été sévèrement interdits lorsque le principe de séparation des pouvoirs est devenu la pierre angulaire de la Constitution en France (3).

La question que nous allons étudier se trouve maintenant, d'une première manière, circonscrite. Ce que nous examinons est l'activité proprement judiciaire des Cours et Tribunaux ; nous nous demandons dans quelle mesure et dans quelles conditions une règle de droit peut être créée par une ou plusieurs décisions judiciaires, rendues en vue de résoudre un procès ou de trancher une contestation déferée aux tribunaux.

## Théorie et pratique

Une deuxième précision doit maintenant être apportée à notre sujet. Le rôle que jouent les décisions judiciaires en tant que source de règles juridiques est difficile à préciser parce qu'il est tout différent selon que l'on envisage la théorie ou la pratique.

En nombre de pays on voit affirmer avec force que la jurisprudence n'est pas source du droit. Il est bien certain pourtant que dans ces mêmes pays les juges tiennent un grand compte des précédents judiciaires. Ils s'aident de ces précédents pour reconnaître l'existence d'une coutume ou discerner comment une loi peut être interprétée. Faute d'arguments convaincants en sens contraire, s'en tenir aux précédents est à leurs yeux la solution la plus sage, spécialement lorsque les précédents invoqués émanent d'une juridiction dotée d'une autorité supérieure à la leur ; ce serait présomptueux de leur part de prétendre raisonner mieux qu'elle n'a fait, et ils savent aussi que cette initiative

se ferait aux dépens des plaideurs. Bien que la jurisprudence ne se voie pas reconnaître la qualité de source du droit il existe, dans les pays ici considérés, des recueils de jurisprudence, et les ouvrages de doctrine, de même que l'enseignement du droit, sont souvent centrés sur l'étude de la jurisprudence. Les précédents judiciaires n'ont qu'une valeur de persuasion. On n'est pas tenu en droit de s'y conformer, mais leur autorité peut être en fait considérable.

En d'autres pays c'est l'inverse qui se produit : la qualité de source du droit est reconnue à la jurisprudence, ou aux décisions rendues par certaines Cours. En fait cependant, l'obligation de suivre les précédents établis par ces décisions se prête à tellement de réserves, comporte tellement de nuances, que l'on se demande un peu, ce qui, dans la pratique, demeure de cette obligation. Qu'en demeure-t-il, par exemple, dans les pays où nul recueil de jurisprudence n'est régulièrement publié ? La jurisprudence peut ainsi jouer un rôle important, en fait, dans des pays qui refusent d'y voir une source du droit alors que, à l'inverse, son autorité peut être assez médiocre en d'autres pays où la théorie la présente comme étant la source fondamentale du droit.

### Modestie des juges

Une dernière considération enfin doit être signalée. Le rôle véritable que joue la jurisprudence parmi les sources du droit risque d'être difficile à percevoir en raison de l'attitude des juges. Ceux-ci, dans tous les temps et dans tous les pays, ont cherché et cherchent en effet à dissimuler leur rôle, pour se présenter comme les simples serviteurs d'un droit qui s'impose à eux et qui n'est nullement une oeuvre de leur création.

Lorsque, pour la première fois, ils ont à dégager et appliquer une règle, les juges, s'ils sont tenus de motiver leur décision, ne se borneront jamais à invoquer l'autorité qui leur appartient de trancher les litiges. Toujours ils s'efforceront de lui donner un autre fondement : une loi qu'ils interpréteront de façon plus ou moins tendancieuse, une coutume plus ou moins imaginaire, les principes généraux du droit, la raison, l'équité. Le même besoin de justification qu'éprouve le juge saisi pour la première fois d'une question est éprouvé également par ceux qui ultérieurement vont

être saisis de la même question ; mais alors, trouveront-ils un argument suffisant dans la simple circonstance qu'une Cour, ayant autorité pour statuer, a posé à cette occasion une règle ? L'autorité qu'a un juge pour statuer ne suffit pas pour justifier cette décision ; le fait qu'un autre juge, précédemment, ait statué dans tel ou tel sens y suffit-il ? On conçoit que les juges hésitent à l'admettre et que, au lieu d'invoquer simplement à l'appui de leur décision des précédents judiciaires, ils préfèrent reprendre les arguments à l'aide desquels ces précédents avaient été justifiés. Le rôle véritable que jouent les précédents risque à nouveau de ne pas apparaître de ce fait.

### La jurisprudence est-elle une source du droit ?

Le sujet que nous allons traiter, en examinant le rôle que joue la jurisprudence en tant que source du droit, est maintenant clarifié. Nous ne nous demandons pas si les Cours peuvent contribuer à la création de règles de droit en établissant des règlements ou en adressant aux tribunaux des instructions de caractère obligatoire ; nous n'envisageons ici que les arrêts rendus par les Cours à l'occasion des litiges dont elles sont saisies et nous nous demandons si, en considérant ces arrêts eux-mêmes, on peut découvrir de nouvelles règles de droit. Nous ne nous demandons pas non plus comment les tribunaux interprètent les lois ou quelle influence les arrêts déjà rendus peuvent avoir en fait sur les juges saisis d'affaires nouvelles ; ces arrêts ne sont regardés par nous comme constituant une source du droit que si d'autres juges sont légalement tenus d'en accepter la doctrine. Nous ne considérons enfin la jurisprudence comme une source du droit que dans la mesure où les juges eux-mêmes le laissent apparaître, en fondant leurs arrêts sur l'existence d'une ou plusieurs décisions judiciaires ayant d'ores et déjà statué dans un certain sens.

Ce que nous allons examiner se résume à une question simple : la manière dont une certaine juridiction a compris et interprété le droit, à l'occasion d'un procès qu'elle avait à juger, peut-elle être contraignante, à l'avenir, pour d'autres juridictions ou pour la juridiction même qui l'a adoptée ? Dans tous les systèmes juridiques où le juge

est tenu de motiver ses décisions, la même question peut être posée de façon plus concrète dans les termes suivants : le juge peut-il motiver valablement sa décision en se référant seulement à une autre décision que précédemment telle ou telle juridiction a rendue, ou considèrerait-on que, s'il agit de la sorte, sa décision n'est pas légalement motivée ?

Le problème de la place que la jurisprudence occupe parmi les sources du droit, ainsi posé, reçoit dans son principe une réponse catégoriquement différente dans les pays de common law et dans les autres pays. La jurisprudence est regardée, dans les pays de common law, comme la source fondamentale du droit ; dans les autres pays, on lui dénie la qualité de source du droit. Ces deux principes de base opposés demandent cependant à être examinés de plus près. On s'apercevra à cette occasion, d'une part que l'opposition qui existe entre les deux groupes de pays est atténuée par rapport aux formules rigides dans lesquelles on l'exprime communément, et d'autre part que, au sein même des deux groupes de pays, il peut y avoir lieu d'établir des distinctions. Indépendamment de là on notera aussi que la situation a évolué, et qu'elle évolue encore, à notre sujet ; dans les pays de common law notamment, la règle du précédent n'est pas plus en général qu'une coutume judiciaire, et rien ne s'oppose à ce que cette coutume vienne, comme toute coutume, à être modifiée.

## B. DROIT MUSULMAN ET DROIT HINDOU

### Droit musulman

La situation la plus simple est sans doute celle que l'on observe dans le système du droit musulman. Le droit, dans ce système, puise sa source dans la révélation divine, et nulle autorité humaine n'a qualité pour légiférer. Il est clair que la révélation divine, faite dans le Coran, demande à être explicitée, mais qualité ne peut être reconnue à cette fin ni aux souverains ni à ceux qui vont rendre la justice au nom de ces souverains. La tâche d'administrer la justice, sur un territoire donné et pour une population

donnée, ne confère pas à ceux qui l'assument qualité pour préciser quel est le droit, lié à la religion, qui régit une communauté de toute autre envergure, celle des croyants (*Umma*). La nature religieuse du droit musulman, le souci de son universalité conduisent à refuser à la jurisprudence des tribunaux établis dans les divers Etats la qualité de source du droit.

Le principe ainsi reconnu n'est pas un principe de théorie. On ne trouve jamais aucune référence à la jurisprudence dans les ouvrages consacrés au droit musulman, et il ne paraît pas que les qadis, qui administrent le droit musulman, aient jamais reconnu l'autorité des précédents judiciaires. Les décisions qu'ils ont rendues, au surplus, n'ont été qu'exceptionnellement rapportées. On a bien découvert, au Maroc notamment, des recueils de jurisprudence, mais plus qu'au droit musulman les décisions rapportées ont trait à des coutumes locales ; celles-ci, nous l'avons vu, ne sont pas intégrées au droit musulman.

### Droit hindou

La situation est la même si l'on considère cet autre corps de doctrine, lié à une religion, qu'est le droit hindou. Pas plus que le droit musulman le droit hindou ne reconnaît au souverain le droit de légiférer ; et pas plus que dans le droit musulman coutumes ou jurisprudence ne peuvent s'intégrer au droit hindou pour compléter ou pour modifier celui-ci. Ce n'est pas à dire qu'il ne puisse exister ni coutume ni jurisprudence ; simplement, du point de vue de la théorie, il s'agit là de simples faits, et l'on ne peut parler à ce sujet de source du droit.

## C. DROITS LAÏCS : HISTOIRE

Les choses se présentent différemment lorsque l'on envisage les droits laïcs qui se sont formés dans le cadre des différentes nations et qui s'appliquent aujourd'hui dans le cadre des différents Etats. Les juristes opposent à ce sujet les droits des pays de common law, où la jurisprudence est représentée comme étant la source principale du droit, et les autres pays où cette qualité lui est déniée. Pour comprendre cette opposition et en fixer la portée, il convient de considérer la manière dont ici et là le droit s'est développé dans l'histoire.

## Droit romain

Dans la Rome ancienne, où se trouvent les origines du système romano-germanique, il était impossible que la jurisprudence pût être une source du droit. Les juges étaient de simples citoyens, non-juristes, appelés à rendre occasionnellement seulement la justice parce qu'ils figuraient sur une liste (*album judicum*) d'où leurs noms avaient été tirés au sort. Un magistrat élu, le préteur, dressait cette liste et fixait dans chaque cas, à l'aide d'une formule, la tâche du juge ; ce magistrat n'était pas non plus un juriste. Les jugements rendus, d'autre part, n'étaient ni motivés ni conservés dans des recueils accessibles aux juristes. Il pouvait dans ces conditions exister à Rome des règles et pratiques de procédure, résultant des édits du préteur ; aucune règle de fond ne pouvait résulter de décisions judiciaires qui tombaient dans l'oubli aussitôt qu'elles avaient été exécutées. Les décisions rendues par les tribunaux ont fourni des matériaux aux jurisconsultes, les prudents, qui écrivaient des ouvrages et donnaient des consultations ; mais ceux-ci ont trouvé dans ces décisions une occasion seulement d'exposer leurs idées, non des solutions devant être suivies à l'avenir. La doctrine, non la jurisprudence, a été dans ces conditions une source du droit.

Lorsque, au Bas-Empire, le système d'administration de la justice eut été modifié et que, au sixième siècle de notre ère, le Digeste fut compilé, les opinions des jurisconsultes, déformées par des interpolations, reçurent force de loi. La jurisprudence demeure absente : elle est même formellement exclue du système du droit qui est alors admis : "*Legibus non exemplis judicandum est*" (4).

## Moyen-Age - continent européen -

Le principe ainsi posé sera repris tout naturellement par la science juridique, lorsque celle-ci aura repris naissance dans les Universités. Comment aurait-il pu en être autrement ? Les tribunaux, dans les différents pays, statuent en appliquant des coutumes qui, aux yeux des jurisconsultes, européens, comme à ceux des jurisconsultes de l'Islam, apparaissent comme de simples faits, indignes de l'appellation de droit ? L'ambition de la science juridique est

de voir abolir ces coutumes et de voir triompher le droit, fondé sur la raison, qu'elles enseignent. La jurisprudence, entraînée dans le dédain ou l'aversion que l'on a pour les coutumes, ne peut être, du point de vue des Universités, une source du droit.

A côté du droit qui est enseigné dans les Universités il y a lieu de considérer, cependant, celui qui est appliqué par les tribunaux. La situation peut à cet égard avoir été différente sur le continent européen et en Angleterre.

Dans les pays du continent européen, la base du droit qu'appliquent les tribunaux est constituée par les coutumes, régionales ou locales, qui sont pratiquées par les habitants. La jurisprudence joue un rôle très actif dans l'application de ces coutumes. Il appartient aux tribunaux de dire si l'existence de ces coutumes est établie, si cette coutume est applicable dans les circonstances, si la coutume a évolué, et il leur faut souvent régler des situations dans lesquelles nulle coutume établie n'indique la solution à adopter. Dans toutes ces hypothèses, les décisions prétendent toujours appliquer un droit préexistant, fondé sur la coutume ou sur la raison (représentée souvent par le droit enseigné dans les Universités) : on n'aperçoit pas que le juge ait un rôle créateur de droit. La coutume, réelle ou fictive, est le réservoir inépuisable qui justifie toutes les décisions judiciaires.

### Moyen-Age : Angleterre

En Angleterre au contraire, les juridictions qui appliquent les coutumes locales ont été graduellement délaissées. Les Cours royales qui vont les remplacer, et par l'oeuvre desquelles la common law sera constituée, ne prétendent pas appliquer les coutumes ; leurs décisions constituent un simple exercice de l'autorité royale. Il n'est pas besoin de leur chercher un autre fondement, même si, à l'occasion, les juges invoquent à ce sujet "*la raison*" (*resoun*).

Les décisions des Cours de common law ne procèdent pas au surplus d'un système. Les Cours royales ne sont saisies à l'origine que dans des circonstances exceptionnelles. Leurs décisions se présentent comme des décisions d'espèces, fondées sur la prérogative royale ; il suffit pour rendre compte de leur force contraignante d'invoquer l'autorité royale, déléguée par le souverain à ses juges.

Peu à peu, cependant, les Cours royales acquièrent une compétence étendue ; leurs décisions cessent d'être des décisions d'espèces, intervenant dans des circonstances spéciales. On cherchera alors à donner une certaine sécurité aux justiciables en faisant de la common law un système cohérent. Comment et sur quel fondement y parvenir ? Les Cours de common law, étant donné leur origine, ne sont pas liées par les coutumes locales ; celles-ci sont souvent, à coup sûr, à la base de leurs décisions, mais c'est en partie pour s'en dégager que l'on a élaboré la common law. La common law ne peut être fondée non plus sur la loi ; l'activité législative du souverain et celle du Parlement demeurent très restreintes et leur légitimité même est en surplus, à cette époque, contestée. Dira-t-on que les Cours royales statuent conformément à la coutume générale immémoriale du Royaume ? Cette formule, dont on attache la paternité à Coke, n'a pas d'autre objet que de faire oublier que les Cours statuent sur la base de la prérogative royale. Tout le monde s'accorde à reconnaître que la coutume générale du Royaume est une pure fiction. Dans ses cours professées entre 1828 et 1832, Austin le dit avec force, en dénonçant *"the childish fiction employed by our judges that judiciary or common law is not made by them, but it is miraculous something made by nobody, existing, I suppose, from eternity and merely declared from time to time by the judges"* (5). La *"declaratory theory"*, selon laquelle les juges ne créent pas, mais déclarent seulement le droit tel qu'ils le trouvent dans un fonds préexistant, peut avoir des avantages : elle tend à écarter le soupçon d'arbitraire des juges et aussi le reproche que l'on pourrait leur adresser de légiférer ex post-facto. Le droit que les juges vont ainsi déclarer peut avoir son fondement dans des conceptions assez vagues que l'on ramènera au droit naturel, à la raison ou à l'équité ; à bien considérer les choses, il faut reconnaître que ce sont les juges qui font le droit.

Pour donner aux arrêts rendus par les Cours de common law un fondement autre que le simple exercice de l'autorité royale, on s'est orienté peu à peu vers une autre solution, qui a été de reconnaître l'autorité, en tant que source du droit, de la jurisprudence. Lorsqu'une règle de droit a été posée par une décision judiciaire, cette règle de droit cesse de pouvoir être contestée ; on est, à l'avenir, obligé de l'appliquer. Une règle imposant de se conformer

aux précédents judiciaires est devenue ainsi le fondement même du droit en Angleterre (6). Cette règle apparaît ainsi comme la conséquence du fait que les juridictions qui appliquaient les coutumes locales ont été désertées et que de nouvelles juridictions, qui se sont établies à leur place, ont créé un droit, fondé sur l'autorité royale, valable pour tout le territoire du Royaume.

Ce qui est remarquable est le caractère tardif du développement qui consacre finalement la règle du précédent. Avant le XIXe siècle on voit bien, à l'occasion, citer des précédents, mais aucune règle n'est établie qui oblige, dans certaines circonstances, à suivre les précédents ; la common law demeure une collection d'espèces, et l'on a peine à entrevoir, au-delà de ces espèces, l'existence d'un véritable système de droit.

### Civil law et common law

Droits du continent et common law peuvent entretenir aujourd'hui des vues différentes quant au rôle dévolu à la jurisprudence en tant que source du droit. Les théories que l'on y professe ne trouvent pas appui pourtant dans la tradition. A considérer celles-ci, il est permis de dire que ni sur le continent européen, ni en Angleterre, la jurisprudence ne s'est affirmée comme source du droit avant le XIXe siècle : sur le continent les tribunaux ont toujours prétendu fonder leurs décisions sur la coutume ou la raison, en Angleterre les Cours de common law les ont fondées sur la simple autorité royale en invoquant seulement, à l'occasion, la raison. S'il a existé, en dehors de toute théorie, une pratique jurisprudentielle incitant les Cours à suivre les précédents, c'est en France plutôt qu'en Angleterre qu'on trouve une telle pratique. Il suffit pour s'en convaincre de noter que les arrêts des Parlements français, ceux notamment du Parlement de Paris, ont été rapportés en beaucoup plus grand nombre que ceux des Cours de common law. La chose n'est pas, du reste, pour surprendre. La population de la France était alors beaucoup plus nombreuse que celle de l'Angleterre, et l'activité des Parlements de France beaucoup plus grande que celle des Cours de common law. Plutôt que des recueils d'arrêts on trouve au surplus à cette époque, en Angleterre comme en France, des chroniques judiciaires. Faites à l'intention des praticiens, ces chroniques décrivent comment se sont déroulés divers procès, avec tous les incidents qu'ils ont pu comporter ;

la décision rendue en conclusion du procès ne présentait pas un intérêt majeur pour les avocats, et souvent on a omis de l'indiquer. Qu'aurait-elle appris aux juristes de la pratique, à une époque où les jugements n'étaient pas en général motivés et où ils s'appuyaient sur des coutumes, très variées, qui pouvaient toujours évoluer ? Faire connaître la substance des arrêts n'aurait eu d'intérêt que si ces arrêts avaient de façon définitive fixé les coutumes, obligeant les juges postérieurement à appliquer les mêmes règles. Ce n'était le cas ni en Angleterre ni sur le continent : la jurisprudence n'était pas alors une source du droit.

Dans le Saint-Empire seulement on peut noter quelques exceptions. En Allemagne le **Reichskammergericht**, selon une disposition prise en 1654, était tenu de se conformer à ses propres précédents ; et en Autriche la même obligation était imposée en 1763 par l'Impératrice Marie-Thérèse à sa Cour impériale, hormis le cas toutefois où un changement de circonstances rendrait nécessaire un revirement de jurisprudence. Une loi bavaroise de 1837 confère l'autorité de loi aux arrêts rendus par le plenum de la Cour suprême de Bavière ; une loi de 1838, au Hanovre, reprend cette règle en l'entourant de quelques restrictions. Une loi de 1853, au Brunswick, fait obligation aux juges de se conformer aux règles de droit qui ont été reconnues par la Cour suprême de l'Etat dans deux arrêts conformes rendus dans deux affaires différentes (7).

La divergence entre pays du continent européen et Angleterre, concernant le rôle de la jurisprudence comme source du droit, ne date que du XIXe siècle. A ce moment une série de facteurs fait que l'on souhaite donner au droit une plus grande rigueur. Dans les pays du continent européen ce souci se double du désir de réformer le droit et de l'unifier au sein de chaque Etat ; on obtient le résultat souhaité en exaltant le rôle de la loi avec la codification (8). En Angleterre les idées révolutionnaires n'ont pas la même prise et le droit est déjà unifié ; satisfaction est donnée au désir d'accroître la sécurité des relations juridiques en donnant une plus grande cohésion à la jurisprudence, qui devient alors la source première du droit.

## C. FAMILLE ROMANO-GERMANIQUE ET GROUPE SOCIALISTE

### Principe

Voyons plus en détail, à présent, où nous en sommes. Dans la famille des droits romano-germaniques et dans celle des droits socialistes la tradition s'est maintenue: la jurisprudence, au sens français du terme, ne constitue pas une source du droit. Le droit se présente, de nos jours, sous la forme d'un "**droit écrit**". Sa source fondamentale est devenue "**la loi**". Il convient, selon la doctrine moderne, qu'il en soit ainsi, pour donner effet au principe de démocratie : la loi - comme la coutume qu'elle a détrônée - exprime le sentiment de la justice du peuple, concrétisé par ceux qui le représentent. La jurisprudence, elle, risque d'être l'oeuvre d'une caste ; le souvenir des Parlements, en France, en montre le danger. Les juges ont pour tâche de juger, ils ne doivent pas créer des règles de droit. Indépendamment de son fondement théorique, cette exclusion trouve une justification sur un plan pratique. Les juges ne sont pas placés dans de bonnes conditions pour créer le droit. Ils ne disposent à cet effet ni du temps, ni des possibilités d'investigation qui sont nécessaires ; leur attention, d'autre part, est inévitablement centrée sur le litige qui leur est déféré, et l'on peut craindre qu'il leur soit difficile de s'évader de ce cadre pour discerner ce que demande l'intérêt général, dégagé des circonstances particulières de l'espèce.

Dès 1790 une loi des 16-24 août le proclame en France : il est interdit aux juges "*de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif*". Les Constitutions de 1791, de 1793, de l'an III reprennent la formule de la loi de 1790, portant sur le plan constitutionnel l'interdiction aux juges d'établir des règles de droit. Le Code civil en 1804 la confirme dans son article 5 : "*il est interdit aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*" ; ils ne peuvent se lier eux-mêmes ni lier les autres juges en établissant une règle de droit nouvelle ou en prétendant interpréter une loi ou coutume existante.

La jurisprudence ne doit pas être une source du droit. Les décisions de justice doivent se borner à appliquer

des règles de droit, qui ont leur fondement et trouvent leur justification dans d'autres sources que les "précédents" résultant de la pratique des tribunaux. Les jugements et arrêts, qui doivent de nos jours être motivés, ne le sont pas de façon valable s'ils se bornent à se référer à de tels précédents, fussent-ils multiples et émanant des juridictions le plus haut placées dans la hiérarchie judiciaire. On peut, pour motiver une décision judiciaire, invoquer une loi, une coutume, l'équité ; faire état d'une jurisprudence antérieure est, au mieux, superflu, si même ce n'est pas formellement interdit.

Ce principe est rarement formulé par la loi de façon expresse (8). La chose a été apparemment jugée inutile, tant il paraît aller de soi selon la tradition et conformément aux doctrines politiques aujourd'hui reçues. Partout il est admis sans discussion, par les théoriciens comme par les juges. Les décisions judiciaires n'ont que "*l'autorité relative de la chose jugée*" ; elles ne valent que pour l'affaire qui a été soumise aux juges et à l'égard de ceux qui ont été parties au litige. Leur autorité ne dépasse pas ces frontières ; elles ne fixent pas le droit pour l'avenir : ce ne sont pas des sources du droit.

## Japon

Ce principe est admis dans tous les pays de la famille romano-germanique, et il est reçu en particulier au Japon. Lorsque ce pays a entrepris de s'occidentaliser, on y a rejeté résolument la règle du précédent, trouvant le système anglais trop compliqué et propre à entraîner une perte de temps excessive. La Cour de cassation du Japon, dans un arrêt rendu en 1905, a déclaré avec netteté que l'article 57 de la Constitution alors en vigueur "*devait être interprété comme ordonnant aux juges de trancher les contestations selon la loi et comme interdisant de s'appuyer sur les précédents judiciaires*". On a pu se demander ultérieurement cependant si un principe opposé n'avait pas été accepté, sous une influence américaine, par l'article 4 de la loi sur l'organisation judiciaire promulguée en 1947 (9). Les juristes japonais ne l'ont pas admis ; ils ont considéré que l'article de la loi en question, s'il devait être interprété de la sorte, serait contraire à la Constitution qui, dans son article 76, déclare que tout juge remplit sa fonction indépendamment et selon sa conscience, et n'est lié que par la Constitution et par la loi (10).

## Référé législatif

La volonté de refuser à la jurisprudence la qualité de source du droit a été si grande que l'on a tenté parfois de lui enlever le pouvoir même d'interpréter la loi. "*(Le) mot de jurisprudence des tribunaux... doit être effacé de notre langue*", déclarait Robespierre dans un discours à l'Assemblée constituante le 18 novembre 1790. Le Tribunal de cassation, qui va devenir la Cour suprême en France, est rattaché au Corps législatif, et les tribunaux sont invités à en référer à celui-ci s'ils ont un doute sur la manière dont une loi doit être interprétée (11). En Allemagne de même, l'**Allgemeines Landrecht** pour les Etats prussiens, en 1794, prévoit en ce cas le référé à une commission législative.

Certains auteurs, en France, défendent aujourd'hui encore avec vigueur cette tradition (12) : la jurisprudence ne peut être dans une démocratie qu'une source abusive du droit, aussi bien du reste quand elle déforme par son interprétation la volonté du législateur que lorsque, sans se soucier de faire oeuvre d'interprétation, elle établit des règles nouvelles. A la volonté du peuple, manifestée par la voix de ses représentants élus, elle substitue celle d'une caste de technocrates, dépourvus de toute légitimité pour exprimer la volonté générale. Les auteurs, dans les pays marxistes-léninistes, ne disent pas autre chose.

## Rôle pratique de la jurisprudence

En fait, pourtant, en maints pays de la famille romano-germanique, la jurisprudence joue un grand rôle. Non seulement, sous couvert d'interprétations, elle déforme souvent les règles prises par le législateur, mais les juges reconnaissent aux décisions déjà rendues une valeur de persuasion telle qu'il faut un certain effort pour ne pas y voir la reconnaissance d'une véritable règle du précédent. L'on continue en tous pays à affirmer qu'une telle règle n'existe pas et que la jurisprudence n'est pas une source du droit. Mais la portée de cet aphorisme est limitée ; il signifie seulement que les juges ne sont jamais obligés en droit à suivre les précédents et que jamais ils ne peuvent donner une justification suffisante par leur décision en donnant

l'argument qu'il a déjà été jugé et que la loi ou coutume ont déjà été interprétées en ce sens, serait-ce par l'autorité judiciaire suprême dans le pays.

Le principe que la jurisprudence n'est pas une source du droit n'est pas contredit par le fait que les décisions rendues par les tribunaux aient l'autorité de la chose jugée : en précisant, à l'occasion d'une espèce donnée, ce que sont les droits, les obligations, le statut d'une partie, elles demeurent sur le plan du particulier et ne posent pas de règles générales ayant valeur de règles de droit. Il en est ainsi à supposer même que, dans des cas exceptionnels, la solution donnée par les juges dépasse par sa portée le litige à propos duquel elle est intervenue, comme il arrive lorsque, assumant en vérité une fonction administrative, un tribunal peut être appelé par la loi à décider quelles données peuvent, en France, autoriser l'emploi d'une certaine appellation d'origine (vin de Champagne, fromage de Roquefort).

Il n'y a pas davantage exception au principe du fait que le législateur puisse conférer aux juges un large pouvoir discrétionnaire dans l'application du droit ou l'autoriser même à statuer selon l'équité. Nous reviendrons plus loin sur ce point.

### Jurisprudence constante

Différentes exceptions sont néanmoins, de façon non douteuse, apportées ici et là à notre principe (13).

Une première hypothèse, déjà mentionnée, est celle de la jurisprudence constante. Lorsqu'il existe, émanant de juridictions haut placées, une suite de décisions qui ont fait application d'une règle de droit, on considère en certains pays qu'il s'est créé de la sorte une "**coutume**", dont l'observation s'impose désormais aux juges, de sorte que ceux-ci ne pourront plus, à l'avenir, s'écarter de l'interprétation qui a été donnée ainsi à la loi ou du principe que les juges ont ainsi trouvé dans une certaine conception de l'équité.

Une telle manière de voir prévaut en Allemagne, se rattachant à la conception de l'Ecole historique, qui a dominé la science juridique dans ce pays avec Savigny et Puchta au dix-neuvième siècle. L'Ecole historique, refusant la codification, voulait donner au droit un fondement

essentiellement coutumier, mais elle voyait en même temps dans les juristes les interprètes naturels du sens de la justice qui régnait dans la communauté (**Volksgeist**). Il était naturel, dans une telle conception, de voir une "coutume" dans la jurisprudence constante. La même analyse n'a pas été faite dans les autres pays du continent européen, où n'ont pas prévalu de même manière les thèses de l'École historique. En Allemagne même on notera que, loin de la ruiner, elle renforce l'affirmation selon laquelle la jurisprudence n'est pas une source de droit ; c'est en effet en tant que coutume, et non comme jurisprudence, que la jurisprudence constante (**ständige Rechtsprechung**) est élevée au rang de source du droit par les auteurs allemands.

C'est la jurisprudence cependant, et non la coutume, qui doit être regardée comme source de droit si la notion de jurisprudence constante est abandonnée pour dire avec plus de précision que les arrêts rendus par la Cour suprême dans des conditions données, constituent des précédents obligatoires. C'est là ce qui se passe en Espagne et en différents pays de l'Amérique Latine.

### Doctrina legal : Espagne

Un décret promulgué en 1838 a établi qu'un recours au Tribunal Supremo espagnol, créé en 1812, à l'image de la Cour de Cassation française, pouvait être fondé non seulement sur la violation de la loi, mais encore sur celle de la "**doctrina legal**". Que fallait-il entendre par cette expression ? Les auteurs du décret avaient vraisemblablement eu en vue certains principes généraux du droit, dominant la loi, mais non formulés expressément par celle-ci ; ou peut-être avaient-ils eu en vue, à cette époque, les écrits des postglossateurs, qui peu avant constituaient encore une source fondamentale du droit espagnol. Quoi qu'il en soit, le Tribunal Supremo donna aux mots **doctrina legal** un autre sens. La **doctrina legal** est à ses yeux la jurisprudence. Il convient cependant, pour que l'on puisse parler de **doctrina legal**, que deux conditions soient remplies : la jurisprudence envisagée doit être celle du Tribunal Supremo lui-même (ou celle du **Tribunal del Registro**, compétent en matière de droit hypothécaire et foncier), et il n'y a **doctrina legal** que lorsque deux arrêts au moins de cette juridiction ont consacré l'existence d'une certaine règle de droit (14).

## Doctrina legal : Mexique

L'idée de **doctrina legal** a passé d'Espagne au Mexique où la loi elle-même lui a fait place, en ce qui concerne tout d'abord la protection des droits fondamentaux de l'homme (**amparo**). Une loi relative à cette matière, promulguée en 1882, dispose à son article 47 que les tribunaux, en matière de droit public, doivent observer comme règle suprême de décision la Constitution Fédérale, les arrêts qui l'ont interprétée, les lois sur elle fondées, et les traités ; et l'article 70 de la même loi précise que si un arrêt vient à être rendu, concédant ou refusant l'**amparo** en contradiction avec un texte exprès de la Constitution ou en contradiction avec l'interprétation qui a été faite de la Constitution par la Cour suprême dans cinq arrêts concordants au moins, les juges encouront la révocation. L'article 36 de la loi disait : *"Les décisions des juges seront dans tous les cas fondées sur le texte de la Constitution qu'il y a lieu d'appliquer. Pour que ce texte soit dûment interprété on s'en tiendra au sens qui lui a été donné par les arrêts devenus exécutoires de la Cour suprême et la doctrine des auteurs"*.

Disparues dans le Code de Procédure Civile fédérale de 1897, ces dispositions ont été reprises dans le nouveau Code de Procédure Civile fédérale de 1908, puis dans les lois sur l'**amparo** de 1919 et 1935. La loi actuelle, promulguée en 1968, précise que, pour qu'une décision devienne un précédent obligatoire, il faut qu'elle ait été approuvée par 14 membres (**ministros**) au moins de la Cour suprême s'il s'agit d'un arrêt du plenum de cette Cour, par 4 membres au moins s'il s'agit d'un arrêt d'une des chambres de cette Cour (15). La Constitution fédérale mexicaine contient depuis 1968 une disposition laissant présager qu'une plus grande ampleur pourrait être donnée à l'autorité des précédents judiciaires. Son article 94, alinéa 5, dispose : *"La loi fixera les conditions dans lesquelles pourra avoir valeur normative la jurisprudence que les tribunaux fédéraux établiront relativement à l'interprétation de la Constitution ou des lois ou règlements fédéraux ou locaux et des traités internationaux conclus par l'Etat du Mexique ; et elle fixera de même comment une telle jurisprudence pourra être abandonnée ou modifiée"*.

La Constitution elle-même, d'autre part, établit dans une de ses dispositions (16) que les précédents constitués par certains arrêts doivent être suivis. Il s'agit du cas

où la jurisprudence des différentes chambres (**salas**) de la Cour suprême en matière d'**amparo** apparaît contradictoire. A la demande d'une chambre de la Cour suprême, ou du Procureur Général de la République, ou même à celle des parties à un litige, le litige où la question se pose peut être porté au plenum de la Cour suprême, qui dira comment la loi doit être interprétée. L'interprétation donnée par la Cour suprême devra obligatoirement à l'avenir être suivie. Un arrêt unique est ici suffisant ; l'existence de cinq arrêts concordants n'est pas requise.

L'autorité du précédent obligatoire n'est pas réservée, au Mexique, à la manière de l'**amparo** ni aux arrêts de la Cour suprême. La loi organique sur le pouvoir judiciaire fédéral comporte en effet un article 95, qui lui a été ajouté en 1968 et qui prescrit : "*La jurisprudence du plenum de la Cour suprême, celle des chambres de cette Cour et celle des Cours collégiales de circuit, résultant d'arrêts passés en force de chose jugées intervenus dans des matières de la compétence de ces Cours autres que l'**amparo**, est gouvernée par les dispositions des articles 192 à 197 de la loi d'**amparo***". Il résulte de cette disposition, si nous en avons bien compris le sens, qu'une **doctrina legal**, imposant de suivre les précédents, peut être établie aujourd'hui en toutes matières, à la condition seulement que cinq arrêts conformes soient rendus, touchant la solution d'une question de droit, par la Cour suprême (plenum ou chambres particulières) ou par un tribunal régional de circuit. Un commentateur mexicain de ces dispositions conclut en écrivant : "*Il est donc indiscutable que la jurisprudence obligatoire est, au Mexique, une véritable source formelle du droit, aussi bien public que privé, étant donné qu'elle possède une valeur normative et qu'elle doit être suivie, à l'avenir, dans les cas semblables, alors que la jurisprudence ne peut de façon générale, comme on sait, prétendre qu'à une autorité morale et de persuasion*". (17)

### Contrôle de constitutionnalité

Un autre cas qui mérite d'être considéré est celui des arrêts qui, en divers pays, peuvent être rendus par des Cours habilitées à contrôler la constitutionnalité des lois. Dans la République Fédérale d'Allemagne les arrêts de la Cour Constitutionnelle Fédérale (**Bundesverfassungsgerichtshof**) sont publiés à l'instar des lois au Journal Officiel, et la manière dont ils ont interprété la Constitution doit

être regardée à l'avenir comme obligatoire pour tous. Cette règle a une très grande portée, étant donné qu'en Allemagne Fédérale la Cour constitutionnelle : Fédérale est, en dehors de l'application des textes constitutionnels, la garante des "*droits fondamentaux*" de l'homme (*Grundrechte*) (18). Une situation analogue se retrouve en Italie, où, si la Cour constitutionnelle déclare une disposition de loi inconstitutionnelle, cette disposition cesse immédiatement d'avoir force de loi.

Une question plus délicate se pose dans les pays où la question d'inconstitutionnalité d'une loi ou d'illégalité d'un règlement est soumise aux tribunaux ordinaires et où ceux-ci ne rendent pas une décision qui annule loi ou règlement, mais se bornent à dire qu'ils n'appliqueront pas une loi parce qu'elle est contraire à la Constitution ou un règlement parce qu'il est entaché d'illégalité. La loi est intervenue au Mexique pour dire dans quelles conditions l'arrêt intervenu dans ces conditions aurait l'autorité d'un précédent obligatoire à l'avenir. La question demeure discutée en d'autres pays. Au Japon notamment, on se demande si la décision judiciaire déclarant une loi inconstitutionnelle s'impose aux autres juges ou n'a de valeur que pour l'espèce en cause. La doctrine est à cet égard divisée ; il paraît vraisemblable que l'opinion donnant une portée absolue à la décision prononçant l'inconstitutionnalité prévaudrait en fait, sinon en droit, dans un pays où l'autorité de la Cour suprême ne prête guère à contestation.

### Autres exceptions au principe

L'on peut, dans les divers pays, être tenté de voir une entorse à la règle que la jurisprudence n'est pas une source du droit en considérant que les décisions judiciaires peuvent, en nombre de cas, créer une situation qui s'impose à tous : elles prononcent par exemple un divorce. Le fait que de telles décisions produisent effet *erga omnes* ne doit pas conduire cependant à y voir des sources de droit ; le droit (*law*) n'est en effet par elles ni enrichi ni modifié, c'est seulement un droit individuel (*right*) qui est établi ou consolidé.

La même chose est vraie si l'on considère l'obligation qui incombe à la juridiction de renvoi de statuer conformément à la manière dont la Cour de Cassation, qui lui a

renvoyé l'affaire, interprète la loi. En Italie depuis 1942, et au Japon cette obligation incombe à la juridiction saisie après un premier arrêt de cassation (19). En France et en Belgique on admet avec plus de difficulté que les juges soient ainsi liés : la juridiction à laquelle l'affaire est renvoyée après un premier arrêt de cassation demeure libre d'interpréter la loi à sa guise, et c'est seulement après un deuxième arrêt de cassation, rendu par l'assemblée plénière (en Belgique Chambres réunies) de la Cour de Cassation que la deuxième juridiction de renvoi doit s'incliner devant la manière de voir de la Cour suprême. Aucune règle de droit ne résulte pourtant de l'arrêt rendu par la Cour de cassation ; dans un procès nouveau on ne pourra pas justifier la décision rendue en se référant à cet arrêt.

### Recueils de jurisprudence

La jurisprudence n'est pas dans les pays de la famille romano-germanique une source du droit, en ce sens qu'on ne peut justifier une décision judiciaire - comme la loi impose de faire - en invoquant l'autorité d'un arrêt précédemment rendu. Mais il n'est pas douteux que la jurisprudence a en fait la plus grande importance, et c'est peut-être une manière de voir exagérément formelle qui lui fait refuser, de la part des auteurs, la qualité de "*source du droit*".

Dans tous les pays développés de la famille romano-germanique, des recueils de jurisprudence sont publiés à l'usage des praticiens, et parfois la rédaction de ces recueils est faite en vertu de la loi elle-même, ce qui montre que les autorités sont prêtes à reconnaître à la jurisprudence, ou à diverses catégories d'arrêts, une certaine autorité. La chose était naturelle en France lorsque le Tribunal de Cassation était rattaché au Parlement ; mais la publication de ces arrêts, entreprise dès 1791, a continué lorsque le Tribunal de Cassation est devenu en 1804, avec le nom de Cour de Cassation, un organe proprement judiciaire, entièrement indépendant du pouvoir législatif. La publication des arrêts de la Cour de Cassation est aujourd'hui prescrite en France par une loi de 1947, en conformité de laquelle un fichier a été aussi institué, rassemblant et classant tous les arrêts de la Cour (20).

## Désaccord avec une jurisprudence établie

L'autorité de fait qu'a la jurisprudence est également confirmée, sur un plan officiel, en divers pays, par un autre type de dispositions. Sans faire de la jurisprudence, à proprement parler, une source du droit, le législateur peut s'attacher à renforcer la sécurité que la loi cherche à assurer aux plaideurs, en prescrivant des règles spéciales pour le cas où les tribunaux, se trouvant en présence d'un arrêt de la Cour suprême, voudraient s'éloigner de l'interprétation que celle-ci a donnée à la loi. Le précédent ne possède pas une autorité normative, mais il voit reconnaître son existence sur le plan de la procédure : un tribunal spécial ou une formation spéciale dans les tribunaux devra être saisi si l'on veut le désavouer.

L'idée en question a été accueillie en premier lieu en Autriche en 1822. Une Ordonnance promulguée à cette date a prescrit au président de la Cour suprême (**Oberster Gerichtshof**) de contrôler les décisions rendues par les différentes chambres de cette Cour ; s'il constate qu'une de ces décisions contredit un arrêt antérieur, il doit en suspendre le prononcé et renvoyer l'affaire au **plenissimum** et aussi, le cas échéant, à l'empereur (21). Une disposition prise en Prusse en 1832 demande aux chambres de la Cour suprême (**Geheimes Obertribunal**) de se dessaisir au profit du **plenum** de cette Cour si elles veulent s'écarter d'un précédent établi soit par la Chambre qui est saisie, soit par une autre chambre de la Cour suprême ; en 1855 cette obligation sera réduite au cas où la chambre saisie veut s'écarter de la jurisprudence d'une autre chambre. Cette réserve cependant disparaît dans la loi qui, en 1869, vient régler l'activité de la Cour Supérieure de Commerce fédérale (**Bundesoberhandelsgericht**) alors créée. L'on reviendra en revanche à la règle de 1855 dans le cas du **Reichsgericht**, lorsque cette nouvelle juridiction sera instituée ; le revirement de jurisprudence sera demandé en pareil cas aux chambres civiles réunies ou aux chambres pénales réunies (**vereinigte Zivilsenate, vereinigte Strafsenate**), le **plenum** n'étant réuni que si une chambre civile veut s'écarter de la jurisprudence d'une chambre pénale ou inversement. A ces différentes formations on en substituera en 1935 de moins nombreuses : **Grosser Zivilsenate** ou

**Grosser Strafsenate** de 9 membres, ou **Vereinigte Grosse Senate**. L'importance de la jurisprudence se trouve officialisée d'un autre côté, à la même date, par une disposition de la loi qui autorise une chambre du **Reichsgericht** à demander de statuer, à sa place, à un **grosser Senate** si la question dont elle est saisie présente une importance fondamentale et "*si l'évolution du droit ou la sauvegarde d'une jurisprudence uniforme l'exigent*". Les mêmes règles ont été conservées dans la République Fédérale d'Allemagne de nos jours, concernant les arrêts des différentes Cours Suprêmes fédérales existant dans ce pays.

Le système que nous avons décrit ci-dessus en envisageant le droit allemand est suivi, avec des variantes, en d'autres pays. En Italie il a été institué par une loi de 1940 ; le renvoi aux **sezioni unite** de la Cour de Cassation y a lieu sur l'initiative du premier Président de la Cour de Cassation. En France, une loi de 1947 a prévu le recours, au sein de la Cour de Cassation, à une formation spéciale - appelée originairement **Assemblée civile plénière** - aujourd'hui **Chambre mixte** - dans le cas où il y a lieu, en Allemagne, de recourir à un **grosser Senate**. En Suisse il en va de même au sein du Tribunal fédéral. Les **sections réunies** doivent être appelées à statuer si une section du Tribunal veut s'écarter de la jurisprudence d'une autre section, à moins cependant que cette dernière ne déclare consentir à l'abandon de sa jurisprudence. Une règle analogue est admise en Grèce depuis 1957 pour l'Aréopage.

Les dispositions auxquelles nous venons de nous référer affermissent l'autorité de la jurisprudence en imposant des règles spéciales de compétence pour les cas où les tribunaux voudraient s'écarter d'une manière de voir précédemment admise par la Cour suprême. Il s'agit là cependant de simples règles touchant l'organisation judiciaire et la compétence, qui n'élèvent pas la jurisprudence au rang de source du droit ; la formation qui doit être saisie n'est pas tenue de suivre le précédent dont l'existence justifie sa compétence, et d'autre part ce précédent ne peut servir à lui seul de justification pour l'arrêt qui va être rendu.

## E. PAYS DE COMMON LAW

### Principe

Une situation diamétralement opposée règne dans les pays de common law. La jurisprudence dans ces pays n'a pas simplement une valeur de persuasion et une autorité de fait ; elle est à proprement parler une source du droit, et il peut bien se faire même qu'elle soit la source principale du droit. Il arrive fréquemment que la règle de droit, dont une Cour a fait application à l'occasion d'un procès, doive être à l'avenir suivie par d'autres Cours ou par la Cour même qui l'a rendue. Peut-être cette règle a-t-elle originairement une autre justification et peut-on la rattacher à une autre source ; mais il est devenu inutile de le faire. Le fait qu'une autorité judiciaire l'ait affirmée suffit pour qu'elle soit dorénavant intégrée à l'ordre juridique ; les décisions judiciaires qui interviendront à l'avenir seront pleinement justifiées par une simple référence à la décision antérieure ainsi intervenue.

Le rôle que joue la jurisprudence en tant que source du droit résulte de ce que l'on appelle en Angleterre la **rule of precedent**, aux Etats-Unis la **rule of stare decisis**. Si un principe commun existe à ce sujet dans les différents pays de common law, il convient de souligner immédiatement qu'il peut exister aussi, entre ces différents pays, de très importantes différences et que, dans un même pays, la règle en question n'a pas toujours été conçue de même et n'a pas toujours eu la même rigueur.

### Fondement de la règle

La position du droit à notre égard n'a été que très exceptionnellement fixée par un texte précis. L'obligation pour les juges de suivre le précédent (**stare decisis**) ne résulte en général que d'une certaine manière de concevoir le droit, que les juges eux-mêmes entretiennent dans un certain pays et à une certaine époque. Ni les Lois ni la Constitution ne leur ont imposé cette manière de voir et, si l'on peut parler à ce sujet de coutume, il ne s'agit ici que d'une coutume jurisprudentielle, c'est-à-dire en d'autres termes de la pratique des tribunaux. La Constitution de l'Inde est la seule où l'on trouve une disposition formelle, qui ne règle pas au surplus

dans son ensemble notre sujet, mais se borne à préciser que les juges sont tenus de suivre les précédents établis par la Cour suprême. Les Constitutions de divers Etats appartenant au Commonwealth, ou lui ayant appartenu, contiennent souvent une disposition recevant dans son ensemble - ou sous certaines réserves - le droit anglais ou le système de la common law ; ces dispositions ne nous disent pas comment il y a lieu de concevoir la règle du précédent.

### Portée de la règle

La règle du précédent est de nature à frapper les juristes des pays de la famille romano-germanique, dans lesquels elle n'est pas reconnue. Ils sont tentés d'y voir la caractéristique essentielle qui oppose la common law à leur système. Les choses sont en réalité plus nuancées. La règle du précédent ne s'est affirmée qu'à une époque relativement récente ; l'opposition entre les deux systèmes, plus ancienne, tient à d'autres facteurs, de même qu'elle n'a pas été créée par la codification intervenue dans les pays romanistes à une époque relativement récente. La règle du précédent n'a pas non plus la rigueur ni la signification qu'inclinent à lui donner les juristes du continent. Une erreur d'optique similaire est souvent commise par les juristes de tradition romaniste lorsqu'ils considèrent la règle du précédent, et par les common lawyers lorsqu'ils envisagent la codification. Les précédents sont importants dans les pays de common law, comme les codes peuvent l'être dans les pays de tradition romaniste, parce qu'ils fournissent un point de départ et de référence au raisonnement des juristes ; ils sont loin de toujours commander avec précision les solutions qui doivent être données aux litiges.

La règle du précédent est en ce sens fondamentale, car elle donne au droit anglais le caractère d'un droit jurisprudentiel (**case law**), non écrit, à l'opposé des droits de la famille romano-germanique qui, codifiés ou non, sont des "*droits écrits*", c'est-à-dire fondés essentiellement sur la loi.

### Origine de la règle

La règle du précédent n'a pas toujours existé en

Angleterre. Les origines mêmes de cette règle sont obscures ; il est difficile de préciser à quel moment les juges se sont considérés comme tenus de juger conformément à des règles découvertes et appliquées dans des décisions judiciaires antérieures (22). Une telle règle n'a pu s'affirmer qu'avec peine tant que les décisions judiciaires n'ont pas été motivées et que seule a intéressé les juristes la procédure. Les Year Books, recueils de jurisprudence écrits de 1290 à 1536, nous font connaître les péripéties de nombreux procès ; ils omettent souvent de dire quelle en a été l'issue et en application de quelle règle ils ont été résolus. Les décisions rendues à cette époque donnent effet au sentiment de la justice du juge et du jury ; elles ne sont pas fondées sur des précédents que le juge ne pouvait connaître que de façon exceptionnelle et qu'il ne se souciait pas de connaître.

Les références à des précédents, servant à justifier la décision rendue, demeurent rares après la disparition des Year Books, jusqu'à la fin du XVIIIe siècle. Alors seulement l'on commence à parler d'une obligation de suivre les précédents et l'on s'efforce de préciser dans quelles circonstances cette obligation existe et quelle en est la portée.

L'apparition de la règle du précédent en Angleterre tient au désir de plus grande prévisibilité du droit, que l'on a éprouvé au XIXe siècle, en vue de renforcer la sécurité des relations juridiques ; elle peut à cet égard être rapprochée de la codification, qui à la même époque est réalisée dans les pays du continent européen. Une autre raison, qui a contribué à son affermissement, est la simplification et la rationalisation de la procédure en Angleterre. L'attention des juristes s'était concentrée jusqu'au milieu du XIXe siècle sur la procédure, liée à des **forms of action** très formalistes. En 1832/33, puis en 1852, ce formalisme est très atténué, puis disparaît. L'on peut s'intéresser désormais au fond du droit (**substantive law**) et chercher à lui donner plus de cohérence et de rigueur ; la règle du précédent va servir à cette fin.

### Common law, equity, statute law

Il est facile de comprendre pourquoi une règle imposant de suivre les précédents a été adoptée concernant

le droit judiciaire que constitue la common law **stricto sensu**. On est plus surpris de la voir admise également dans le domaine de l'equity. La chose s'est pourtant produite après le violent conflit qui au début du XVII<sup>e</sup> siècle a opposé cours et common law et Cour de la Chancellerie ; pour échapper aux reproches d'arbitraire et de corruption, qui leur étaient trop souvent adressés, les juges d'equity se sont alignés sur les méthodes de leurs collègues common lawyers. La règle du précédent fonctionne aujourd'hui avec la même rigueur, que l'on soit dans le domaine de la common law ou dans celui de l'equity ; les tentatives faites par certains pour développer une **new equity**, où l'on s'affranchirait de l'autorité des précédents en certains cas pour obtenir des décisions plus "équitables", sont vues avec une extrême réticence par les juristes orthodoxes de l'Angleterre.

La règle du précédent est également mise en oeuvre lorsqu'il y a lieu d'interpréter les **statutes** ou les Traités. De nombreuses voix se sont élevées pour le regretter ; en appliquant ici la règle du précédent on risque fort de fausser l'application de la loi, en rendant vaines les formules générales que le législateur a employées. Dans le domaine notamment du droit du travail, mais aussi dans d'autres domaines du droit tel le droit des sociétés, la règle du précédent a abouti à une série de solutions particulières, ponctuelles, dans la précision desquelles les objectifs fondamentaux poursuivis par la loi ont paru être oubliés. Il peut bien se faire que la prolifération des tribunaux et autres organismes quasi-judiciaires administratifs soit due, dans une certaine mesure, à la volonté du législateur de confier l'application des lois à des juges moins enclins à statuer selon les précédents.

### Evolution possible

La loi elle-même ne formule pas en Angleterre la règle du précédent. L'existence même de la règle, sa signification, et la portée qui lui est donnée, sont, cela étant, ce qui a été décidé par les juges eux-mêmes. On conçoit dès lors que la règle ne soit pas une règle rigide. S'appuyant sur un consensus établi entre les juristes, elle n'a pas un sens rigoureusement défini, ni une portée universelle et immuable. On a hésité, et l'on hésite encore parfois, pour savoir par quelles décisions telle ou telle juridiction doit se regarder comme liée. L'on

peut se demander pareillement quelles exceptions peut comporter une telle obligation. Toute cette matière est sujette à des flux et reflux d'opinion. Dans la première édition de son livre classique **Precedent in English law**, R. Cross notait en 1960 une tendance à concevoir de manière plus stricte, en Angleterre, la règle du précédent (23). Dans sa deuxième édition (1968), huit ans plus tard, il a révisé cette opinion : la tendance s'était selon lui renversée et l'on envisageait à présent avec plus de souplesse la règle du précédent. Ajoutons à cela que subsistent en la matière bien des obscurités, touchant en particulier la manière dont la règle est reçue en différentes juridictions (ou quasi-juridictions) dont la pratique est en fait mal connue. S'il en est ainsi dans un pays où la justice est aussi concentrée et le droit si étudié que l'Angleterre, on peut s'attendre à ce que la règle du précédent recouvre une réalité assez différente en d'autres pays, de common law, où elle est dans son principe reçue. La Cour suprême des Etats-Unis a renversé en 1938 sa jurisprudence, concernant la question de savoir si les juridictions fédérales, saisies dans le cas de diversité de citoyenneté des plaideurs, étaient ou non tenues de statuer conformément à la common law des Etats et tenues en conséquence de suivre les précédents résultant des arrêts rendus par les Cours suprêmes des Etats (24). Dans les pays appartenant au Commonwealth ou issus de l'Empire britannique, où l'on a reçu la common law, de nombreuses questions se sont également posées, concernant l'autorité d'arrêts rendus en Angleterre (25).

Le juriste du continent pense souvent que la règle du précédent confère une très grande rigidité à la common law. Quelle latitude peut demeurer au juge, lorsqu'il est lié par des centaines de milliers de précédents, comme il arrive aujourd'hui en Angleterre, aux Etats-Unis ou dans l'Inde ? En Angleterre même certaines voix se sont élevées pour critiquer la règle du précédent, et aux Etats-Unis un juriste éminent, H.E. Yntema a proposé que les précédents perdent leur autorité contraignante au bout de dix ans. *"Lorsque nos juges ont commis une erreur, a dit Bentham, ils se font une règle de ne plus jamais avoir raison"*; *"On est en Angleterre, a dit un autre auteur, gouverné par les hommes du passé"*. Ce sont là, en réalité, des vues de théoriciens. Il est vrai qu'une quantité innombrable de décisions judiciaires a été publiée dans les recueils de jurisprudence et que toutes ces décisions contribuent à former la common

law. La règle qui oblige à respecter les précédents établis n'a pas cependant la même rigueur et ne produit pas les effets que l'on pense dans les pays autres que de common law. Il est de façon non douteuse des cas où elle peut avoir été appliquée de façon rigide et avoir entraîné des solutions que le juge lui-même déplorait ; mais plus souvent les précédents, si nombreux soient-ils, prêtent à une certaine souplesse, n'étant pas autre chose qu'un point d'appui pour le raisonnement qui conduira le juge à sa décision.

Maniée par des juges routiniers, la règle du précédent pourrait être une cause de stagnation du droit. La même critique pourtant peut être faite et a été faite à la codification : Savigny, qui savait manipuler les lois romaines, s'est servi de cet argument en 1816, pour s'opposer à la codification du droit en Allemagne. En vérité il y a des juges conservateurs et des juges progressistes ; la règle du précédent ou la codification entravent l'évolution du droit quand on a affaire aux premiers, elles ne constituent pas un obstacle décisif à l'évolution du droit quand on a affaire aux seconds. L'expérience faite est décisive : droits français ou allemand, anglais ou des Etats-Unis ont subi des transformations considérables depuis cent ans, en dépit de la codification ou de la règle du précédent qui, selon certains, auraient dû paralyser cette évolution.

### Questions à examiner

La règle du précédent a donné lieu à une abondante littérature, comme sur le continent le problème de l'interprétation des lois. Dans une large mesure il faut en vérité, dans l'un et l'autre cas, s'en référer à la pratique et à la psychologie des juges pour savoir par quelles règles ils se considèrent comme liés. La réponse à faire à cette question peut varier selon les pays, selon les époques, selon les matières, selon les juges. Certains principes pourtant émergent, que nous allons nous efforcer de préciser en examinant successivement trois questions. La première est de savoir ce qui, dans le prononcé d'un juge, peut être regardé comme une affirmation constitutive d'un précédent obligatoire. La seconde est de savoir quelles décisions, rendues par quelles Cours, constituent, au regard de telle ou telle juridiction, des précédents obligatoires. La troisième est de savoir, considérant ces décisions, quelles exceptions peut comporter l'obligation de suivre les précédents.

La première de ces questions reçoit partout une même réponse, qui n'est pas controversée dans son principe. La seconde pose davantage de problèmes, car elle est inévitablement dans la dépendance des principes et modalités d'une organisation judiciaire qui varie selon les pays. La troisième est également susceptible, pour des raisons diverses, d'être résolue ici et là différemment.

### Ratio decidendi et obiter dicta

Que signifie le principe que l'on doit reconnaître l'autorité de précédent établi dans un de ses jugements par telle ou telle juridiction ? La réponse que comporte cette question n'est pas douteuse. Il faut, lorsque l'on considère une décision judiciaire, se demander par quel argument de droit elle est justifiée ; ce qui a conduit le juge à rendre cette décision, la **ratio decidendi**, constitue la règle à laquelle s'attache en Angleterre l'autorité du précédent. Les juges doivent à l'avenir considérer cette règle comme établie dans le droit anglais, du seul fait qu'il en a déjà été fait application, sans qu'ils puissent remettre en cause le raisonnement qui a conduit la Cour à en reconnaître l'existence.

Que doit-on entendre par **ratio decidendi** d'un jugement ? Sir Rupert Cross donne de cette expression la définition suivante : "*The **ratio decidendi** of a case is any rule or law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury*". (26)

La formule qui sert à énoncer la règle du précédent est simple. Son application dans la pratique soulève de grandes difficultés en nombre de cas. Ces difficultés tiennent dans une large mesure à la structure des jugements anglais et aux modalités de l'organisation judiciaire anglaise ; elles tiennent aussi et surtout au caractère casuistique du droit anglais.

### Motivation du jugement

Considérons tout d'abord la structure du jugement anglais. Les jugements, pendant longtemps, n'ont pas été motivés ni sur le continent européen ni en Angleterre. Le jugement s'est pendant longtemps réduit, ici et là,

à un "dispositif" dans lequel le juge disait, sans entreprendre de la justifier, la solution qu'il donnait au litige. A une époque relativement récente, une obligation de motiver leurs jugements a été imposée aux juges sur le continent européen ; l'obligation de motiver date en France de 1790 ; elle n'a été généralisée en Allemagne qu'en 1879. Une telle obligation n'a jamais été imposée aux juges en Angleterre. La tradition a été maintenue dans ce pays ; les juges n'ont pas à justifier des jugements qui sont des ordres du souverain : "*Le roy le veult*" est une justification suffisante pour leurs arrêts comme pour les lois qu'a humblement votées et soumises à la sanction royale le Parlement.

L'habitude d'expliquer les raisons de leur jugement - sans qu'il s'agisse d'une motivation faisant partie intégrante de celui-ci - s'est pourtant instaurée de bonne heure. Plus que sur le continent sa nécessité devait être ressentie en Angleterre. La common law n'était pas édifiée sur la base des coutumes ; si l'on voulait en faire un système tant soit peu cohérent il fallait expliquer comment et pourquoi les juges royaux étaient arrivés à telle ou telle solution. Il ne peut exister de droit jurisprudentiel sans motivation des jugements (27).

La pratique anglaise s'est ressentie du fait que les juges ne soient pas, en droit, obligés de motiver leurs jugements, et elle s'est ressentie également du fait qu'il n'existe pas en Angleterre un corps de droit écrit, analogue à la codification, qui fixe les cadres et établisse les règles de l'ordre juridique.

En France et dans d'autres pays du continent européen (Belgique, Pays-Bas, Espagne, Portugal), la motivation a pris un caractère hautement technique, inspiré du style des conclusions que les représentants des parties présentaient aux juges ; la fonction des juges est en effet de répondre à ces conclusions, l'une après l'autre, en les adoptant ou en les rejetant. La situation est dans son principe la même en d'autres pays, comme l'Allemagne, l'Italie, la Suisse, l'U.R.S.S., quoique les jugements ne soient pas, dans ces pays, moulés dans un style aussi concis qu'en France. En lisant un jugement rendu sur le continent européen on voit nettement, au moins de façon générale, sur quelle argumentation il est fondé, quelle en a été la **ratio decidendi**.

La pratique s'est développée selon d'autres lignes en Angleterre et, partant de là, dans d'autres pays de common law. Le juge, n'ayant pas selon le droit à motiver sa décision, n'est pas astreint à la discipline qui consiste à reprendre, point par point, les arguments des parties (28). S'il motive sa solution, ce n'est pas parce que la loi le contraint à le faire : représentant la majesté du roi, il n'a pas à le faire. La motivation, plus qu'elle ne vise à justifier les jugements rendus, tient à ce que les Cours supérieures exercent dans les pays de common law un véritable pouvoir judiciaire. Ces cours ne sont pas seulement chargées de résoudre les litiges ; même si elles s'abritent derrière des fictions, il est incontestable que la common law est leur oeuvre. Les juges des Cours royales motivent leurs jugements parce qu'ils ont un rôle à jouer dans le développement du droit anglais (29) et également lorsque leur décision est susceptible d'un recours, pour persuader la juridiction qui va occasionnellement être saisie de ce recours.

Jadis la motivation a pu intervenir à une fin d'enseignement ; elle était faite à l'usage de ceux qui voulaient s'instruire sur la common law. Aujourd'hui ils le font à l'usage d'un public plus large : celui de toute la profession juridique et même du peuple anglais tout entier. La motivation ne sert pas seulement, comme c'est le cas hors des pays de common law, à justifier une décision particulière, Orientée vers l'avenir, elle sert à dire comment les juges conçoivent le droit ; elle fait le point dans l'état actuel du droit et sert à préciser ou affirmer des tendances dans le développement de la common law. A cette fin elle va souvent s'évader du cadre du procès qu'il y a lieu de résoudre ; dans un exposé où il emploiera le style discursif le juge se placera à un niveau plus élevé. La motivation devient une discussion entre le juge et ses savants collègues, un plaidoyer pour une nouvelle manière de concevoir la justice. Les raisons de sa décision, exposées par le juge, peuvent n'être plus simplement des motifs. Il peut devenir difficile, de ce fait, de distinguer dans les "*motifs*" la **ratio decidendi** qui justifie la décision de ce qui est simplement **obiter dictum**, dit sans que cela ait été strictement nécessaire pour la solution du litige.

Ce n'est pas là sans doute la règle. Mais il convient de le reconnaître : parmi les jugements anglais il en est bon nombre auxquels il est malaisé d'assigner une **ratio decidendi** bien définie. Il peut en être ainsi parce que

le juge a donné à sa décision plusieurs justifications, et il est difficile de choisir, parmi celles-ci, celle à laquelle il a attaché un caractère déterminant et celle à laquelle il faut en conséquence reconnaître la qualité de **ratio decidendi** (30). La tendance qui prévaut en Angleterre est de considérer que le juge a entendu fonder sa décision, de façon indépendante, sur chacun des arguments qu'il a fait valoir et qu'il y a en conséquence plusieurs **ratio decidendi** dans notre hypothèse. On peut pourtant, facilement, s'évader de la contrainte qui résulte de cette analyse en considérant que le juge a voulu fonder sa décision sur l'une seulement de ces raisons et qu'il a parlé **obiter** en mentionnant les autres (31).

L'embarras est accru quand le jugement est rendu par une Cour qui comporte une pluralité de juges. Nous arrivons ainsi à une seconde raison, tenant aux principes de l'organisation judiciaire, qui peut contribuer à rendre difficile de découvrir quelle est la **ratio decidendi** dans un arrêt.

### Jugements minoritaires

Dans les pays de la famille romano-germanique et dans les pays socialistes le jugement se présente, en règle générale, comme étant l'oeuvre du tribunal tout entier. Un juge a été chargé de le rédiger et de le motiver, en conclusion de la délibération à laquelle tous les membres du tribunal ont pris part (32). La minorité est censée s'être ralliée à la majorité ; elle accepte le jugement tel qu'il a été rendu et motivé. On n'accepte pas qu'un juge se sépare de ses collègues pour donner au jugement une autre motivation ou pour manifester son désaccord. La pratique des jugements minoritaires n'est pas totalement inconnue, mais elle est exceptionnelle. On va même plus loin, et l'on interdit en règle générale aux juges de violer le secret des délibérations et de dire en quel sens les différents membres du tribunal ont pu opiner (33). En certains pays (Allemagne, Danemark, Espagne, Portugal) ils peuvent libérer leur conscience en faisant consigner dans un procès verbal leur désaccord ou leurs réserves ; mais ce document devra conserver un caractère confidentiel ; le public n'en aura pas connaissance (34).

Dans les pays de common law, en revanche, la règle est inversée. Lorsque la Cour appelée à rendre un jugement

est composée d'une pluralité de juges il intervient inévitablement, pour clore le procès, un dispositif unique, rendu à la majorité des membres de la Cour. Mais, sauf quelques exceptions (35), chaque juge peut dire, dans des motifs qu'il rédige individuellement, ce qu'il pense de ce jugement, comment il le justifie ou pourquoi il le désapprouve. Des jugements minoritaires peuvent s'exprimer en faveur du jugement (**concurring opinions**) ou à son encontre (**dissents**) (36).

On peut, à première vue, trouver singulier qu'il y ait des jugements minoritaires dans les pays de common law et non dans les autres. Une pratique inverse pourrait paraître plus naturelle au vu du fait que la jurisprudence est une source importante du droit dans les premiers et ne joue qu'un rôle secondaire dans les seconds. Cette circonstance même pourtant explique la situation qui s'est établie. On ne permet pas aux juges d'affaiblir l'autorité de la loi, dans les pays de la famille romano-germanique, en mettant au jour les dissentiments que peut susciter son interprétation. Dans les pays de common law au contraire les Cours, ayant à déterminer ce qu'est le droit, peuvent être regardées comme un **forum** où l'on discute de ce que celui-ci est ou doit être. La possibilité pour les juges d'exprimer leurs vues dans des jugements minoritaires joue à ce sujet un rôle important ; l'expérience des États-Unis en particulier montre avec netteté que ces jugements sont souvent révélateurs de tendances et annonciateurs d'une évolution.

Dans l'immédiat cependant, la pluralité des motivations, qui peuvent intervenir à propos d'un même jugement, complique inévitablement la tâche de celui qui cherche à découvrir quelle est la **ratio decidendi** de ce jugement.

Différentes solutions ont été proposées pour résoudre le problème qui vient de la sorte à se poser. Nul accord ne s'est établi. Sir Rupert Cross, dans son ouvrage classique sur la règle du précédent, n'hésite pas à le reconnaître (37) : "*The **ratio decidendi** is a conception which is peculiarly appropriate to a single judgment. Accordingly it is probably impossible to avoid something in the nature of arbitrary rules to meet cases in which several judgments are delivered. The main trouble so far as the current English practice is concerned, is that it is impossible to formulate these rules with anything like complete precision*". La chose est-elle nécessaire ? On peut se demander si toute la subtilité

dont on a fait preuve pour résoudre ce problème et arriver à énoncer des règles n'est pas vaine et si la voix du bon sens ne s'est pas fait entendre dans un speech de Lord Dunedin qui, dans l'affaire **The Mostyn**, a déclaré : "*If (the **ratio decidendi**) which has led to a judgment) is not clear, then I do not think it is part of the tribunal's duty to spell out with great difficulty a **ratio decidendi** in order to be bound by it*" (38). Pour que la jurisprudence apparaisse comme étant une véritable source du droit il faut que les arrêts, que l'on va considérer comme des précédents obligatoires, puissent sans conteste se voir attribuer cette qualité. On n'affaiblit pas la règle du précédent, mais bien au contraire on la consolide en reconnaissant que tous les arrêts ne sont pas aptes à constituer des précédents.

### Caractère casuistique du droit

Il peut être difficile de distinguer **ratio decidendi** et **obiter dictum** parmi les explications que donne le juge après avoir rendu sa décision. Il peut être d'autre part difficile de trouver une **ratio decidendi** lorsque plusieurs juges viennent à exprimer leurs opinions à propos d'un jugement qu'ils ont rendu en commun. Une autre difficulté encore se présente pour discerner la **ratio decidendi** d'un jugement dans les pays de common law : elle tient au caractère casuistique du droit anglais.

Le juge anglais est qualifié pour dire quel est le droit ; de ses décisions résultent des règles du droit qui à l'avenir s'imposeront, à titre de précédents, à d'autres juges. La portée de ces règles, cependant, est circonscrite dans certaines limites, liées aux circonstances dans lesquelles le juge a été amené à statuer. Le juge dégage la règle de droit qui est nécessaire pour résoudre le litige dont il est saisi ; il n'est pas un législateur et il ne peut, en conséquence, affirmer une règle de portée plus générale, couvrant des situations autres que celle à laquelle il doit présentement faire face. De grandes difficultés vont de ce fait surgir dans l'application par la pratique de la règle du précédent.

La **ratio decidendi**, à laquelle il convient d'attacher un caractère impératif, ne s'identifie pas toujours à la formule par laquelle le juge a entrepris de l'exprimer. Quelque précision qu'ait pu viser à donner le juge, quelque souci qu'il ait pu avoir de formuler avec netteté le motif qui selon lui justifie sa décision, on peut toujours se deman-

der si les expressions qu'il a employées n'ont pas été trop larges ou trop étroites.

La **ratio decidendi** d'un jugement demande, pour être établie, que l'on prenne en considération les circonstances dans lesquelles la décision du juge est intervenue. Connaître les faits de l'espèce dans laquelle le jugement a été rendu est fondamental pour voir quelle règle a pu être à ce sujet dégagée, obligeant désormais d'autres juges à s'y conformer. Ainsi s'expliquent le style des jugements anglais et ce qui paraît parfois être leur prolixité ; la règle du précédent ne pourrait jouer avec des jugements rédigés à la française, où les circonstances de fait de l'espèce sont insuffisamment précisées. Lors Halsbury le dit dans **Quinn v. Leatham** : "*Every judgment must be read as applicable to the particular facts proved or assumed to be proved since the generality of the expression which may be found there are not intended to be expositions of the whole law but govern and are qualified by the particular facts of the case in which such expressions are to be found*" (39).

En conséquence du lien étroit qui existe ainsi entre règle jurisprudentielle et faits de l'espèce, l'expression **ratio decidendi** devient quelque peu ambiguë. "*It may mean either (1) the rule that the judge who decided the case intended to lay down and apply to the facts, or (2) the rule that a later court concedes him to have had power to lay down*" (40). K. Llewellyn écrit pareillement : "*There is a distinction between the **ratio decidendi**, the court's own version of the rule of the case, to wit what it will be made to stand by another later Court*" (41).

### Psychologie des juges

La règle du précédent est un principe incontesté. La portée de cette règle ne peut toutefois être appréciée qu'en fonction de la propension, plus ou moins large qu'ont les juges à réviser ou restreindre, en considérant qu'elle est trop générale, la formule qui pouvait à première vue paraître devoir être dégagée d'un premier arrêt. Il est bien entendu que des distinctions ou exceptions ne seront apportées que si elles apparaissent "*raisonnables* ; mais ce qualificatif n'a pas une grande rigueur. Beaucoup dépend ici de la psychologie des juges, de la faveur ou de la répugnance que leur inspire la règle posée par leurs

prédécesseurs, de leur préoccupation dominante qui peut être celle de sécurité des relations juridiques ou celle d'une meilleure justice. Beaucoup dépend aussi de la précision avec laquelle la décision invoquée a été rapportée ou motivée, et des conditions ou circonstances dans lesquelles elle a été rendue. L'évolution partant d'un **leading case** peut parfois avoir été telle que rien ou presque rien ne demeure, en définitive, de la règle posée au départ, tant sont devenues nombreuses les conditions posées pour son application ou les exceptions à elle apportées. La théorie, qui postule l'obligation de suivre les précédents, empêche qu'on les répudie ouvertement ; seule une loi improbable pourrait le faire, dans un pays où la jurisprudence est source du droit. Mais on peut, par des distinctions, ruiner en fait la règle par laquelle on prétend être lié. *"Je respecte profondément la règle du précédent, m'a dit un jour un très éminent juge de sa Majesté ; c'est une règle fondamentale du droit anglais. Mais dans ma carrière je n'ai jamais rencontré un précédent par lequel je sois lié contre ma conscience"*.

### Quelles Cours établissent des précédents

La seconde question que nous devons étudier est celle de savoir aux décisions rendues par quelles Cours s'attache l'autorité de précédents obligatoires, et à l'égard de quels juges. La réponse à cette question demande inévitablement que l'on tienne compte d'une organisation judiciaire qui diffère selon les Etats. Cette diversité n'empêche pas toutefois d'établir certains principes ou de discerner certaines modalités qui permettent de donner une vue d'ensemble de la matière.

Deux principes de base peuvent être posés, qui sont reçus dans tous les pays de common law. Le premier est que l'autorité de précédent obligatoire n'est jamais attribuée qu'aux décisions émanant de **Cours supérieures**.? Le second est que toutes juridictions, inférieures dans la hiérarchie à une Cour supérieure donnée, doit suivre le précédent résultant d'un arrêt de cette Cour supérieure. Ces deux principes, qui constituent l'essentiel de la règle du précédent, se retrouvent dans tous les pays de common law et y sont indiscutés. Une autre question en revanche se prête à la discussion et reçoit ici et là des réponses différentes : il s'agit de savoir si telle ou telle juridiction donnée - spécialement celle qui est située au sommet

de la hiérarchie judiciaire - est ou non liée par ses propres précédents. Reprenons successivement ces questions diverses.

On fait dans les pays de common law une distinction, inconnue dans les autres familles de droit, entre Cours supérieures et juridictions inférieures. Les premières seules sont détentrices du "*pouvoir judiciaire*", et seules elles sont, en cette qualité, habilitées à dire ce qu'est le droit à travers l'application qu'elles en font en rendant des arrêts. Les Cours inférieures, elles, voient leur rôle borné au règlement des litiges ; elles ont à appliquer le droit, elles ne participent pas à l'oeuvre de définition et d'élaboration que l'administration de la justice appelle. Ce qui est vrai pour les Cours inférieures l'est a fortiori pour les organismes quasi-judiciaires, aux appellations diverses, qui peuvent exister dans un pays, liées souvent à des administrations diverses. Il n'a jamais été question d'attacher la valeur de précédents obligatoires aux jugements rendus par les Cours inférieures ou par les organismes quasi-judiciaires, multiples les uns et les autres, qui statuent sur le contentieux dans les pays de common law.

Le deuxième principe - obligation de suivre les précédents établis par une Cour supérieure plus haut placée dans la hiérarchie - soulève certaines difficultés, mais, sauf à lui apporter quelques précisions, il est lui aussi unanimement admis. Pour prendre le cas de l'Angleterre, une hiérarchie existe parmi les Cours supérieures : Chambre des Lords au sommet, Court of appeal ensuite, puis High Court of Justice (au civil) avec ses différentes "*divisions*", enfin juridictions inférieures et **administrative tribunals**. Toutes les juridictions sont liées par les précédents émanant de la Chambre des Lords, la High Court of Justice et les juridictions inférieures sont liées par ceux émanant de la Court of Appeal, les juridictions inférieures sont liées par ceux émanant de la High Court of Justice. Aux Etats-Unis tous les juges fédéraux sont liés par les décisions de la U.S. Supreme Court, les juges de district doivent suivre les précédents établis par les U.S. Courts of Appeal, les juges des juridictions inférieures doivent suivre les arrêts des U.S. District Courts. Dans l'Inde, tous les juges sont, selon la Constitution, liés par les décisions de la Cour suprême de l'Inde; on admet également, sans discussion, que les juges, dans un Etat, doivent conformer leurs décisions à ce qui a été décidé, dans

cet Etat, par une Cour à eux supérieure dans la hiérarchie judiciaire.

### Comité Judiciaire du Conseil privé

Il se présente cependant certaines difficultés et il peut y avoir certaines exceptions. Avant de parler des unes et des autres, signalons un cas très particulier, qui est celui du Comité Judiciaire du Conseil privé. Le Comité Judiciaire du Conseil privé a été pendant longtemps un organisme qui pouvait être saisi en dernière instance de causes jugées par les Dominions ou colonies ; il conserve actuellement ces fonctions pour certains Etats (anciennement Dominions ou colonies) qui n'ont pas supprimé cette possibilité de recours, tels l'Australie, la Nouvelle-Zélande, la Gambie, la Sierra Leone. Le Comité Judiciaire du Conseil privé n'est pas intégré au système judiciaire de l'Angleterre ; il n'est pas une Cour de justice anglaise (42). Mais ceux qui le composent sont, principalement, les mêmes juges qui composent l'Appelate Division de la Chambre des Lords, et en nombre de cas le droit qu'ils sont appelés à appliquer est un droit très semblable, sinon identique, à la common law d'Angleterre, de laquelle il est inspiré. Dans ces circonstances il arrive facilement qu'un jugement - théoriquement un avis (*advice*) - du Comité Judiciaire du Conseil privé se voie attribuer en Angleterre la même autorité que s'il émanait de la Chambre des Lords, alors surtout qu'arrêts de la Chambre des Lords et du Comité Judiciaire sont rapportés dans la même série de volumes des **Law Reports** ; en droit pourtant il n'y a pas lieu de faire jouer la règle du précédent.

La même observation peut être faite, concernant les arrêts que la Chambre des Lords est appelée à rendre dans des affaires Ecossoises ou de l'Irlande du Nord. ces arrêts, quand ils font application du droit écossais ou de l'Irlande du Nord, ne constituent pas, à strictement parler, des précédents pour les juridictions anglaises qui, dans des affaires postérieures, auront à appliquer le droit anglais. En certaines matières cependant - notamment lorsqu'il y a lieu d'appliquer des lois (*statutes*) communes à tout le Royaume-Uni -, on oubliera facilement qu'un arrêt de la Chambre des Lords est rendu sur le droit écossais ou de l'Irlande du Nord. Comme dans le cas des arrêts du Comité Judiciaire du Conseil privé,

il faut ici tenir compte du fait que le droit, dans les pays de common law, est conçu sous un aspect moins "national" que dans les pays "de droit écrit". Les jugements rendus dans un autre pays de common law s'y voient reconnaître une autorité supérieure à celle que peuvent occasionnellement avoir, dans les pays où le droit est codifié, les arrêts rendus par une juridiction étrangère. Sans doute n'est-on pas strictement tenu de suivre la doctrine de ces arrêts, mais la distinction entre autorité de fait et caractère contraignant des précédents devient difficile à percevoir quand on envisage des arrêts rendus par les mêmes juges qui, en d'autres occasions, rendent des arrêts ayant la force de précédents obligatoires. Nombre de principes du droit anglais, en matière de droit des contrats ou en matière de responsabilité délictuelle (**torts**) notamment, ont été de la sorte fixés par des arrêts rendus en application du droit écossais, du droit australien, du droit canadien ou même du droit italien.

### Effet de règles de droit nouvelles

La principale difficulté se présente lorsqu'il y a lieu de se demander si un arrêt, rendu par une certaine juridiction, demeure encore un précédent, lorsque depuis qu'il a été rendu le droit a évolué. Une loi est intervenue, un arrêté a été rendu par une juridiction supérieure : tel jugement qui auparavant constituait un précédent obligatoire conserve-t-il son autorité, ou n'a-t-il pas perdu sa valeur parce qu'il n'est plus en harmonie avec l'état nouveau du droit ? L'on n'admet pas en Angleterre, au moins dans la théorie, qu'un précédent puisse être atteint par la désuétude, mais ici il ne s'agit pas de désuétude et l'on reconnaît qu'une loi nouvelle, une jurisprudence nouvelle peuvent avoir pour effet d'abolir la règle qu'un précédent avait établie (43). Il n'y a pas de difficulté si dans un arrêt rendu par une Cour hiérarchiquement supérieure les juges ont explicitement répudié la doctrine de tel ou tel arrêt rendu antérieurement ; aux Etats-Unis différentes publications, connues comme **citation books**, font savoir quelles décisions ont pu être ainsi examinées d'un point de vue critique, et occasionnellement **overruled**. De semblables publications n'existent pas dans les autres pays de common law, et en toute hypothèse elles sont insuffisantes, car elles ne font pas connaître les décisions qui implicitement peuvent être affectées par des décisions

nouvelles, sans que celles-ci s'y soient expressément référées. Des doutes peuvent d'autre part s'élever pour savoir si un précédent conserve sa valeur quand une loi nouvelle ou un Traité est intervenu (44).

Une autre difficulté se présente dans le cas où il faut choisir entre deux précédents qui sont en conflit. Le juriste du continent sera tenté de penser qu'en pareil cas le plus récent est celui qui a le plus de valeur de persuasion. La solution est controversée, et loin d'être claire dans les pays de common law ; en Angleterre la tendance dominante est de donner au juge, en ce cas le choix de décider quel précédent il suivra. L'hypothèse de décisions qui sont en conflit est relativement fréquente lorsque l'on envisage les décisions rendues dans le passé, où il existait un certain nombre de Cours indépendantes les unes des autres qui pouvaient, chacune d'elles, avoir sa propre jurisprudence ; elle est devenue plus rare depuis que ces Cours ont été supprimées dans une refonte générale de l'organisation judiciaire anglaise, datant principalement des Judicature Acts 1873/1875. Considérer que deux décisions qui constitueraient des précédents sont en conflit l'une avec l'autre demeure néanmoins, pour les juges, un moyen de s'affranchir de l'autorité d'un précédent qu'ils désapprouvent ; pour cette raison probablement, on note aujourd'hui une "*increasion willingness*" à reconnaître l'existence de conflicting decisions (45).

### Réception de la common law hors d'Angleterre

Une autre difficulté est liée, hors d'Angleterre, à la réception qui peut avoir eu lieu de la common law. Aux Etats-Unis d'Amérique la loi, en différents Etats, est venue prescrire aux juges d'appliquer la common law. Ces lois ont employé à ce sujet diverses formules, et ont également prescrit d'appliquer la common law telle qu'elle se présentait à des dates diverses : la 4<sup>e</sup> année du règne du roi Jacques 1<sup>er</sup> (1607, année où a été fondée la première colonie anglaise d'Amérique), la date de la déclaration d'indépendance (1776), la date où l'Etat envisagé (Nouveau-Mexique ou Texas, par exemple) est devenu Etat des Etats-Unis. Comment interpréter les formules utilisées pour commander cette réception : le législateur a-t-il eu en vue le système de la common law envisagé dans son esprit et dans ses sources, ou a-t-il entendu, de façon plus stricte, obliger les Cours de l'Etat à suivre les précé-

dents établis en Angleterre ? En se référant à la common law ou même à la common law d'Angleterre comme il a été fait en Nebraska et au Texas, a-t-il eu en vue le droit élaboré par les Cours d'Angleterre, ou celui qui pouvait, avant que la loi n'intervienne, avoir été développé par les juridictions des territoires ou Etats d'Amérique sur la base de la common law d'Angleterre ? Dans quelle mesure d'autre part la common law à laquelle on s'est référé englobe-t-elle l'equity, certains statuts, ou encore le droit commercial (ley merchant) ou le droit maritime (Admiralty law) ? (46)

Des questions analogues se sont posées dans les différents territoires soumis à la domination britannique où une loi ou Ordonnance est venue prescrire l'application, au moins dans certains domaines ou certaines circonstances, de la common law telle qu'elle se présentait à une certaine date : 1880 pour la Gambie, 1897 pour le Kenya, 1902 pour l'Ouganda, etc. Ici encore on a pu se demander ce qu'il fallait entendre par la common law, et il a fallu décider, après l'indépendance, comment il convenait de situer les juridictions nationales, dans la hiérarchie, par rapport aux juridictions anglaises qui avaient déclaré la common law ? (47)

Nous n'insisterons pas sur ces difficultés. La question de savoir si tel ou tel précédent établi en Angleterre devait ou non être suivi n'a jamais eu qu'un intérêt assez théorique, la common law n'étant reçue que dans la mesure où ses règles seraient adaptées aux circonstances prévalant dans le territoire ou Etat envisagé. L'indépendance acquise par les pays où la réception a été ordonnée a également réduit considérablement la portée du problème ici examiné. Il est clair que les décisions rendues par des Cours anglaises après que ces pays sont devenus indépendants ne peuvent plus avoir qu'une valeur de persuasion, variable selon les Etats ; en différents Etats des Etats-Unis (Kentucky, New-Jersey, Pennsylvania) la loi a interdit de citer des décisions anglaises postérieures à 1776 et les auteurs s'appuyant sur de telles décisions.

### La règle du précédent à la Chambre des Lords

La règle du précédent est suffisamment claire, et elle est entendue de même manière dans tous les pays de common law lorsque l'on envisage l'hypothèse jusqu'ici

visée : celle où l'on invoque, devant une juridiction, une décision rendue par une autre Cour, placée au-dessus d'elle dans la hiérarchie judiciaire. Il semble aller de soi dans les pays de common law que les juges doivent se conformer aux règles qu'a établies une juridiction à eux supérieure dans la hiérarchie. L'on s'étonne, dans ces pays, qu'une telle règle ne soit pas reçue en tous pays, tant elle paraît conforme à l'idée même qu'il existe une hiérarchie dans les tribunaux. Une autre question est de savoir si les juges sont tenus de suivre le précédent établi par leur propre Cour ou par quelque autre Cour située au même niveau qu'eux dans la hiérarchie judiciaire.

La règle du précédent est conçue à ce sujet avec une grande rigueur en Angleterre. La Chambre des Lords, située au sommet de la hiérarchie judiciaire, se considère comme tenue de suivre ses propres précédents, et la même règle est appliquée à la Court of Appeal. La rigueur ainsi donnée à la règle du précédent ne correspond pas cependant à une tradition très ancienne, et différents signes semblent indiquer qu'elle pourrait à l'avenir être relâchée, conformément à ce qui se produit dans les autres pays de common law.

La possibilité pour la Chambre des Lords de répudier ses propres précédents était jadis admise (48). En 1852 encore, Lord Saint Leonards déclarait : "*You are not bound by any rule of law which you may lay down, if upon a subsequent occasion you should find reason to differ from that rule ; that is, that this House, like every court of justice, possesses an inherent power to correct an error into which it may have fallen*" (49). En fait pourtant la Chambre des Lords est demeurée, depuis le milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle, constamment fidèle à ses précédents. L'idée qu'il y avait là pour elle une obligation a peu à peu progressé. En 1861 ainsi, dans **Beamish v. Beamish**, Lord Campbell se résigne à accepter une doctrine qu'il avait, quelques années auparavant, vainement combattue ; il considère que, cette doctrine ayant été consacrée par la Chambre des Lords, celle-ci est désormais obligée de s'y tenir (50). Le principe est posé avec netteté, quelques années plus tard, dans l'arrêt **London Street Tramways v. L.C.C.** (51) : la Chambre des Lords est liée par ses propres précédents. Une illustration en est donnée en 1939 encore dans **Radcliffe v. Ribble Motor Service Ltd.** La Chambre des Lords maintenant dans cet arrêt en vigueur, par fidélité à ses propres

précédents, une doctrine, celle de **common employment**, que tout le monde, et les nobles Lords en particulier, s'accorderaient à trouver injuste et inadaptée aux conditions de la vie moderne (52). Il appartenait en pareil cas au législateur seul d'intervenir, ce qu'il fit du reste, concernant la doctrine de **common employment**, en 1948.

### La règle du précédent à la Supreme Court of Judicature

Une évolution parallèle à celle qui a affecté la Chambre des Lords s'est produite, plus tardivement, en ce qui concerne la Court of Appeal. Celle-ci, en 1903 encore, n'hésitait pas à rompre avec ses propres précédents (53). Un revirement cependant s'annonce en 1915, où deux juges de la Cour, parce qu'ils se sentent liés par un arrêt précédent de leur Cour, rendent une décision dont l'un d'eux (Buckley, L.J.) déclare qu'il ne voit aucune raison susceptible de la justifier tandis que l'autre (Phillimore L.J.) dit qu'il arrive à cette décision "*with reluctance, almost with sorrow*", et exprime son vif désir que le perdant porte l'affaire à la Chambre des Lords, qui pourra, elle, statuer comme le demande la justice. L'évolution qui se dessine ainsi est parfaite avec l'arrêt **Young v. British Aeroplane Co.**: la Court of Appeal, désormais, se considère comme liée par ses propres précédents (54).

Ce principe paraît avoir une portée absolue, en ce sens qu'il n'y a pas à distinguer si la Court of Appeal a statué ou est appelée à statuer avec un effectif de cinq juges (**full Court of Appeal**) ou de deux ou trois juges (**ordinary sitting**) (55). Une solution inverse a été pourtant admise en ce qui concerne la Court of Criminal Appeal (56) et il est probable qu'elle serait admise aujourd'hui dans le cas où la Court of Appeal doit statuer dans une instance criminelle. La question est d'autre part débattue de savoir si la Court of Appeal, statuant au civil, est obligée de suivre un précédent établi par la même Court of Appeal statuant au criminel.

En ce qui concerne la High Court of Justice, il est établi depuis 1947 que ses juges doivent suivre les précédents établis, en son sein, par une Divisional Court (composée de trois juges) ; il en est ainsi que la Cour ait statué en dernière instance ou qu'elle ait rendu un jugement susceptible d'être l'objet d'un recours à la Court of Appeal. En revanche, la règle du précédent n'a jamais été étendue

aux arrêts rendus par un juge unique dans l'une ou l'autre des Divisions de la High Court of Justice. Ces arrêts seront regardés avec le plus grand respect par les juges de la High Court, mais ceux-ci ne seront pas en droit obligés de les suivre.

### Réaction actuelle : le Practice Statement de 1966

La rigueur croissante donnée en Angleterre à la règle du précédent n'a jamais recueilli une adhésion unanime. Certains juges ont ouvertement déploré qu'on leur impose ainsi de perpétuer les erreurs commises par leurs prédécesseurs (57). D'autres, d'une manière moins agressive, ont déclaré que la Chambre des Lords devait, en certaines occasions, pouvoir modifier sa jurisprudence (58). Le Parlement s'est révélé hors d'état d'effectuer suffisamment vite les réformes que dans leurs décisions les juges appelaient ; et il paraît d'autre part suffisant, pour assurer la suprématie du pouvoir législatif, qu'il puisse intervenir pour rectifier certaines règles, posées par les Cours. L'évolution rapide de la société, l'exemple aussi des autres pays de common law, où la règle du précédent n'est pas conçue avec la même rigueur, ont finalement déterminé un revirement de tendance en Angleterre.

Ce revirement est devenu manifeste en 1966 lorsque la Chambre des Lords, en dehors de tout litige, a fait savoir dans un **Practice Statement** que dorénavant elle ne se regarderait plus comme strictement liée en toutes circonstances par ses propres précédents, mais que, à l'occasion, elle pourrait s'en écarter.

Le **Practice Statement** fait en 1966 par la Chambre des Lords est ainsi conçu :

*"Their Lordships regard the use of precedents as an indispensable foundation upon which to decide what is the Law and its application in individual cases. It provides at least some degree or certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules".*

*"Their Lordships nevertheless recognize that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify the present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous*

*decisions when it appears right to do so.*

*In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to criminal law. This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House".*

Il est encore tôt pour dire dans quelle mesure la Chambre des Lords fera usage du droit qu'elle s'est reconnu de changer sa jurisprudence. A la fin de 1976 l'on pouvait compter sur les doigts de la main les cas où la chose s'était produite. Diverses règles pourtant avaient été posées. Il ne suffirait pas, pour qu'une décision soit mise à l'écart (**overruled**), qu'elle fût mauvaise (**wrong**); une very good reason devait justifier le revirement de la jurisprudence ; celui-ci se produirait plus facilement d'autre part dans le cas d'un arrêt portant sur l'interprétation d'une loi que dans celui d'un arrêt rendu sur la common law, une question de principe étant plus rarement en jeu dans le premier cas que dans le second (59) ; enfin, la Chambre des Lords modifierait plus facilement une jurisprudence par elle établie de façon récente qu'une jurisprudence établie depuis longtemps. On notera également avec intérêt, dans cette Encyclopédie, comment certains revirements de jurisprudence peuvent avoir été déterminés, en partie au moins, par des considérations de droit comparé (60).

La possibilité pour la Chambre des Lords d'effectuer des revirements de jurisprudence n'a peut-être pas été suffisamment prise en considération lorsque, en 1969, une réforme de la procédure a permis d'exercer directement un recours de la High Court of Justice à la Chambre des Lords sans passer par l'instance intermédiaire de la Court of Appeal (**leap-frog procedure**) ; dans le cas précisément où cette procédure va être utilisée, il aurait été précieux pour les juges de la Chambre des Lords d'entendre les jugements rendus par les juges de la Court of Appeal (61).

### Pratique de la Court of Appeal

Le Practice Statement fait par la Chambre des Lords a causé un certain désarroi parmi les juges anglais. Si la Chambre des Lords n'est pas absolument liée par ses

précédents, la Court of Appeal doit-elle l'être elle-même par ces précédents ; et si les juges de la Chambre des Lords peuvent annoncer, par un Practice Statement, qu'ils vont changer leur manière de faire, concernant l'autorité de leurs propres précédents, la Court of Appeal ne peut-elle agir de même et déclarer qu'elle ne se sentira plus strictement obligée de suivre ses propres précédents ?

Lord Denning s'est efforcé vainement de faire reconnaître par une formation spéciale de cinq juges, que la Court of Appeal était désormais libre de répudier, dans des circonstances exceptionnelles, ses propres précédents(62); mais cette tentative n'a pas été appréciée par la Chambre des Lords où l'on a condamné cette *"one-man crusade to free the Court of Appeal from the Shackles of stare decisis"* (63). Dans un arrêt antérieur pourtant, Diplock, L.J. avait observé que *"our fetters are self-imposed"* (64) ; le dernier mot n'a peut-être pas été dit dans cette occurrence.

### Cour suprême des Etats-Unis

La Cour suprême des Etats-Unis a dès l'origine conçu autrement que la Chambre des Lords la règle du précédent ; elle a toujours admis qu'elle n'était pas liée par ses propres précédents et de fait, elle a en de nombreuses occasions répudié la jurisprudence qu'elle avait antérieurement établie. De multiples exemples peuvent en être cités ; il est bien connu que la Cour suprême des Etats-Unis, après avoir été pendant plus d'un siècle le rempart d'un ordre conservateur, est devenue depuis 1936 le champion des droits de l'homme (*civil rights*) et a abandonné son rôle de défenseur d'une économie libérale.

Il est aisé de comprendre pourquoi le principe anglais, qui impose à la Chambre des Lords de suivre ses propres précédents, n'a pas été admis à la Cour suprême des Etats-Unis. Le rôle essentiel de celle-ci, différent de celui de la Chambre des Lords, est d'interpréter une Constitution écrite, rigide, qui ne peut être modifiée par le corps électoral qu'avec une extrême difficulté. Dès l'origine il a été reconnu que cette circonstance imposait de faire prévaloir des méthodes souples dans l'interprétation de la Constitution. *"Nous ne devons jamais oublier, dit le juge en Chef Marshall, que c'est une Constitution que nous avons à interpréter, ... une Constitution destinée à durer pendant des siècles et qui doit, en conséquence, être adaptée*

aux crises variées des affaires humaines" (65).

La Constitution des Etats-Unis a près de deux cents ans d'existence, et au cours de ces deux siècles elle n'a subi qu'un nombre restreint d'Amendements, quoique les Etats-Unis d'aujourd'hui soient devenus à tous égards très différents des treize colonies qui les ont à l'origine constitués. S'il a pu en être ainsi, c'est parce que la Cour suprême des Etats-Unis, gardienne de la Constitution, a pu librement répudier ses propres précédents. La nécessité d'employer, pour l'interprétation de la Constitution, des méthodes souples, a empêché qu'aux Etats-Unis se produise l'évolution vers une plus grande rigidité qui a caractérisé le développement du droit en Angleterre dans le cours du XIXe siècle. Comme écrit Lord Wright, "*it seems clear that, generally speaking, a rigid method of precedent is inappropriate to the construction of a Constitution which has to be applied to changing conditions of national life and public policy. An application of words which might be reasonable and just at some time, might be wrong and mischievous at another time*" (66).

### Cours suprêmes des Etats

L'existence d'une Constitution écrite, que son rôle essentiel est d'interpréter, suffit à expliquer que la Cour suprême des Etats-Unis ne se soit jamais considérée comme liée par ses propres précédents. Mais que va-t-il en être des Cours suprêmes des différents Etats qui, elles, statuent en dernier ressort sur l'interprétation de la common law et des lois de leur Etat ? L'on peut, à ce sujet, noter une certaine hésitation. Les unes, sensibles à l'exemple anglais, vont être tentées de donner une grande rigueur à la règle du **Stare decisis** en considérant que leurs prononcés sont l'équivalent des règles législatives ; d'autres au contraire s'aligneront sur la pratique de la Cour suprême des Etats-Unis et se jugeront autorisées à répudier leurs précédents, lors même qu'il ne s'agit plus pour elles d'interpréter la Constitution spécialement rigide des Etats-Unis.

Donnons ici un exemple de cette diversité (67). Une règle de la common law, importée d'Angleterre, disposait qu'une personne ne pouvait pas être poursuivie pour meurtre (**homicide**) si sa victime venait à mourir plus d'un an après les blessures par elle infligées. La juridiction de l'Etat de New-York (**Court of Appeals**) et celle de l'Etat de

Pennsylvanie ont aboli cette règle en considérant que les progrès de la science permettaient aujourd'hui de dire si le décès, même tardif, était dû ou non aux blessures subies. Les Cours suprêmes, dans les Etats de Maryland et d'Oklahoma, au contraire, se sont refusées à le faire, en considérant que c'était au Parlement de l'Etat, s'il le jugeait opportun, de le faire, et que la Cour suprême ne pouvait pas se substituer à la législature pour faire une oeuvre qui serait de législation (68).

Un argument puissant conduit à préférer la première solution : celle qui permet aux Cours suprêmes des Etats d'opérer des revirements de jurisprudence. Il convient en effet de considérer la structure générale des Etats-Unis et la place restreinte qui est occupée par les lois fédérales. La compétence du Congrès et des autorités fédérales est une compétence limitée. Le principe que pose la Constitution des Etats-Unis est, en matière législative, la compétence des Etats, les autorités fédérales n'ayant de compétence que dans les matières énumérées par la Constitution. Il est vrai que cette compétence des autorités fédérales a été considérablement élargie par l'interprétation que la Cour suprême des Etats-Unis a donnée à certaines formules de la Constitution, mais de très importants secteurs du droit demeurent aujourd'hui régis par le droit des Etats ; il en est ainsi parce que le Congrès ne peut pas faire de lois en ces matières ou, plus souvent, parce qu'il n'a pas jugé approprié de le faire. Il ne faut pas oublier en effet que nous sommes dans un pays de common law, où traditionnellement on considère que "*dire le droit*" dans un sens large (en établir les règles, comme en faire application en résolvant les litiges) est avant tout l'affaire des juges ; la loi ne doit intervenir que si la chose est vraiment nécessaire. Lorsque le Congrès n'a pas fait de loi relativement à une matière donnée, cette matière va être réglée par le droit des Etats. Ce principe est aujourd'hui bien établi, sans qu'il y ait à distinguer si la juridiction appelée à statuer sur une contestation est une Cour d'un Etat ou une Cour fédérale. Il existe de ce fait un danger de désintégration de la common law : non seulement les législateurs des divers Etats peuvent régler différemment certaines matières, mais les Cours des divers Etats peuvent de leur côté interpréter différemment la common law. On est prêt aux Etats-Unis à accepter que les lois soient diverses selon les Etats ; on se refuse

à admettre, en revanche, que la common law soit interprétée différemment dans un Etat et dans un autre. Lorsque la Cour suprême des Etats-Unis, en 1938, a répudié la notion d'une common law fédérale (69), elle a seulement voulu dire qu'il n'appartenait pas aux juridictions fédérales de développer une telle notion ; les Cours fédérales doivent toujours, à défaut de loi, appliquer la common law telle qu'elle est appliquée dans un Etat donné. Mais, ceci dit, il est évident que les juristes américains que la common law ne doit pas être interprétée différemment par les Cours des différents Etats. Les lois peuvent différer, la common law appelle en revanche une interprétation uniforme. **Lex multiplex, jus unum** : cette ancienne formule, qui dominait jadis la conception entretenue dans les Universités d'Europe, demeure vraie dans les pays de common law, où l'on n'est pas venu à confondre au même degré que dans les pays de droit codifié le droit et la loi. Si la Cour suprême d'un Etat, sur un certain point, interprète la common law autrement que n'a fait la Cour suprême d'un autre Etat, la réaction du juriste américain n'est pas de prendre note que dans deux Etats différents il peut y avoir deux droits différents ; il considère, s'il ne peut pas concilier les arrêts rendus, que l'on a dans un Etat interprété correctement et dans l'autre incorrectement la common law. Pour revenir à une uniformité d'interprétation de la common law, que l'on considère non seulement comme étant souhaitable, mais comme étant dans la nature des choses, il faut qu'une des Cours suprêmes répudie l'interprétation qu'elle a donnée ; il est nécessaire que des revirements de jurisprudence puissent se produire pour que cette possibilité existe.

### Autres pays de common law

La conception plus souple, qui est entretenue aux Etats-Unis, a été reçue de façon générale, plutôt que celle, plus rigide, qui est venue à prédominer en Angleterre au début de notre siècle. Nulle part l'on n'a proclamé, comme a fait la Chambre des Lords, que la juridiction le plus haut placée dans la hiérarchie était liée par ses propres précédents. La possibilité pour cette juridiction d'opérer des revirements de jurisprudence a été réservée, même si, dans la plupart des pays, il en a été rarement fait usage. La chose a paru aller de soi ; elle était conforme à la tradition dans des pays où, pendant longtemps, la

juridiction suprême a été celle du Comité Judiciaire du Conseil privé ; ce dernier, donnant en théorie de simples avis au souverain, ne s'est jamais considéré comme lié par des précédents : l'exercice de la prérogative n'est pas l'administration de la justice (70).

La Cour suprême du Canada a invoqué cet argument pour déclarer, après que le recours au Comité Judiciaire du Conseil privé eut été aboli, que, succédant à ce dernier comme juridiction de dernière instance, elle ne se regarderait pas comme liée par ses propres précédents (71). La même pratique est suivie en Afrique du Sud (72), dans l'Inde (73), et la même règle s'est posée par la loi dans Israël (74). Allant plus loin que l'Angleterre, les Courts of Appeal de Nouvelle-Galles du Sud, South-Australia et Victoria en Australie, celle de la Nouvelle-Zélande se reconnaissant, en accord avec Lord Denning, libres de changer leur propre jurisprudence (75).

### Précédents établis par des juridictions étrangères

Aux deux aspects de la règle du précédent que nous venons d'examiner - obligation de suivre les précédents établis par une juridiction hiérarchiquement supérieure, obligation pour une juridiction de suivre ses propres précédents - il peut s'en ajouter un autre : la règle du précédent peut, en certains pays, obliger une juridiction à suivre les précédents établis par une autre juridiction, à laquelle elle n'est pas hiérarchiquement subordonnée, mais avec laquelle il existe un certain lien de coordination, ou pour laquelle est ressentie une certaine obligation de respect (76).

Un exemple se situant dans la première de ces hypothèses est constitué par le rapport qui unit, aux Etats-Unis d'Amérique, les juridictions fédérales et celles des Etats. Les décisions des Cours fédérales ne peuvent jamais être déferées aux Cours des Etats, qui ne sont admises à exercer sur elles aucun contrôle. Au cas où leur compétence résulte de la diversity of citizenship des plaideurs elles sont pourtant appelées à appliquer le droit des Etats, conformément à une loi fédérale, le Judiciary Act 1789. On s'est demandé pendant longtemps si l'obligation ainsi établie concernait seulement les lois (*statutes*) des Etats ou s'étendait au droit en général, c'est-à-dire à la common law telle qu'elle était conçue par leur Cour suprême dans les différents Etats. Cette dernière opinion a prévalu en 1938 dans l'arrêt **Erie Railroad Corp. v. Tompkins** (77). Il

résulte de là que les Cours fédérales, bien qu'elles constituent une hiérarchie indépendante des Cours des Etats, sont tenues de statuer conformément aux précédents établis par les Cours suprême des Etats.

Une situation comparable, quoique différente, existe en Angleterre, si l'on considère les arrêts rendus, avant l'institution de la Supreme Court of Judicature en 1875, par les différentes juridictions, constituant des hiérarchies distinctes, qui existaient alors dans le Royaume. Les juridictions actuellement existantes ne sont pas, et n'ont jamais été subordonnées aux juridictions qui existaient avant qu'elles ne soient instituées. Une certaine correspondance existe cependant entre les juridictions anciennes et celles qui leur ont été substituées. L'on peut en particulier considérer que la Court of Appeal actuelle a pris la place qui était jadis celle de la Court of Exchequer Chamber ; l'obligation existe pour les juges de la High Court of Justice de statuer conformément aux précédents de cette dernière, comme elle existe de se conformer aux précédents plus récemment établis par la Court of Appeal.

### Exceptions à la règle du précédent

Ayant examiné ce que signifie la règle du précédent en rapport avec la structure des décisions judiciaires, et nous étant demandé d'autre part quels précédents devaient être suivis par une juridiction donnée, il convient maintenant de rechercher si la règle, ainsi déterminée dans ses conditions d'exercice et dans sa portée d'application, ne comporte pas des exceptions. C'est là la troisième question que nous avons annoncée (78).

La possibilité de restreindre les termes d'une formule, qui a été employée dans une décision ou qui paraît à première vue rendre compte de cette décision, ne doit pas être regardée comme une exception à la règle du précédent. L'application de cette règle suppose que soit précisée la **ratio decidendi** de la décision où l'un des intéressés veut voir un précédent obligatoire. La technique des distinctions qui est employée à cet effet peut, il est vrai, être employée d'une manière que certains estimeront abusive ; on cherchera par ce moyen parfois, à se libérer d'un précédent qui, selon une interprétation plus honnête, devrait être suivi. Certaines distinctions sont

faites avec une certaine hypocrisie et ne s'expliquent en vérité que par le désir de ne pas appliquer un précédent. Néanmoins, c'est toujours dans le cadre de la règle du précédent que se situent toutes les distinctions qui sont faites, et l'on ne peut donc jamais considérer que limiter la portée d'une décision en introduisant une distinction soit apporter une exception à la règle qui oblige à suivre les précédents.

Pour que l'on se trouve en présence d'une exception il faut que la situation se présente différemment : la **ratio decidendi** de la décision invoquée comme précédent n'est pas dans notre hypothèse précisée, mais elle est franchement déclarée mal fondée, ou pour une autre circonstance la juridiction saisie n'a pas à se conformer à la manière de voir qui a été admise dans une décision précédemment rendue.

De telles exceptions peuvent tenir, dans les différents droits, aux conditions dans lesquelles la décision invoquée a été rendue ou rapportée, ou elles peuvent, dans un autre ordre d'idées, tenir à certaines critiques qu'encourt cette décision.

### Décisions discutables

Certaines décisions peuvent se voir refuser la valeur de précédents obligatoires en raison des conditions dans lesquelles elles ont été rendues. En Angleterre ainsi, la valeur de précédents obligatoires a été jusqu'à une époque récente refusée aux décisions rendues par un juge de la High Court of Justice lorsque ce juge l'avait prononcée dans une ville de province. Ces décisions pouvaient avoir une valeur de persuasion, et pour ces raisons on les a parfois rapportées ; mais elles ne faisaient pas à strictement parler autorité et les Cours inférieures n'étaient pas tenues de s'y conformer. La raison qui en était donnée est que ces décisions risquaient d'être prises, sinon avec une certaine hâte, du moins sans que les avocats et le juge aient à leur disposition les ressources de documentation qu'ils avaient lorsque le procès se déroulait à Londres. Cette exception subsiste-t-elle maintenant que la pratique traditionnelle des commissions d'assises et de nisi prius a été abandonnée, et que la High Court of Justice peut indifféremment siéger à Londres ou en province ? On ne peut le dire avec certitude.

Une condition nécessaire pour qu'une décision ait la valeur de précédent obligatoire est que cette décision soit connue, et qu'on puisse avoir suffisamment foi en la source où elle est rapportée. Beaucoup de décisions, qui auraient pu constituer des précédents obligatoires, seront de ce fait négligées car nul ne s'avise d'aller les découvrir.

Cette considération a joué un rôle fondamental à certaines époques et en certains pays. L'ignorance, a écrit Roscoe Pound, a été l'un des principaux facteurs de développement du droit américain. En Angleterre, même la règle du précédent n'a pu s'établir avec efficacité que lorsqu'il a existé des recueils de décisions judiciaires suffisamment surs. Lors même que ces recueils ont existé, ils ont laissé de côté l'immense majorité des décisions rendues par les juges anglais dans leurs tournées d'assises. Les arrêts rendus à Londres ne sont pas eux-mêmes toujours rapportés. Si 75% des arrêts de la Chambre des Lords sont rapportés, la proportion descend à 25% pour les arrêts de la Court of Appeal, et elle n'est plus que de 10% pour ceux de la High Court of Justice, si l'on envisage les arrêts qui sont rapportés dans le recueil semi-officiel de jurisprudence anglaise, constitué par la collection des Law Reports. Il est rare qu'une décision soit rapportée si le juge s'est borné à la prononcer oralement ; or, il ne faut pas perdre de vue que cette pratique est la règle en Angleterre (79).

Il est vrai que certains arrêts peuvent être rapportés dans d'autres collections privées ou même être publiés dans la presse. L'on admet en Angleterre de façon libérale que de tels arrêts puissent valoir comme précédents ; il suffit pour cela qu'ils aient été rapportés sous l'autorité d'un barrister. Il peut toujours arriver, cependant, qu'une Cour refuse de suivre un précédent, qui est allégué, en considérant qu'il n'a pas été rapporté dans des conditions qui permettent de connaître de façon suffisamment exacte son contenu. Une grande possibilité a existé de ce fait de s'affranchir de l'autorité des précédents dans le cas des anciens recueils ; cette possibilité subsiste, quoique atténuée, à notre époque, lorsque l'on considère les décisions qui peuvent avoir été rapportées en dehors des grands recueils.

Dans tous les pays un tri est fait, parmi les décisions des Cours supérieures, entre celles qui seront rapportées

et celles qui ne le seront pas. Ce tri peut être l'effet d'un certain hasard. Il peut également être fait sous l'autorité ou avec le concours des juges qui, lorsqu'il existe un recueil officiel ou semi-officiel de leurs arrêts, décident en fonction de critères variés ceux de leurs arrêts qui seront rapportés et ceux qui ne le seront pas. Une restriction importante peut de la sorte être apportée à la portée de la règle du précédent ; parmi les arrêts qui devraient normalement être considérés comme précédents, un grand nombre n'acquerra pas cette autorité du fait qu'on les aura laissés tomber dans l'oubli ou que, faute pour eux d'avoir été rapportés dans un bon recueil, leur autorité pourra être le cas échéant contestée, leur source n'étant pas regardée comme suffisamment sûre.

La nécessité, pour qu'une décision judiciaire puisse être regardée comme un précédent obligatoire, qu'elle ait été rapportée d'une manière qui la rende accessible, et qu'on puisse la considérer comme ayant été correctement rapportée, a affaibli la règle du précédent en Angleterre même jusqu'à la deuxième moitié du XIXe siècle, dans une mesure telle que l'existence même de la règle pouvait être mise en doute. La situation a changé à cet égard en Angleterre ainsi qu'aux Etats-Unis d'Amérique et dans les autres pays de peuplement anglophone et de culture occidentale (Australie, Canada, etc.) qui se rattachent à la famille de la common law. L'application de la règle du précédent, en revanche, demeure fréquemment limitée en d'autres pays, parce que les arrêts rendus par les Cours supérieures n'y sont pas régulièrement publiés. Presque sans exception, note un auteur, les recueils de jurisprudence africains ont été *"highly selective in their coverage, of variable editorial quality and sporadic in their publication"* (80).

Si dans un pays donné il n'existe pas de recueils faisant connaître les décisions rendues par les Cours supérieures, ou si les recueils qui sont publiés sont déficients, ou s'ils ne sont pas en fait à la disposition des juges, la règle du précédent peut bien être affirmée en théorie ; il est bien évident que, dans la pratique, son application devient impossible ou que du moins elle va se trouver déformée. C'est à travers des ouvrages de doctrine que, sans doute, les juges des diverses juridictions prendront connaissance de la jurisprudence ; les conditions dans lesquelles fonctionne, en d'autres termes, la règle du précédent, seront de ce fait profondément altérées.

### Décisions per incuriam

D'autres exceptions peuvent être apportées à la règle du précédent, qui sur le plan même de la théorie compromettent l'autorité de cette règle.

Il est ainsi admis que, dans certaines circonstances, l'autorité de précédent ne s'attachera pas à une décision judiciaire pour la raison que cette décision a été rendue **per incuriam**. La portée de cette exception est toutefois restreinte. On peut admettre qu'une décision a été rendue **per incuriam** si les juges ont ignoré une loi ou un précédent qui s'imposait à eux. L'argument qu'un jugement a été rendu **per incuriam** et ne doit pas, en conséquence, être regardé comme un précédent obligatoire, sera en fait principalement invoqué dans le cas où le juge appelé à statuer se trouvera en présence de deux arrêts contradictoires ; il lui permettra alors de suivre le plus ancien de ces arrêts, s'il en juge préférable la doctrine. En revanche, on ne peut pas déclarer qu'un jugement a été rendu **per incuriam** simplement parce que l'on considère qu'il est mauvais (81) ou en faisant valoir qu'il a été rendu après des débats mal menés par les avocats des parties, ou même en l'absence de tout débat.

### Décisions mal jugées ou désuètes

Les juges peuvent-ils se libérer d'un précédent en considérant qu'il a été mal jugé et que la solution par lui adoptée est mauvaise ? Il est évident que cette possibilité, si elle doit être reconnue, ne peut l'être que dans une mesure très restreinte, à peine de détruire la règle du précédent. L'idée de droit naturel, cependant, n'est pas morte en Angleterre, et c'est à elle sans doute qu'il faut rapporter l'affirmation de Holdsworth, selon qui les juges ne doivent pas suivre un précédent s'il va contre les "*general rules and principles*" du droit (82).

L'hypothèse ici visée ne paraît pas devoir se vérifier fréquemment, et l'on comprend que les juristes hésitent à souscrire à l'opinion de Holdsworth dans un pays où toute affirmation de principe est vue avec méfiance. Une autre question en revanche s'impose, qui présente un intérêt pratique évident : c'est de savoir si les précédents établis à une certaine époque, en rapport avec un certain état de la société, doivent encore être suivis lorsque l'état de la société et le sentiment du juste, lié à cet état, ne sont plus les mêmes.

L'on a sans hésitation donné à cette question une réponse négative - et admis en conséquence que certains précédents ne doivent pas être suivis - quand on a prévu que, dans un pays autre que l'Angleterre, son pays d'origine, la common law serait appliquée. La réception dans ce cas n'a jamais été totale. Que l'on envisage les colonies d'Amérique, les Présidences de Calcutta, Bombay et Madras dans l'Inde, ou les pays d'Afrique soumis à la domination britannique, la réception de la common law, qui implique de suivre les décisions judiciaires faisant autorité en Angleterre à une certaine époque, a toujours été accompagnée d'une réserve : les règles du droit anglais n'ont jamais été déclarées applicables, dans ces pays, que dans la mesure où elles paraîtraient pouvoir s'y appliquer. Toute autre solution aurait été irréaliste et absurde.

Ce qui est vrai dans le cas où il est procédé à la réception de la common law ne doit-il pas l'être, dans un pays donné, lorsqu'une règle de la common law apparaît liée à certaines circonstances, qui ne sont plus celles du temps présent ? Deux solutions, en pareil cas, sont offertes : on peut proclamer purement et simplement la caducité de la règle devenue désuète ou l'on peut, sans la répudier, la rendre inopérante en faisant une distinction fondée sur l'existence de circonstances nouvelles.

La doctrine anglaise a rejeté, au XIXe siècle, l'une et l'autre de ces solutions. Les affirmations tranchées qui ont été faites à cet égard doivent pourtant être considérées avec une certaine réserve. L'évolution qu'a subie le droit anglais montre suffisamment que les juges n'ont pas été insensibles aux transformations qui se produisaient dans la société. Si l'on n'a pas, formellement, répudié les précédents anciens, on a su leur apporter les précisions et compléments que demandait, de nos jours, la justice. La plus grande souplesse dans l'application de la règle du précédent, que laisse entrevoir la déclaration solennelle faite par la Chambre des Lords en 1966, donne à penser que, à l'avenir, il sera plus ouvertement tenu compte des changements intervenus dans la société pour faire évoluer le droit.

La question ici envisagée se présente de façon toute différente dans les pays où la Cour suprême n'est pas liée par ses propres précédents. Les revirements de jurisprudence qu'a opérés ainsi la Cour suprême des Etats-Unis ne tiennent évidemment pas à un caprice des juges ;

ils correspondent aux idées et au sentiment de la justice nouveau, qui sont venus à être entretenus par les citoyens dans une société qui n'est plus celle où les colonies d'Amérique ont déclaré leur indépendance.

## F. SYSTEMES MIXTES

Une règle du précédent calquée sur la règle anglaise a été de façon générale admise dans les pays où le droit est fondé sur une tradition mélangée de droit civil et de common law : Ecosse, Québec, Louisiane, Union Sud-Africaine, Ceylan, Philippines, Israël.

La chose était probablement inévitable en Ecosse, où nulle codification ne pouvait intervenir, un Parlement unique existant pour Angleterre et Ecosse, et où la Chambre des Lords constituait la juridiction suprême en matière civile. Certains l'ont pourtant déploré, en faisant valoir qu'il s'agissait là d'un abandon de la tradition nationale, et la règle du précédent a été appliquée avec une certaine souplesse à la Court of Session, qui est la plus haute juridiction existant en Ecosse même (83) ; le principe y a toujours été posé, notamment, qu'un précédent ne devait pas être aveuglément suivi s'il ne correspondait plus aux conditions actuelles de la vie en société.

### Afrique du Sud et Ceylan

On trouve une situation analogue dans les pays ayant appartenu à l'Empire Britannique, où le droit est, ou a été, fondé sur la Roman-Dutch Law.

Dans l'Union Sud-Africaine en particulier, si l'on ne trouve pas à proprement parler d'**institutional writers** comme en Ecosse, une grande autorité a été reconnue aux auteurs qui, en Hollande, ont écrit au XVII<sup>e</sup> siècle et au XVIII<sup>e</sup> siècle sur le droit romain et le droit naturel : Grotius et Voet notamment y jouissaient d'un très grand prestige. Le territoire étant passé de la souveraineté des Provinces-Unies à celle de l'Angleterre, nulle codification n'est intervenue comme il est arrivé au contraire en Indonésie. Nulle oeuvre d'ensemble non plus n'est venue rajeunir les oeuvres de Grotius et de Voet. Il a appartenu à la jurisprudence de fixer et de faire évoluer le droit ;

pour créer la sécurité nécessaire, on a admis une règle de précédent du type anglais. L'évolution du droit était placée sous le contrôle du Comité Judiciaire du Conseil privé, qui ne se considérait pas comme lié par ses propres précédents ; la Cour suprême n'a pas hésité à maintenir pour elle-même ce principe lorsque le pays s'est affranchi de la puissance anglaise.

L'adoption de la règle du précédent a été facilitée du fait que la procédure avait été remodelée selon l'exemple anglais ; les juges aussi étaient choisis de même manière qu'en Angleterre, et étaient moins sensibles que sur le continent européen au prestige de la doctrine. Le sentiment d'indépendance que l'on pouvait éprouver dans un pays éloigné, et à bien des égards différent de l'Angleterre a eu pour effet que, sous l'impulsion notamment d'un grand juriste, Lord de Villiers, on a maintenu quant au fond les solutions de la Roman-Dutch Law, mais la même résistance à la pression de la common law ne s'est pas manifestée en ce qui concerne les sources du droit, et notamment le rôle à reconnaître à la jurisprudence (84).

S'il en a été ainsi dans l'Union Sud-Africaine, le même développement devait se produire à Ceylan (Sri-Lanka), où la Roman-Dutch Law avait de moins profondes racines (85). Dans ce pays également, la règle du précédent a prévalu et continue à dominer l'évolution du droit jurisprudentiel, sous la haute direction du Comité Judiciaire du Conseil privé, auquel il est demeuré possible de s'adresser en dernière instance.

Ce qui est dit ici concernant ces deux pays ne vaut que pour le droit d'inspiration occidentale, applicable dans certaines matières ou à certaines catégories de personnes. Il subsiste un droit d'inspiration toute différente pour les rapports personnels pour les Hindous, Cinghalais, Bantous ou autres personnes qui ne suivent pas le mode de vie européen.

### Québec, Louisiane, Philippines

On pourrait s'attendre à trouver une situation différente dans certains autres pays où s'est produite la rencontre des conceptions romanistes et de common law, tels la province de Québec, l'Etat de Louisiane, et les Philippines. On trouve en effet dans ces pays des codes civils,

qui rendent beaucoup moins nécessaire de reconnaître l'autorité des précédents. Pour des raisons diverses on en est venu néanmoins à admettre dans ces pays une règle obligeant à suivre les précédents établis par les juridictions supérieures.

Il ne pouvait guère en être autrement au Québec et en Louisiane. La codification est restée incomplète dans ces pays, comme du reste elle l'est demeurée dans les pays de l'Europe continentale ; il ne faut pas s'étonner que dans des branches du droit non codifiées la règle du précédent ait été reçue dans la pratique ; il n'en a guère été autrement en France si l'on considère l'oeuvre du Conseil d'Etat. Mais surtout le Québec et la Louisiane font partie d'ensembles fédéraux et sont soumis en bien des domaines à des lois fédérales ; il était naturel que l'on vienne à y pratiquer une règle qui était reçue, pour l'interprétation de ces lois, dans les autres provinces ou Etats fédérés (86).

Les Philippines auraient peut-être pu mieux résister à la séduction des méthodes américaines. Il n'en a rien été, et c'est le Code civil même de ce pays qui reconnaît la force obligatoire du précédent dans son article 8, disant que les décisions judiciaires sont "*part of the legal system*" dans ce pays.

## G. CONCLUSION

### Codification et règle du précédent

Le moment est venu de conclure. On conçoit aisément que l'attachement des juges aux règles qui résultent des précédents soit plus strict dans les pays de common law que dans les autres pays, où le droit se présente, avant tout, sous la forme de la loi. Les principes mêmes du droit peuvent apparaître menacés dans les pays de common law si la jurisprudence n'est pas stable ; ils demeurent saufs dans les pays où le législateur a établi les cadres de l'ordre juridique.

Cette considération a conduit pendant longtemps la Chambre des Lords, en Angleterre, à exclure la possibilité pour elle-même d'opérer des revirements de jurisprudence ; on craignait que les juridictions de tous ordres fussent tentées de se rebeller contre les doctrines admises

par la Cour suprême si elles avaient le sentiment qu'elles pourraient, ce faisant, obtenir un changement de la jurisprudence établie. Tout le système, fondé sur la règle du précédent, serait en ce cas mis en péril. Aux Etats-Unis, de fait, l'orientation progressiste nouvelle prise par la Cour suprême a conduit nombre de juristes à se demander s'il existait encore vraiment, aux Etats-Unis une règle imposant aux juges de suivre les précédents (*stare decisis*) établis par les Cours suprêmes.

Ces craintes pourtant semblent vaines. L'exemple des pays de la famille romano-germanique est ici concluant. Nulle règle n'existe dans ces pays, selon le droit, qui oblige les juges à s'en tenir aux précédents ; les arrêts des Cours suprêmes, cependant, jouissent en fait d'une autorité qui est rarement contestée. Il est largement artificiel d'opposer comme on fait souvent, en ce qui concerne le rôle de la jurisprudence, pays de droit civil et pays de common law.

La règle du précédent n'est pas la règle rigide que se figurent, souvent, les juristes des pays romanistes. La règle du précédent est aussi rigide ou aussi souple Elle peut sembler rigide à voir combien souvent les juges statuent en invoquant l'autorité de précédents ; juges statuent en invoquant l'autorité de précédents ; mais, s'ils le font, c'est dans l'immense majorité des cas parce qu'ils pensent que ces précédents sont justes. S'ils estiment qu'ils doivent s'en affranchir, ils en ont toujours, en pratique, la possibilité : ils n'en récuseront pas catégoriquement, sans doute, l'autorité, mais ils en réduiront la portée par le moyen de distinctions, par l'effet desquelles il arrivera parfois que le principe, apparemment posé à l'origine, soit totalement renversé (87).

S'il existe entre pays de la famille romano-germanique et pays de common law une différence, touchant le rôle ici et là de la jurisprudence, cela ne tient pas, comme on pouvait encore le croire il y a cinquante ans, parce que la loi ici, la jurisprudence là serait la source principale, presque exclusive du droit ; et ce n'est pas non plus parce qu'il existe dans les pays de common law une règle du précédent qui n'existe pas dans la famille romano-germanique (88). On est d'accord aujourd'hui pour penser que ces différences existant à ce double égard ont été surévaluées et qu'elles se sont considérablement atténuées d'autre part de nos jours (89).

## Organisation judiciaire et règle du précédent

Plus que de règles techniques se rapportant à la valeur des sources du droit, la différence entre les deux groupes de pays dérive d'autres considérations (90). Elle tient avant tout à la différence de structure des juridictions, à leur moindre concentration et à la facilité que l'on a de les saisir dans les pays de la famille romano-germanique (91). On ne peut s'attendre à ce que la jurisprudence joue le même rôle si l'on considère d'une part l'Angleterre ou les Etats-Unis, d'autre part l'Allemagne, la France ou l'Italie. En Angleterre, une Cour suprême unique (la Chambre des Lords) comporte une douzaine de juges et rend au maximum 50 décisions par an ; aux Etats-Unis neuf juges à la Cour suprême rendent moins de 200 décisions motivées par an. En Allemagne fédérale il n'y a pas moins de six Cours suprêmes divisées elles-mêmes en sections ; l'une de ces six Cours suprêmes, le **Bundesgerichtshof**, comorte plus de cent juges et a rendu en 1976 3873 arrêts en matière civile, et 3660 en matière pénale. En France il existe deux Cours suprêmes (Cour de Cassation et Conseil d'Etat) auxquelles s'ajoute le Conseil Constitutionnel ; la Cour de Cassation compte 114 juges et le Conseil d'Etat 138 ; la Cour de Cassation a jugé en 1976 6980 affaires civiles et 3635 affaires pénales. La Cour de Cassation italienne compte 295 juges, qui ont tranché en 1977 7266 affaires civiles et 33185 affaires pénales. Les décisions rendues par ces Cours suprêmes ne peuvent être aussi mûries, ni aussi connues que celles des Cours suprêmes de l'Angleterre ou des Etats-Unis. La collégialité est devenue un leurre ; à la Cour de Cassation en France les sept juges qui doivent obligatoirement participer à la délibération dans chaque affaire se rallient à peu près automatiquement à l'opinion du "*Conseiller Rapporteur*", qui seul a étudié l'affaire et qui a établi un projet pour la décision ; et dans la même chambre de la Cour, il arrive que l'on oublie la décision qui a dans une autre affaire été rendue quelques mois auparavant.

## Recrutement des juges et règle du précédent

A cela s'ajoute une autre considération : celle de la personnalité des juges. Les juges, dans les pays de la famille romano-germanique, sont des magistrats de carrière ; ils ont toujours pensé que leur fonction était

de trancher les contestations, non de créer le droit. Par la force des choses ils jouent un rôle à ce propos aussi ; il n'y a pas d'interprétation du droit ou des lois qui ne conduise pas à le déformer, le compléter, le transformer. Les juges cependant ne s'avouent même pas à eux-mêmes qu'ils remplissent un tel rôle. La différence est grande avec les juges des Cours suprêmes anglaise ou américaine qui, choisis différemment et ayant eu une autre carrière, ont la fierté de ce rôle et n'hésitent pas parfois à s'ériger en législateurs, annonçant qu'à l'avenir, mais dans l'avenir seulement ils statueront de telle manière (**prospective overruling**), ou exposant les principes qui désormais les guideront dans telle ou telle branche du droit (92).

La jurisprudence, administrée dans d'autres conditions et par des juges différents, ne peut avoir le même rôle, en fait, dans les deux groupes de pays.

## NOTES

(1) Les **rules of the Supreme Court** et les **County Court Rules**, qui jouent en Angleterre le rôle de Code de Procédure, sont établies par des commissions spéciales ; la procédure des **Administrative Tribunals** est établie selon ces organismes de façon différente, le **Council on Tribunals** s'efforçant seulement de faire prévaloir dans ces procédures certaines règles. En France, les principes fondamentaux de la procédure sont établis par le législateur, les règles d'application et de détail étant du ressort du pouvoir réglementaire. Le Code de procédure civile qui est actuellement en cours d'ébaloration - certaines de ses parties seulement étant achevées et entrées en vigueur - est fait par des décrets préparés et promulgués par le Ministère de la Justice (Chancellerie).

(2) La Cour suprême de l'U.R.S.S. continue à être la juridiction suprême du pays. Mais depuis 1972 elle est, autant et plus même peut-être qu'une juridiction ayant à juger des procès, un organisme chargé de surveiller la correcte application du droit. En dehors de ses instructions, qui doivent demeurer dans le cadre des lois en vigueur, elle est dotée du droit d'initiative législative devant le Soviet Suprême, à qui elle peut proposer des lois nouvelles. Un statut analogue est fait à l'arbitre-chef de l'U.R.S.S. pour les matières qui doivent être résolues par les organes de l'arbitrage étatique (**Gosarbitraž**).

(3) La loi des 16-24 août 1790, qui a posé alors le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, est toujours en vigueur en France ; sur elle reposent l'autonomie du droit administratif par rapport au droit privé et l'incompétence des tribunaux de l'ordre judiciaire pour connaître des litiges propres au droit administratif.

(4) Code 7-45 (Constitution de 529) : "l'on doit juger en considérant les lois, non en suivant les précédents". M. Von Dawson, **The oracles of the Law** (Ann Arbor, Mich. 1968), 123.

(5) Austin (J) *Jurisprudence* (5th ed. 1879) II, 655 - Cf. aussi Buckland (W.W.) *Mc Nair (A.D.)*, *Roman law and common law* (2nd ed. par F.H. Lawson, 1953).

(6) Mellish, L.J., in *Allen v. Jackson* (1875) I Ch.D. 399,405. See also Sir Kenneth Diplock, *Courts as legislators* (1965), 2. "The whole of the rules of equity, écrit un juge anglais, and nine-tenths of the common law have in fact been made by the judges".

(7) Fragistas (Ch.N.), "Les précédents judiciaires en Europe continentale", *Mélanges offerts à Jacques Maury* (1960) II, 139-172, p. 157

(8) Les lois allemandes et autrichiennes qui donnent à certains arrêts la force de précédents obligatoires sont antérieures à la codification.

(8 bis) Cf. cependant l'art. 12 du Code civil autrichien (ABGB) : "Les décisions prises dans des cas particuliers et les jugements rendus par un

tribunal dans des espèces spéciales n'ont jamais la force d'une loi et ne peuvent s'étendre à d'autres cas ou à d'autres personnes". Ailleurs l'exclusion de la jurisprudence comme source du droit résulte de son omission dans les articles qui énumèrent ces sources.

(9) Court Law, n° 59, du 16 avril 1947.

(10) Itoh (H), How judges think in Japan, 18 *am. J. Comp. Law* (1970), 775-804, p. 780 ; Kawashina (T.), The concept of judicial precedent in Japanese law, *Ius privatum gentium Festschrift, für* I-1969, 85-101.

(11) Ce système sera aboli lors de la promulgation du Code Civil, mais jusqu'en 1837 il faudra en référer au Parlement si un conflit se produit entre la Cour de Cassation et les autres juridictions quant à la manière dont une loi doit être interprétée.

(12) Dupeyroux (O), La jurisprudence, source abusive du droit, *Mélanges de Jacques Maury* (1960) II, 349-376.

(13) Fragistas (Ch. N.), Les précédents judiciaires en Europe continentale, *Mélanges Jacques Maury* (1960) II, 141-172.

(14) Puig Brutau (J.), La jurisprudencia como fuente del derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial (s.d.) - Herzog (J.B.), Le droit jurisprudentiel et le tribunal suprême en Espagne (1942). Castan Tobenas (J.), La formulacion judicial del derecho (2e ed. 1954). Neville Brown, The sources of Spanish law, 5 *int. & Comp. L.G.* (1956), 367.

(15) La procédure mexicaine admet la pratique des jugements minoritaires.

(16) Art. 107 VIII, paragraphes 2 et 3

(17) Salinas Martinez (A.), La suprema Corte y la jurisprudencia obligatoria, Conférence faite à la Faculté de droit de l'Université autonome du Nuevo León le 19 Avril 1975, 205-221.

(18) Fromont (M.) Rieg (A), Introduction au droit allemand, I. Les Fondements (1977), 95-106.

(19) Il en est de même aux Pays-Bas lorsque la Cour Suprême (Hoge Raad) renvoie l'affaire à une juridiction inférieure, ce qui arrive dans environ 25% des cas.

(20) Les arrêts du Conseil d'Etat, en revanche, ne sont l'objet d'aucune publication officielle. La chose peut surprendre, étant donné que, le droit administratif n'étant pas codifié, les arrêts du Conseil d'Etat sont appelés à jouer un plus grand rôle que ceux de la Cour de Cassation ; l'existence d'un recueil privé, le LEBON, a dissuadé le législateur de prescrire ici la compilation d'un recueil officiel.

- (21) Fragistas (Ch. N.), Les précédents judiciaires dans l'Europe continentale, Mélanges Jacques Maury (1960), II, 163.
- (22) Lewis (T.E.), The History of Judicial precedent. 46, Law Quarterly Review, 207-224 et 341-360 (1930) ; 47, 411-427 (1931) ; 48, 230-247 (1932).
- (23) Goodhart écrivait de même en 1948 : "The English doctrine of precedent is more to day than it ever was in the past". 64 Law Quarterly Review 40-44 (1948).
- (24) Erie Railroad Corp. v. Tompkins, 304 U.S. 64 (1938).
- (25) Allott (A.N.), Essays in African Law (1960).
- (26) Cross, 77.
- (27) On peut néanmoins penser que, lorsque l'on connaît avec suffisamment de détails les faits d'une espèce d'une part, la décision rendue d'autre part, il est souvent facile de reconstituer le raisonnement du juge et de découvrir la **ratio decidendi** de son jugement. Cross, 43-46.
- (28) Les **Pleadings** de la procédure anglaise ou américaine ne sont pas l'équivalent des **conclusions** de la procédure suivie sur le continent ; rédigés en vue de préciser les divergences existant entre les parties sur des questions de fait, ils ne présentent pas les vues contradictoires que celles-ci peuvent entretenir concernant les règles de droit applicables à leur litige.
- (29) Les décisions judiciaires seront plus amplement motivées, pour cette raison, quand il est prévu qu'elles seront publiées.
- (30) G.Goria, en Italie, déplore pareillement à ce sujet la pratique de la Cour de Cassation d'Italie, qu'il croit pouvoir opposer à la Cour de Cassation française. La chose est cependant de peu d'importance dans des pays où l'on ne reconnaît pas l'obligation de suivre les précédents.
- (31) Beherens v. Bertzam Mills Circus Ltd (1957) 2 K.B.1 per Devlin, J, p. 25.
- (32) Les arrêts du Tribunal fédéral, en Suisse, sont rédigés et motivés par le Greffier du tribunal, non par un juge.
- (33) La règle n'est pas absolue. Les juges du Tribunal fédéral en Suisse délibèrent en public, et la même pratique est devenue courante à la Cour de Cassation en France.
- (34) On parle en ce cas de **votos vencidos** ou **votos secretos** dans les pays de langue espagnole, de **discordias** dans les pays de langue portugaise.
- (35) Jusqu'à une époque récente il n'y a pas eu d'opinions minoritaires au sein du Comité Judiciaire du Conseil privé, et la pratique est également, à la Criminal Division de la Court of Appeal, qu'une seule motivation

soit donnée à l'arrêt de la Cour. Cross, 100.

(36) Cross, 86 et ss.

(37) Cross, 90-102.

(38) **The Mostyn**, (1928) A.C., p. 73.

(39) **Quinn v. Leatham** (1901) A.C. 495, 506. - L'importance des circonstances de fait pour déterminer la **ratio decidendi** d'un jugement a été spécialement mise en valeur dans l'article de A. Goodhard, *Determining the Ratio Decidendi of a case*, in *Essays in Jurisprudence and the Common law* (1931), I.

(40) Williams (G.), *Learning the Law* (10e ed., 1979), 72.

(41) LLewellyn (K.), *The Bramble Bush* (ed. 1930), 52.

(42) Une certaine compétence lui est cependant reconnue, à l'égard de décisions rendues par des juridictions anglaises mêmes, mais qui ne sont pas des juridictions de common law, en matière de brevets d'invention ou de discipline ecclésiastique notamment. Ici encore cependant il ne formule, selon la théorie, que des recommandations (**advices**) au souverain, et ne rend pas de "jugements".

(43) *Thompson v. Meyer* (1961) A.C. 967 - Cross, 166-167.

(44) Dans *Schorsch Meyr GmbH v. Hennin* (1975) Q.B. 416 il a été jugé par exemple que la jurisprudence anglaise imposant de prononcer des condamnations en livres sterling seulement devait être abandonnée dans le cas des rapports de droit intercommunautaires comme étant contraire à un article du Traité de Rome.

(45) Cross, 131.

(46) Sur toutes ces questions, cf. Pound (R.), *The formative era of American law* (1938) ; - Tunc (A. et S.), *Le droit des Etats-Unis d'Amérique. Sources et techniques* (1955), N° 20 à 25.

(47) Allott (A.), *New Essays in African Law* (1970), 28-69. Un cas particulier est celui de la République de Liberia, où la loi a déclaré applicables "la common law et les usages des Cours de l'Angleterre et des Etats-Unis d'Amérique, tels qu'on les trouve exposés chez Blackstone, chez Kent, et dans les autres ouvrages faisant autorité".

(48) Elle paraissait aller de soi au temps où tous les membres de la Chambre des Lords pouvaient participer au jugement des affaires, la fonction judiciaire de la Chambre des Lords étant mal distinguée alors de sa fonction législative.

(49) *Bright v. Hutton*, 3, A.L.C. 343, 388.

(50) *Beamish v. Beamish* (1861) 9 H.L.C. 274.

- (51) *London Street Tramways v. L.C.C.* (1898) A.C. 735.
- (52) *Radcliffe v. Ribble Motor Service Ltd.* (1939) A.C. 215.
- (53) *Wynne-Finch v. Chaytor* (1903) 2 K.B. 475.
- (54) 1944 K.B. 718.
- (55) Cf. l'arrêt de la Chambre des Lords rendu sur appel de *Yougg v. Bristol Aeroplane Co.* (1946) A.C. 169.
- (56) *R. v. Taylor* (1950) 2 K.B. 368.
- (57) *Garthwait v. Garthwait* (1964) P. 356, per Lord Diplock, p. 391.
- (58) Lord Evershed, M.R. : "The House (of Lords) can, and on occasions, must modify the previous pronouncements when they cease to conform with the social philosophy of the day", in *The Court of Appeal in England*, 18.
- (59) *R. v. National Insurance Commissioner* (1972) A.C. 997.
- (60) *Miliangos v. George Frank (Textiles) Ltd.* (1976) A.C. 443 est intervenu après que dans un arrêt antérieur, *Schorsch Meyr GmbH v. Hennin* (1975) Q.B. 416 la Court of Appeal eut jugé que la règle du droit anglais, posée par la Chambre des Lords *Re United Railways of Havana* (1961) A.C. 1007, selon laquelle un juge anglais ne pouvait condamner à payer qu'une somme libellée en livres sterling, ne pouvait pas être maintenue dans les rapports intéressant les ressortissants des Etats de la Communauté Européenne, parce qu'elle était contraire à l'Art. 103 du Traité de Rome.
- (61) Denning (Lord), *The discipline of Law* (1979), 300, invoque à ce sujet, de façon assez exceptionnelle, le témoignage de Lord Simonds.
- (62) *Davis v. Johnson* (1978) 2 W.L.R. 182.
- (63) (1978) 2 W.L.R. 553.
- (64) *Bays v. Chaplan* (1968) 2 Q.B. 35.
- (65) *Mc Culloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).
- (66) *Precedents*, 8 *Cambridge Law Journal* (1928), 118, 135.
- (67) Whitmore Gray, *To what extent are Judicial Decisions and Legal Writings Sources of Law ? Rapports généraux au IXe Congrès International de droit comparé (Téhéran, 27 septembre-4 octobre 1974)* (1977), 31-53.
- (68) La Cour suprême de Pennsylvanie au contraire a accepté de le faire parce qu'il s'agissait là, selon elle, d'une règle touchant non le fond du droit (a rule of substantive law), mais seulement l'administration de la justice et la preuve (a procedural rule of evidence), matière où l'autorité judiciaire a une compétence plus étendue.

- (69) *Erie Railroad Corp. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938).
- (70) *Gideon Nkambule v. R.* (1950) A.C. 379, 397.
- (71) *Re Farm Products, Marketing Act* (1957) D.L.R. (2nd) 257, 271. La Cour suprême du Canada se considérait au contraire comme liée par ses propres précédents quand il existait une possibilité de recours au Comité Judiciaire du Conseil privé. Joanes (A.), *Stare decisis in the Supreme Court of Canada*, 36 *Can. Bar Review* 174-200 (1958).
- (72) *Harris v. Donges* (1952) 1 TLR Overruling *Ndlwana v. Hofmeyr* (1937) AD 229.
- (73) *Bengal Immunity Co Ltd. v. States of Bihar* (1955) 2 Sup. Ct. R. 603.
- (74) The Judicial Courts Act 1957, art. 33.
- (75) *A.G. for New South Wales v. Perpetual Trustee Co.* (1952) 85 CLR 189  
*Bennett v. Orange City Council* (1967) 1 NSW 502. Lord Denning, *The discipline of Law* (1979) 299.
- (76) Je laisse de côté ici l'hypothèse, précédemment examinée, où la common law d'Angleterre a fait l'objet d'une réception et où des précédents établis en Angleterre doivent en conséquence être suivis dans d'autres pays.
- (77) 394 U.S. 64 (1938).
- (78) Cross, 32 : The current exceptions to the doctrine are as miscellaneous as they are ill-defined.
- (79) Lawson (F.M.) *Comparative judicial practice*, XXV *Am. J. of Comp. Law* (1977) 364-371.
- (80) Milner (A.), *The African Law Reports*, 61 *Law Lib. J.* 11-15 (1968).
- (81) *Cassell & Co. Ltd (N° 2) v. Broome* (1972) A.C. 1027, per Lord Haldane, L.C., et l'autocritique de Lord Denning, *The Discipline of Law* (1979), 308-313.
- (82) Holdsworth, *History of English Law* XII, 146-162. Cette exception à la règle du précédent est regardée comme très douteuse par Cross, 117.
- (83) David (H.), *Introduction à l'étude du droit écossais* (1972).  
 Smith (T.E.) *Precedents in Scots law*.
- (84) Hahlo (H.R.) Kahn (E.), *The South African Legal System and its Background* (1968) ; Lee (R.W.), *Introduction to the Roman-Dutch Law* (5e ed., 1961).
- (85) Jennings (I.) Tambiah (H.W.), *The British Commonwealth. The Development of its Laws and Constitutions*. VII ; Ceylon (1963).

(86) Friedman (W.), *Stare decisis at Common law and under the Civil Code of Quebec*, 31 *Can. Bar Review* 723-751 (1953)

(87) Un exemple typique est fourni par l'arrêt **Paradine v. Jane** (1647) Aley 26. Cet arrêt posait en principe que la force majeure ne libérait pas un contractant de son obligation d'exécuter ce qu'il avait promis. Une série d'exceptions a en fait établi en Angleterre le principe inverse.

(88) Goodhart (A.L.), *Precedent in English and Continental Law*, 50 *Law Quarterly Rev.* 40-65 (1934) voyait dans la doctrine du précédent "the fundamental distinction between the English and the Continental legal method... the distinctive feature of the common law system".

(89) Zweigert-Kötz, I, 311-328.

(90) Cappelletti (M.), *The Doctrine of Stare decisis and the civil law: A fundamental difference - or non difference at all ? Festschrift für K. Zweigert* (1981).

(91) Bellet-Tunc-Touffait, *La Cour judiciaire suprême. Une enquête comparative* (1978).

(92) Dans *British Rys. Board v. Herrington* (1972) A.C. 879 la Chambre des Lords pose des principes nouveaux concernant la responsabilité des occupants d'un immeuble en raison des accidents pouvant survenir à des enfants. Dans *Great Northern Ry. v. Sunburst Oil and Refining Co.* 288 U.S. 350 (1932) et dans *Linkleter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965) la Cour Supême des Etats-Unis annule, mais sans effet rétroactif, des lois américaines. Nicol (A.G.), *Prospective Overruling. A new Devise for English Courts*, 39 *Modern L.R.* 542.  
Cross, 127, 289.

## RECHERCHE SUR LA DOCTRINE, SOURCE D'UNIFICATION INTERNATIONALE DU DROIT

Nous publions ci-dessous le texte des indications et questions adressées aux rapporteurs nationaux du thème : *"La Doctrine, source d'unification internationale du droit"*, dans le cadre du douzième congrès international de Droit Comparé qui se tiendra en Australie (Sydney - Melbourne) en août 1986.

Ce document est intéressant en ce qu'il conduit à une approche épistémologique de l'attitude des auteurs tant sur le contenu de leur action que sur la perception qu'ils en ont. Il a déjà suscité les réflexions, du plus haut intérêt, du Professeur Sacco que nous publions à sa suite (1).

De la même façon, les lecteurs sont invités à nous adresser leurs réactions, qui seront transmises au Professeur Mouly, rapporteur général de ce thème au douzième congrès international de Droit Comparé.

---

(1) Ce texte a été déjà publié, par erreur, dans le numéro précédent (1985-2). Nous prions le Professeur Sacco et le Professeur Mouly de bien vouloir nous en excuser.

## INDICATIONS GENERALES CONCERNANT LE THEME :

### "La doctrine, source d'unification internationale du droit"

Etant donné le caractère général du sujet et les diverses façons dont il peut être entendu, je souhaite que chaque rapporteur use d'une large liberté d'expression. Les indications qui suivent ont seulement pour but de rendre possible le rapprochement des rapports nationaux. A cette fin, je tenterai d'exposer les buts de cette réflexion (I) avant de préciser les grandes lignes qui sont concevables pour chaque rapport national (II).

#### I - BUT DE LA RECHERCHE

Le thème du rôle de la doctrine dans l'unification internationale du droit a été proposé en raison des critiques de plus en plus fréquentes qui sont faites à l'unification internationale par voie législative. La loi n'a pas rempli le rôle qu'on espérait en matière d'unification. Les conventions ou les lois modèles sont très difficiles à conclure ; les compromis entre les systèmes juridiques existants donnent des résultats sans intérêt pour les parties ; les problèmes trop complexes empêchent parfois l'unification soit que la solution soit renvoyée à la loi nationale désignée par les règles de conflits, soit que des réserves soient aménagées. Lorsque les conventions ont été péniblement élaborées, elles sont rarement ratifiées.

Un excellent tableau des critiques et des obstacles qui s'élèvent à l'encontre de l'unification par l'intermédiaire de la loi a été dressé par René David dans : *The International Unification of Private Law*, volume II, chapitre 5, de *The International Encyclopedia of Comparative Law* ; voir aussi, du même auteur : *Renaissance de l'idée de*

Jus Gentium, in : Le Droit Comparé, Droits d'hier, Droits de demain, Paris, Economica, 1982, pp. 321-323.

Si l'unification législative paraît partiellement inefficace, il peut être utile de s'intéresser à d'autres méthodes. Le rôle que la doctrine peut remplir en tant que source du droit est une question traditionnellement examinée dans les congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé (voir : au congrès de Téhéran le rapport W. Gray : To What Extent are Judicial Decisions and Legal Writings Sources of Law ? Au congrès de Budapest le rapport de J. G. Sauveplanne sur The Notion of Positive Law ; au congrès de Caracas les rapports sur la coutume). Quelle que soit l'optique adoptée, un sentiment toujours identique est exprimé : la doctrine est tout au plus une source secondaire, **persuasive authority** qu'il est impossible d'assimiler à une véritable source du droit. Le rapport de W. Gray précité est très éloquent sur ce point : voir spécialement p. 32 et 45 s. De la même façon la conception des sources du droit qui fait une place essentielle au juge conduit nécessairement à ne considérer la doctrine que comme une source d'inspiration. Le rapport de W. Gray est significatif de cette orientation, de même que le chapitre 3 du volume I de l'International Encyclopedia of Comparative Law, consacré aux sources du droit, et rédigé par R. David (voir spécialement le paragraphe 17 (5) page 12 ; paragraphe 270 s et la conclusion de l'étude sur la place de la doctrine au paragraphe 280).

Le discours actuel sur le rôle de la doctrine est en réalité enfermé par les conceptions positivistes du droit qui sont en relation avec le concept d'état. Pour cette raison la doctrine est rarement reconnue comme une source de l'unification internationale.

Une nouvelle conception du droit, axée sur l'importance du raisonnement et des raisons de décider (V. infra. B, p. 4 s), fait une place beaucoup plus large à la doctrine. **L'objet du thème** et de la discussion au **Congrès de Melbourne** en 1986 est d'appliquer cette conception au domaine de l'unification internationale du droit (V. infra. B. (4), p. 7). Quelques précisions terminologiques (A) sont nécessaires avant d'aborder l'esquisse de cette conception (B).

## A - Quelques précisions terminologiques

**Doctrine** : le mot n'a pas le même sens dans toutes les langues et il existe notamment une différence sensible entre le français et l'anglais. En français, le mot doctrine sert à désigner à la fois les écrits de nature juridique et les auteurs qui rédigent ces écrits. En anglais, le mot doctrine a conservé le sens originare qu'il avait en français d'ensemble d'opinions d'une personne, d'une école, d'une juridiction. Il ne désigne ni les **legal writings**, ni les **scholars** ou **academic writers**.

Dans le sujet qui a été proposé pour le Congrès de Melbourne, le mot doctrine est entendu dans un sens proche du sens français. Il englobe à la fois la communauté des auteurs, de toutes origines, et les écrits qui contiennent les opinions de ces auteurs.

**Sources** : quand les auteurs étudient les sources du droit, ils étudient en réalité les sources des règles juridiques. En effet le droit est assez généralement conçu comme un ensemble de règles guidant le comportement des sujets de droit. Le terme de source du droit sert alors à désigner les organismes qui émettent ces règles (législateurs, tribunaux, communauté des écrivains) ou le produit de leurs activités (loi, décisions de justice, écrits). Parfois le terme de source désigne des règles sans référence à leurs auteurs : ainsi en est-il des principes généraux (encore que pour de nombreux auteurs ils soient exprimés seulement par le juge), de la coutume, de la **lex mercatoria**.

Nous entendrons source dans un sens différent. Source du droit ne signifie pas seulement un catalogue de règles, mais surtout l'origine des raisonnements qui constituent l'essentiel du droit. Ces raisonnements, construits sur les arguments, ne sont pas figés une fois pour toutes ; ils sont à refaire dans chaque situation concrète. *"Le droit n'est pas donné à l'observation dans une quelconque 'source'. Il est à rechercher, en chaque espèce, dans le dialogue qu'entretiennent l'ensemble des sources et tous les autres repères disponibles"* (C. Atias : Le faux et le droit, in : Le temps de la réflexion, 1984-V, p. 243).

**Unification internationale** : le mot d'unification comme les méthodes qui tendent à l'obtenir font l'objet de bien des discussions. Faut-il parler d'unification, d'harmonisation, de rapprochement, de droit uniforme, de droit commun ... ?

Il n'est pas nécessaire ici de choisir, puisque ce qui importe c'est davantage l'idée générale que la technique précise. Par unification internationale, pour les besoins du rapport, nous pouvons donc entendre tout ce qui dépasse le droit national. Plus qu'un critère de champ d'application de ce droit (le territoire national ou une étendue plus grande) il faut retenir un critère d'état d'esprit et d'orientation. Les règles, les solutions ou les arguments puisés au seul contexte national et destinés au seul usage national ne peuvent pas faire partie de l'unification internationale. En revanche toute tendance à émettre des règles, solutions, contexte national et destinés au seul usage national ne peuvent pas faire partie de l'unification internationale. En revanche toute tendance à émettre des règles, solutions, arguments qui dépassent l'usage national entrent dans le champ d'unification. L'unification ainsi entendue peut provenir d'une source supra-nationale (organismes internationaux d'unification) ou d'une source qui fait abstraction des cadres nationaux (auteur, praticiens, juge, législateur qui empruntent des arguments à un autre système juridique ou à une conception transnationale du juste).

**Droit :** ce n'est pas ici la conception traditionnelle du droit entendu comme un ensemble de règles qui sera retenue. Dans cette conception, la place de la doctrine est nécessairement limitée puisqu'elle est rarement à même d'émettre des règles ayant force coercitive sur le juge ou sur le sujet de droit. C'est une conception différente du droit qui peut justifier l'intérêt d'une recherche sur le rôle de la doctrine.

## **B - Conception qui motiva la proposition du thème**

1) Cette conception a pour point de départ la mise en question de la règle juridique. On conçoit très souvent la règle comme susceptible d'une application directe au cas concret. Que cette règle provienne de la loi, des décisions de jurisprudence ou de la coutume, il est souvent admis que le sujet de droit (ou le juge en cas de contentieux) n'aura qu'un faible effort d'imagination ou d'interprétation à faire pour appliquer à ses actes ou à son comportement la règle qui doit les régir.

Une nouvelle théorie tend au contraire à montrer que la "distance" entre la règle et la solution d'un cas concret est beaucoup plus importante. Cette "distance"

est remplie par le raisonnement que toute personne doit effectuer pour appliquer la règle à la situation concrète. Ce raisonnement est nourri par les arguments en faveur ou à l'encontre de l'application de la règle en question. Il est essentiellement dialogique, c'est-à-dire qu'il consiste dans l'opposition des arguments, leur pesée, leur réfutation afin de dégager le ou les arguments qui appuient la solution juste.

En dépit de l'effort des juristes pour perfectionner et affiner les règles, toute règle laisse place à la discussion. Même lorsque la règle n'est qu'une injonction brute et simple, la controverse sur son application peut naître. Ainsi la prescription de circulation routière qui impose aux automobilistes de s'arrêter lorsque les feux de signalisation sont rouges : la règle semble impérative et il n'est possible d'y déroger que dans les cas que la loi a elle-même prévus (par exemple pour les véhicules prioritaires). En réalité l'application de la règle est bien moins rigoureuse qu'il n'y paraît. Un grand nombre d'automobilistes ne respectent pas le feu rouge, au motif que, à certaines heures de la nuit, la circulation est suffisamment faible pour qu'il n'y ait aucune gêne ni aucun risque à ne pas le respecter ; si un conducteur est arrêté à un feu rouge et qu'un véhicule prioritaire survienne derrière lui, il peut être contraint de franchir le feu rouge afin de laisser la voie libre au véhicule prioritaire ; plus généralement, dans tous les cas d'urgences, il me sera possible de soutenir qu'une règle plus générale de justice ou d'équité m'a permis de brûler le feu rouge sans commettre une infraction : ainsi si je transporte un grand blessé ou si je brûle le feu rouge pour éviter qu'un véhicule dépourvu de freins ne me percute.

Autre exemple, emprunté au droit commercial, la garantie à première demande est rédigée de telle sorte que le garant doit payer dès que le bénéficiaire de la garantie lui en fait la demande, sans pouvoir retarder son paiement ni invoquer une cause d'extinction. Malgré le souci des bénéficiaires et des garants, lorsque ceux-ci sont des banques, d'aboutir à un paiement rapide, les garanties sont souvent freinées lorsque le débiteur principal invoque une fraude dans l'usage de la garantie ou dans l'opération garantie. L'argument de fraude est considéré comme une règle supérieure qui peut faire échec à la garantie.

Si le raisonnement est possible lorsque les règles sont d'une grande simplicité, il l'est plus encore dans la grande majorité des situations où plusieurs règles sont susceptibles d'application et où le contenu de chacune est plus complexe.

2) Le rôle qu'ont l'argumentation et le raisonnement dans l'application d'une règle au cas concret a souvent été négligé. De nombreux juristes considèrent que l'échange et la pesée des arguments ont été effectués une fois pour toutes avant que la règle ne soit formulée : la procédure législative, le débat judiciaire, l'expérience quotidienne et générale dans le cas de la coutume seraient le cadre de ce raisonnement préliminaire. Mais une fois la solution fixée, une fois la règle élaborée, elle serait directement applicable. Les sujets de droit devraient pouvoir faire l'économie du raisonnement pour tous les cas semblables.

Cette conception paraît illusoire par bien des aspects. Le raisonnement peut toujours être reconstruit sur la base d'une règle quelle qu'elle soit. Très souvent d'ailleurs il est possible d'opposer plusieurs règles et le raisonnement consiste alors à les départager pour savoir laquelle doit être appliquée. Afin de les départager, il faut préciser le sens de chaque règle ainsi que sa raison d'être, l'interpréter et vérifier que son application est légitime. Même si une seule règle a compétence pour régir le cas, même si elle fait l'objet d'une interprétation unanime, son sens peut toujours être remis en question.

Si on admet que le raisonnement puisse toujours être refait, la "distance" entre la règle et la solution apparaît alors comme la partie la plus importante du droit.

3) Pour remplir son rôle le raisonnement doit faire place à la controverse. Cette controverse consiste en l'échange des raisons de décider pour une solution et d'écarter les autres. Cette controverse était considérée comme la part essentielle du droit dans l'antiquité gréco-romaine et pendant le Moyen-Age européen.

Bien que les individus n'en aient pas toujours conscience, ils font précéder chaque décision, même si elle est de faible importance, d'un raisonnement tendant à peser le pour et le contre, tendant à examiner les arguments et les raisons de se décider dans un sens ou

dans un autre. Il est souvent difficile de retrouver par soi-même la totalité des arguments qui appuient une solution et la totalité des arguments en sens contraire. Où trouver l'exposé des arguments déjà développés par d'autres, où trouver les raisons déjà mises en forme ? La loi est avare de motifs et ne donne que des solutions ; les décisions judiciaires ne sont guère une source pratique : elles ne couvrent pas toutes les situations, elles sont d'un maniement malcommode, elles ne sont pas toujours pleinement motivées.

Au contraire, les ouvrages doctrinaux peuvent fournir une matière première au raisonnement. Non pas que chaque article ou chaque ouvrage contienne la totalité des arguments, bien que certains auteurs s'y emploient. Mais à travers la masse des écrits sur une question, à travers certaines décisions de justice qui ont pu concerner cette matière, à travers les opinions émises il est possible de trouver les raisons de se décider. La doctrine a un rôle important puisqu'elle met en ordre ces arguments, puisqu'elle coordonne les solutions qui sont proposées, puisqu'elle tend à rendre l'ordre social aussi cohérent que possible.

Dans cette optique, les auteurs peuvent tenter d'insister sur les raisons de choisir une solution plutôt qu'une autre ; ils peuvent tenter de présenter le plus d'arguments possible. Le raisonnement s'enrichira s'il se nourrit des expériences et des controverses développées hors des frontières.

**4) Ouverture sur l'étranger et sur l'unification du droit :** la doctrine a été à l'origine d'un droit commun à l'ensemble de l'Europe médiévale, au moment où ce droit reposait sur la controverse. Ce **Jus Commune** était le fruit de l'action des universités, des auteurs, des juges et des praticiens qui s'intéressaient aux arguments développés à l'étranger. Les travaux de Gino Gorla, d'Alessandro Giuliani et de René David ont mis en lumière ce phénomène (voir les rapports contenus dans l'ouvrage de Mauro Cappelletti : *Nouvelles Perspectives d'un Droit Commun de l'Europe*, Sijthoff, 1978 ; adde G. Gorla : *Diritto Comparato e Diritto Comune e Europeo*, Giuffrè, 1981. Voir aussi les ouvrages, sous la direction de H. Coing : *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte*, Beck'sche, München, 1976. Tous

les rapports de ces différents volumes consacrés aux universités du 12<sup>ème</sup> au 15<sup>ème</sup> siècles (volume 1) et du 16<sup>ème</sup> au 18<sup>ème</sup> siècles (volume 2) méritent l'attention. Les travaux menés sous la direction de A. Giuliani dans le cadre des Seminari sull'Educazione Giuridica publiés par la Libreria Universitaria, Perugia, en plusieurs volumes depuis 1977 ; adde du même auteur *La Controversia, Contributo alla Logica Giuridica*, Pavia, Pubblicazioni della Università di Pavia, 1966.

Une telle conception est-elle aujourd'hui encore possible ? Plusieurs raisons militent en faveur d'une recherche et d'une réflexion sur ce thème.

- Certains domaines de l'unification internationale du droit privé offrent un terrain favorable car les nationalismes juridiques y sont moins contraignants qu'à l'intérieur même des états. Ainsi le droit du commerce international, en partie au moins.

- La doctrine peut y avoir un rôle important car le législateur y est faible et les tribunaux internationaux quasiment inexistants. L'arbitrage international a encore un rôle réduit, même s'il va croissant.

- Le droit comparé est parfois critiqué au motif qu'il est impossible de transposer une règle ou une solution dans un contexte social, juridique et culturel différent. En revanche, lorsqu'il s'agit d'emprunter à l'étranger des expériences et des raisons de décider, l'hostilité est désarmée. La doctrine est en mesure d'acclimater au système international des arguments développés dans des systèmes nationaux, ou bien d'acclimater dans un système national des arguments développés dans un système étranger.

- Les praticiens des affaires comme les praticiens du contentieux sont partie intégrante de la doctrine et ils peuvent jouer un rôle beaucoup plus important qu'en cas de droit légiféré ou de droit jurisprudentiel. La doctrine est plus proche du droit vécu que les sources traditionnelles du droit.

- La doctrine est à même de rechercher des concepts fondamentaux et d'y puiser des raisons de décider. Voir sur ce point les écrits de R. Sacco, notamment : *Droit commun de l'Europe et Composantes du Droit*, in *Nouvelles Perspectives d'un Droit Commun de l'Europe* (M. Cappel-

letti, dir.) précité. Voir aussi les travaux du professeur Schlessinger sur *"The Common Core of Legal Systems"*, ou l'article de Y. Noda sur la recherche d'un protodroit. La tradition d'ouverture sur l'étranger a constamment été plus forte en doctrine, depuis le 19<sup>ème</sup> siècle, qu'elle ne l'a été chez les législateurs ou les juges.

- La communauté des juristes, lorsqu'elle s'étend aux comparatistes et à l'unification du droit, n'a pas besoin d'avoir une consistance unique. L'échange des idées et des arguments, germe de la controverse, en est l'élément fédérateur.

## II - ORIENTATION DES RAPPORTS NATIONAUX

Tout rapport national pourrait contenir deux parties, chacune correspondant à l'un des deux rôles que le rapporteur national peut jouer, s'il l'accepte : d'une part exprimer sa position personnelle concernant la conception qui est proposée ci-dessus ; d'autre part, être le reflet des tendances qui se dégagent dans son pays.

### A - Discussion de la conception proposée

Il est souhaitable que chaque auteur d'un rapport national exprime sa position sur la conception proposée. Il dispose pour cela de la plus totale liberté et sa contribution à une controverse fructueuse sera très appréciée. Je me tiens à la disposition de chacun pour préciser ou développer tel point sur lequel il souhaiterait des explications.

En plus des ouvrages cités, la consultation des articles écrits sur ce thème par C. Atias peut être utile : **La controverse doctrinale dans le mouvement du droit privé**, Revue de la Recherche Juridique, 1983-2, pp. 474-487 (publication des Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 3, Av. Robert Schumann, F-13628 Aix-en-Provence Cedex, France). **Quelle positivité ? Quelle notion de droit ?**, Archives de Philosophie du Droit, Tome 27, Sources du Droit, Paris, Sirey, 1982, pp. 209-233. **La mission de la doctrine universitaire en droit privé**, La Semaine Juridique, J.C.P., 1980, I, 2999. **Le droit civil**, Presses Universitaires de France, Collection Que sais-je ? N° 2161, Paris, 1984, spécialement les pp. 8, 41, 46 à 52. **Progrès du droit et progrès de la science du droit**, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1983, Sirey, Paris, pp. 695 s. **Epistémologie juridique**, P.U.F., Paris, spé. n° 90 à 98 et 102.

## B - Perspectives nationales

Les questions qui suivent sont destinées à donner une orientation au rapporteur ; celui-ci est libre d'y répondre avec des remarques complémentaires ou de présenter des développements qui s'y réfèrent de façon globale.

### 1) Comment est perçue l'unification internationale dans votre pays ?

- 11 - Quel est l'intérêt que la communauté des juristes lui porte ?
- 12 - Quel est le volume des écrits ?
- 13 - L'unification en cours est-elle critiquée ou approuvée ?
- 14 - L'unification est-elle désirée, est-elle jugée utile ?
- 15 - Quels sont les arguments qui sont développés à son propos ?
- 16 - Quelles sont les propositions qui sont faites ?

### 2) La doctrine joue-t-elle un rôle unificateur ?

- 21 - Quelle est l'importance attachée aux doctrines étrangères ?  
Trouve-t-on fréquemment des références à des auteurs étrangers, à des arguments ou des expériences étrangers ?
- 22 - Quelle est l'utilité pratique de cette recherche des arguments étrangers ?
- 23 - La doctrine recherche-t-elle des expériences communes à différents systèmes juridiques ? Recherche-t-elle des concepts communs ?
- 24 - Comment la doctrine se perçoit-elle elle-même ? Les jugements portés dans le rapport national établi à l'occasion du 9ème Congrès International de Droit Comparé (Téhéran, 1974) concernant la doctrine comme source interne peuvent-ils être appliqués à la doctrine comme source de l'unification internationale du droit privé ?
- 25 - La doctrine accepterait-elle de jouer un rôle fondamental dans l'unification ? Considère-t-elle au contraire que l'unification est essentiellement la tâche des législateurs, des juges et des arbitres, ou des praticiens ?

### **3) Recherches effectuées sur le rôle de la doctrine**

- 31 - Quel est le volume des recherches sur le rôle de la doctrine ? Quelle est la nature de ces recherches ? Quelle est leur intensité ?
- 32 - Quelle est la définition ou quelles sont les définitions de la doctrine qui sont généralement acceptées dans votre pays ?
- 33 - La doctrine au sens de communauté juridique peut-elle, dans votre pays, englober les praticiens et les juges ?
- 34 - Le concept de doctrine peut-il s'étendre à tout développement d'arguments concernant l'application d'une règle de droit ?

### **4) Quels sont les moyens de la doctrine ?**

- 41 - Quelle est l'intensité des controverses, des critiques d'une théorie ou des arguments émis par un autre auteur ? Comment la controverse prend-elle forme ?
- 42 - Y-a-t-il un refus ou une prévention à l'égard de la controverse en raison de la pression sociale : est-il indécent de critiquer le point de vue émis par un autre auteur, partant du principe que toutes les opinions se valent ?
- 43 - Le refus de la controverse est-il dû à l'impossibilité d'exprimer une thèse non agréée dans le pays ?
- 44 - La diffusion des ouvrages doctrinaux est-elle satisfaisante ?
- 45 - Quels sont les publics que vise la doctrine juridique ?
- 46 - Y-a-t-il des écoles de pensée ou bien la doctrine est-elle composée d'individualités ?
- 47 - Y-a-t-il des méthodes traditionnellement acceptées dans votre pays pour exprimer des opinions ou des arguments ?
- 48 - La rhétorique est-elle reçue comme une école de pensée ? Est-elle rejetée ou volontairement ignorée ?
- 49 - Dans quelle mesure les moyens ci-dessus énumérés concernent-ils l'unification internationale du droit et y-a-t-il similitude entre doctrine interne et doctrine de droit comparé ou de droit international ?

### 5) Les organismes internationaux d'unification du droit

- 51 - Les organismes internationaux du droit n'ont pas qu'une activité législative. Ils produisent des études, des rapports, des commentaires. Ils organisent la discussion et l'échange des arguments. Vous paraissent-ils appartenir à la doctrine ? Peuvent-ils concourir à l'unification par l'établissement de **raisons de choisir une solution** plus que par l'édification de règles ?
- 52 - Peut-on classer dans les ouvrages de doctrine les guides juridiques, formulaires types ou recueil sans force obligatoire (codes de bonne conduite) produits de plus en plus souvent par les organismes internationaux ?
- 53 - La doctrine, y inclus les juges, fait-elle application des idées ou des concepts contenus dans des conventions d'unification qui ne sont pas en application (par exemple la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises [1980]) ou qui n'ont pas été ratifiées par votre pays ?...

# UNE PREMIERE REACTION AU QUESTIONNAIRE

Par Rodolfo SACCO

*Professeur à la Faculté de Droit  
de l'Université de Turin*

La France, vue par un juriste italien (ou allemand, ou russe) ne diffère pas radicalement de l'Angleterre. Son droit est prétorien là où il n'est pas légal. Et le juriste français ne se réclame pas de son expérience directe s'il parle du droit créé *par le juriste "savant"*. La France est devenue pays romaniste **sui generis** lorsque le pouvoir du roi a permis à celui-ci d'étatiser le droit. La France, pays créateur de modèles, et jaloux de son indépendance, n'a pas pris part, après l'étatisation de son droit, à des processus d'uniformisation du droit dus à la doctrine (c'est-à-dire dus à la science, qui établit des modèles, et à l'enseignement, qui les diffuse chez les nouveaux juristes). Le juriste français ne voit pas, de ses yeux, une doctrine constamment engagée dans la création du droit, telle que nous la trouvons dans les pays romanistes demeurés plus fidèles aux caractères traditionnels de leur système. Le professeur Rieg rappelle aux Français que la situation existant en Allemagne "*laisse le juriste français rêveur*" ; que le juge allemand n'oserait s'écarter de l'enseignement des universités, auxquelles il s'adresse, d'ailleurs, si le problème comporte des difficultés d'ordre théorique. Mais d'autres ouvrages de droit comparé, parus en France, passent ce phénomène sous silence, et font de l'interprète allemand un exégète dépourvu de capacité créatrice.

L'université médiévale enseignait un modèle juridique qu'elle créait elle-même par voie d'interprétation, et qui devenait, le lendemain, droit appliqué - droit appliqué dans un territoire qui englobait de multiples Etats doués de pouvoirs législatifs autonomes. Cette situation a survécu, en Allemagne, pendant le XIXème siècle. Savigny incarne

la résistance allemande à la codification (= à l'étatisation du droit), et édifie la justification d'un droit entièrement doctrinal. L'idée d'unité allemande ne pouvait compter sur un législateur (qui n'existait pas, au niveau allemand) ni sur une Cour suprême (qui n'existait pas, au niveau allemand) ; elle pouvait compter sur une doctrine allemande, qui se penchait toute - comme elle l'avait fait de tout temps, dans les universités - sur un droit qui était beaucoup plus un modèle idéal qu'un droit garanti par le sceau d'un pouvoir. Et ce droit enseigné, encore une fois, devenait, le lendemain, droit appliqué. La méthode qui caractérise cette création doctrinale est la méthode conceptuelle, Begriffsmethode, qui reçoit, après Puchta, un développement qui n'aura jamais son égal en France. Les concepts élaborés par les Pandectistes en Allemagne assurent d'abord l'unité du droit en Allemagne et se diffusent, plus tard, (1880-1910), par un processus d'imitation, c'est-à-dire de réception doctrinale, en quatre directions principales :

- a) Autriche, Hongrie, Pays tchèques (et la Hongrie devient de ce fait pays romaniste) ;
- b) Russie ;
- c) Pays scandinaves (qui deviennent de ce fait pays romanistes) ;
- d) Italie, de là Espagne et de là Amérique latine.

La France, qui avait vu son Code se diffuser un peu partout dans l'aire romaniste, s'isole ; pendant quelques décennies les autres pays romanistes (sauf la Belgique et la Roumanie) l'ignorent.

Un épisode du passé ne peut se répéter. Mais la connaissance de cet épisode peut nous rendre plus familiers à certains caractères constants des processus d'unification dus à la doctrine.

J'essaierai de fixer cinq caractères de ce processus : A1, A2, A3, B1, B2.

**A1** Le savant qui crée le droit le fait sans le vouloir et sans le savoir. Il croit interpréter. Il déclare toujours qu'il veut s'incliner en face du droit en vigueur créé par une autorité. L'acte du savant n'est ni acte d'autorité, ni acte de volonté ; en conséquence, sa création n'est pas assistée d'un programme d'action. Elle se produit, elle n'est pas produite.

A2 Dès qu'un droit doctoral a été créé dans son pays d'origine, sa qualité de droit "*uniforme*" sera due à des processus d'imitation (synonymes : réception, circulation de modèles). La réception doctrinale, phénomène d'importance primordiale dans l'histoire du droit, n'attire pas suffisamment l'attention des comparatistes. Et pourtant il est impossible d'étudier l'uniformisation du droit sans se pencher sur les problèmes de réception doctrinale. Cette réception est parfois dissimulée. Quel juriste soviétique voudrait se reconnaître redevable, aujourd'hui, des définitions élaborées autrefois par Regelsberger, Brinz ou Windscheid. L'orgueil national suggère à l'imitation d'agir le plus discrètement possible.

L'imitation doctrinale peut avoir lieu - ce que la circulation des modèles pandectistes allemands nous prouve - entre pays dont les sources écrites (ou, plus généralement, étatiques) diffèrent. Dès que nous trouvons enracinée la doctrine du *Rechtsgeschäft* (*negozio giuridico*, *skelda*, etc...), nous pouvons parler de l'imitation d'un modèle doctrinal allemand : et cette doctrine a développé des racines en Italie, Pologne, Roumanie et Bulgarie, où les Codes étaient "*francisants*", en Suisse, Turquie, Autriche, Espagne, Russie, Chine, Pays scandinaves, où la situation des sources variait nettement.

A3 La réception doctrinale procède souvent en partant de notions **générales**. L'uniformisation par conventions (conventions de Genève, de Berne, de Vienne) porte souvent beaucoup plus sur des données d'étendue limitée. La Convention de Genève règle les remèdes établis en faveur ou contre le détenteur du titre, mais laisse dans un cône d'ombre le régime de la propriété de ce même titre. La Convention de Vienne laisse dans un cône d'ombre le moment du transfert de la propriété de la chose vendue.

Jusqu'à présent, l'uniformisation **des principes** a été l'effet de la circulation des modèles (le modèle légal, dans le cas du Code Napoléon, le modèle doctrinal dans le cas du **usus modernus Pandectarum**) plutôt que l'effet des conventions.

B1 Il est difficile d'analyser le processus d'unification par la doctrine sans mettre en avant la distinction entre les aspects opérationnels du droit (la langue française n'a pas d'expression impeccable pour traduire cette notion)

et l'appareil utilisé pour la connaissance de ce droit. La doctrine a une chance de dominer et mener la pratique si, dans la situation considérée, les juristes estiment et pensent que l'effort principal de l'interprète doit avoir pour but de se munir d'un bon appareil de connaissance du droit, ce qui comporte un remplacement incessant de notions empiriques par des notions scientifiques ; elle devra d'abord indiquer les critères de validation des notions scientifiques, et ensuite édifier ces notions, que tout le monde acceptera tout naturellement.

**B2** La doctrine, chargée de cette tâche, s'orientera, dans une mesure plus ou moins large, vers des méthodes qui lui permettront de ne pas se limiter à l'exégèse d'une règle de décision. Elle s'est orientée, au cours du XIX<sup>ème</sup> siècle, vers la méthode conceptuelle, ou, du moins, elle a orienté sa recherche vers les concepts. Elle a senti, instinctivement, que c'est dans la région des concepts (et non dans la région des règles), qu'elle peut revendiquer une autorité plus grande. Une fois établi sur de solides bases, le concept va produire des "*conséquences logiques*" sur le plan pratique, voire des règles pratiques.

J'ai parlé, jusqu'ici, de concepts, mais j'aurais pu parler plus généralement de "*l'analyse juridique*" des données.

De nouveaux procédés ont été proposés, plus récemment, pour remplacer le Begriff dans sa fonction de source (doctorale) de la règle de droit. La doctrine (allemande) des valeurs et la théorie de la précompréhension de la part du juge pourraient être étudiées dans cette optique (ESSER, *Grundsatz und Norm* ; ESSER, *Vorverständnis*). Il y a lieu de souligner que la précompréhension implique le recours à des éléments implicites dans la construction de la règle du droit.

L'histoire n'aime pas beaucoup se répéter. Dans le futur, pourrait-il se créer une situation dans laquelle le prestige de l'université serait supérieur au prestige des tribunaux ? Le juge est l'étudiant d'hier ; le futur juge est l'étudiant d'aujourd'hui. L'étudiant devenu juge choisit. Il peut réserver son admiration à la Cour suprême ; il peut, en revanche, la réserver à son professeur d'hier - ce qui fera déteindre le droit enseigné sur le droit appliqué. Est-il possible qu'un enseignement prestigieux diffuse des modèles uniformes supranationaux ? Peut-être

oui, si deux conditions se trouvent réunies :

- 1) que l'école se penche sur des modèles conçus comme universels, là où les tribunaux se disent liés à un droit national ;
- 2) et que l'étudiant ait le sentiment de la supériorité du modèle enseigné sur le modèle appliqué.

L'analyse juridique pourrait se dénationaliser rapidement et sans difficulté. Si A, détenteur non propriétaire, aliène et remet la chose mobilière à B, tiers de bonne foi, la règle à appliquer est identique dans tous les pays du monde : B acquiert efficacement. Mais l'analyse juridique, qui est faite dans les divers pays, est contradictoire ; la science du droit semble invoquer : la présomption d'un mandat tacite, que le propriétaire aurait conféré au détenteur (Angleterre) ; l'assimilation de la possession à un titre (France) ; l'usucapion instantanée de la chose de la part du tiers (Italie). La doctrine pourrait s'imposer un code d'uniformisation, inspiré d'un seul principe : éviter de donner deux analyses contradictoires de données réelles uniformes. Pour que cela arrive, il suffit que la doctrine réacquière ou acquière la conscience de sa force, qu'elle comprenne qu'à l'heure actuelle elle est plus forte si elle parle au nom **du** droit, et non au nom **des** droits, et que pour l'instant l'unique forme d'uniformisation que la société est déjà prête à lui confier est l'uniformisation des analyses juridiques (à l'exclusion de l'uniformisation des règles pratiques). Les règles suivront. Dans le futur, la fonction créatrice qu'a eu jusqu'ici l'analyse juridique pourrait être assumée par : les valeurs ; l'analyse économique des coûts et bénéfices (CALABRESI etc., U.S.A.) ; ou - pourquoi pas - la recherche dialogique des solutions.

# L'ENSEIGNEMENT DU DROIT COMPARE SOUS L'ECLAIRAGE DE LA JURISPRUDENCE

Par B.S. MARKESINIS

## PRESENTATION

Par M. le Professeur C. MOULY

*C'est avec un profond plaisir que nous publions le texte qui suit dans lequel le Professeur Basil Markesinis, qui enseigne le droit comparé à Cambridge, exprime ses conceptions sur l'enseignement de cette matière, et, plus généralement, du droit. Avec l'aisance que lui procure sa vaste culture et la force de conviction qu'engendre une démonstration fluide bien qu'émaillée d'exemples, il persuade le lecteur de l'utilité d'une étude approfondie des décisions judiciaires. En elles nous trouverons les raisons profondes qui ont conduit les juges à produire les solutions ensuite collectées et enseignées. Nous verrons aussi comment l'évolution identique des moeurs se traduit dans les divers systèmes par un effort des juges pour atteindre des résultats identiques sur la base de règles différentes.*

*Autant que la jurisprudence en elle-même, Basil Markesinis nous convie à une meilleure connaissance du réel et du concret, qui facilite tout à la fois la compréhension du droit étranger et la comparaison. Les exemples qu'il présente merveilleusement témoignent de la véracité du propos.*

*Rares sont les lecteurs qui n'abonderont pas dans son sens. J'irai même plus loin : l'ouverture du champ de la réflexion ainsi effectuée doit conduire à une meilleure compréhension des règles et des solutions. Edifier des synthèses et dégager des concepts n'est pas nécessairement une entreprise desséchante qui vise à masquer la réalité ; elle peut l'être si on ne prend garde aux raisons d'être des règles ; elle cesse de l'être si on recherche ces raisons d'être ; Basil Markesinis le montre remarquablement, notamment à propos de l'affaire Dutton.*

Et de la raison d'être au jugement de valeur, le pas doit être franchi : savoir que les juges ont indemnisé la concubine ou le **trespasser** parce que le concubinage et le **trespass** sont plus fréquents ou plus facilement admis depuis les années 70 ne doit pas conduire à renoncer à juger ces comportements ; découvrir l'artifice dans le raisonnement du juge qui condamne le fabricant d'un produit car l'absence d'indemnité paraît difficilement tolérable dans la société occidentale actuelle n'empêche de critiquer ni la diminution des responsabilités individuelles ni la "religion" de l'adaptation du droit au fait social.

Enseigner et comparer des concepts impose de prendre en compte les controverses qu'ils suscitent, les évolutions, les critiques ou les atteintes qu'ils subissent, du fait de la jurisprudence aussi bien que du fait de pratiques commerciales ou sociales, ou encore du fait des thèses adverses. Sachons gré à Basil Markesinis de nous donner les moyens de mieux connaître le réel, pour mieux en apprécier la valeur.

C. MOULY

# L'ENSEIGNEMENT DU DROIT COMPARE SOUS L'ECLAIRAGE DE LA JURISPRUDENCE

Par B.S. MARKESINIS

*Fellow of Trinity College  
Lecturer in Law, University of Cambridge  
Professeur Associé aux Universités de  
Paris I et Paris II (1982-3)*

## INTRODUCTION

Jusqu'à une époque assez récente, l'étude du droit comparé était orientée vers la présentation des grandes lignes des systèmes contemporains, l'exposé de leurs origines historiques différentes, leur classement dans des groupes divers, la discussion des sources de droit pertinentes à chaque système et, dans la mesure du possible, la description de leurs principaux concepts juridiques. Par choix et par nécessité, un tel examen entraînait beaucoup de généralisations et d'omissions. Dans un tel schéma, le rôle de la jurisprudence était minime. Pour les juristes de l'Europe continentale, c'était un état de fait presque naturel, puisque la jurisprudence occupait même dans leurs systèmes d'enseignement universitaire un rôle secondaire par rapport à l'enseignement de la doctrine.

**"Les grands systèmes de droit contemporain"** (1), cette oeuvre magistrale de M. David, nous fournit une excellente illustration de cette école de pensée. Mais, comme l'admet l'éminent auteur, dans la préface de la huitième édition : *"Le livre a correspondu à une époque, il importe maintenant de le moderniser"*. Pour nous cette exhortation exige plus qu'une simple mise à jour. Autrement dit, cette forme d'enseignement du droit comparé, bien qu'elle ait rendu un service important à cette époque, doit être adaptée aux besoins d'une société différente. A notre

avis, le temps est arrivé d'essayer des études comparatives, peut-être moins ambitieuses dans leur ampleur, mais plus détaillées et concrètes dans leurs formes. L'oeuvre remarquable de Messieurs Zweigert et Kötz (2) représente un grand pas vers une nouvelle méthode d'enseignement du droit comparé. Et nous croyons qu'on peut aller encore plus loin, en suggérant des études qui cherchent à accentuer les points communs (sans ignorer, évidemment, les différences indéniables) ; des études fonctionnelles au lieu de conceptuelles ; des études qui, après avoir maîtrisé une connaissance profonde d'un sujet assez étroit, pourraient démontrer comment le droit comparé peut être utilisé pour influencer le développement de la jurisprudence ; des études, finalement, inter-disciplinaires qui essaieront d'utiliser les conclusions d'autres sciences, et notamment les conclusions des sciences économiques, afin de mieux comprendre les différents systèmes et de découvrir les vraies raisons cachées derrière le jargon judiciaire (3). Une telle approche exige, à notre avis, l'utilisation plus fréquente de la jurisprudence. Ceci représente une tâche indiscutablement difficile, mais qui, heureusement, a été facilitée par l'activité extraordinaire des cours sur les plans nationaux pendant les dernières trente années, et qui a presque totalement transformé la structure fondamentale des codes. Ainsi, on peut constater que, de nos jours, aucun juriste ne peut plus comprendre un système juridique, soit son propre système, soit un système étranger, sans une étude approfondie de la jurisprudence.

Dans cet article, nous voudrions proposer trois domaines où l'utilisation de la jurisprudence peut aider à l'enseignement du droit comparé. La **première** étape est assez simple : l'étude des arrêts bien choisis peut servir comme point de départ pour l'exposition d'un droit étranger. Bien sûr, une telle étude, tant qu'elle reste limitée à une simple description d'un système étranger, ne représente guère une application de la méthode comparative. Mais, comme Max Rheinstein (parmi d'autres auteurs) nous l'a signalé : "*Personne ne peut s'engager à la comparaison des lois sans avoir une connaissance solide d'autres systèmes juridiques ainsi que du sien*" (4). Une **seconde** étape sera l'utilisation des arrêts, avec leurs différentes conceptions des choses, afin de montrer aux étudiants le rôle de la politique judiciaire (5), l'étape **finale** étant l'examen d'un arrêt avec le but d'une "*transplantation*"

éventuelle de son raisonnement supérieur. A cette phase, on ne pense pas seulement à l'enseignement du droit comparé sous l'éclairage de la jurisprudence ; on pense également au développement de la jurisprudence avec l'aide de la méthode comparative.

## I - L'ETUDE DES ARRETS COMME POINT DE DEPART DE L'ENSEIGNEMENT DU DROIT COMPARE

Une présentation typique (6) de la responsabilité civile en droit comparé, fondée sur l'enseignement de la doctrine, commence par souligner la fragmentation du Droit anglais des "*torts*" et, ensuite, par faire la comparaison avec les articles de portée générale du Code civil français. Après, elle constate que le Droit allemand a adopté une position intermédiaire, en introduisant dans le B.G.B. trois articles généraux - paragraphes 823-I, II et 826 - et une série d'articles spéciaux. On a souvent avancé des explications historiques pour ces différences. Une fois cette tâche achevée, l'enseignant est tenté de commencer l'exposé et l'analyse critique des éléments de responsabilité civile prévus par les diverses dispositions. Ainsi, il constate que le paragraphe 823-I B.G.B. exige qu'il y ait une faute (d'intention ou d'imprudence), un préjudice porté à l'un des intérêts limitativement énumérés et aussi la "*satisfaction*" des notions d'illicéité et de causalité. Ce schéma de présentation des éléments constitutifs de la responsabilité d'après le paragraphe 823-I B.G.B. est indéniablement intéressant. On ne peut plus nier son utilité, puisque le jeune juriste doit apprendre les concepts et les notions qu'il utilisera dans sa future profession. Mais nous nous demandons, quand même, si l'extrême conceptualisation qu'il entraîne ne peut pas être atténuée - au moins pour des raisons de présentation comparative. J'ai enseigné ce sujet pendant dix ans et, pour donner un exemple, je ne me rappelle pas qu'il y ait eu de moment où mes étudiants anglais et américains n'ont pas éprouvé de grandes difficultés face à la notion d'illicéité et sa relation avec celle de **culpa**. La littérature juridique allemande sur la question d'illicéité, et les discussions interminables pour savoir si elle doit être déterminée par les **résultats** de la conduite humaine ou si, au contraire, c'est la conduite elle-même qui détermine l'illicéité, me donnent l'impression que nous nous trouvons ici dans le vrai paradis des concepts juridiques, qui a peu de relation avec le monde réel. Evidemment, il est fort probable

que je me sois trompé ou que j'exagère les difficultés en cette matière. Pour reprendre l'expression féconde de notre regretté collègue, le Professeur Lawson, d'Oxford, c'est un "*Common lawyer looking at the Civil Law*" (7). Mais voilà justement la difficulté que je dois surmonter comme étudiant, tout comme enseignant, et la présentation traditionnelle de mon sujet ne me donne qu'une aide très limitée.

Je me suis demandé, donc, s'il n'existait pas un abord différent qui donnerait au débutant le sentiment que ses collègues d'Outre-Manche sont confrontés aux mêmes problèmes ; que dans neuf cas sur dix, ils ont obtenu les mêmes résultats, et que - **mirabile dictu** - le raisonnement étranger peut même aider un juriste anglais dans l'application de son droit propre. C'est à ce niveau que l'utilisation des arrêts peut faciliter l'enseignement du droit comparé. Je ne vous donnerai que trois exemples même si, évidemment, il en existe plusieurs.

Prenons d'abord les affaires dites "*de câbles*". On a observé, dans les dernières années, tant en Angleterre qu'en Allemagne, de nombreux litiges sur cette matière. Les faits en sont schématiquement les mêmes : un entrepreneur de travaux, en creusant une excavation, coupe un câble appartenant à un tiers. Le fonctionnement de l'électricité est interrompu, ce qui cause aux tiers un préjudice important, notamment sous forme de manque à gagner. Le tiers peut-il agir à l'encontre de l'entrepreneur ? Le juriste anglais, suffisamment rassuré par la similitude des faits et la réponse négative que son droit donne à la question que nous avons posée, sera intrigué par un syllogisme différent. L'exposé des diverses tentatives, fondées sur le paragraphe 823-II B.G.B., de compensation des pertes financières dans ce genre de situation peut susciter chez un juriste anglais l'impression de "*déjà vu*" ou, au contraire, produire un étonnement devant la capacité allemande de moderniser le texte de leur Code par un effort de conceptualisation. Ce paragraphe énonce que la violation d'une disposition législative (loi, décret, etc.) qui entraîne, normalement, des sanctions pénales, peut, également, entraîner une responsabilité civile, s'il est possible de prouver que le demandeur **et** le dommage subi par lui se trouvent tous les deux dans le domaine protégé par la loi violée. Le problème est bien connu en Droit anglais, même si les solutions de celui-ci ne sont pas toujours aussi clairement conçues que celles du Droit

allemand (par exemple, les juristes anglais sont obligés de chercher l'intention du législateur - ce qui est souvent une fiction - afin de décider s'il existe une action **civile**). Sommes-nous ici devant un cas où le juriste anglais peut profiter de l'étude du Droit allemand ? Pourquoi pas ? Vers la fin du siècle passé, plusieurs éminents juristes anglais ont eu des relations assez étroites avec l'Allemagne et ses universités (8). Il est donc étonnant autant que regrettable que l'intérêt des Anglais pour le Droit allemand tiédise à notre époque.

Par contre, l'étonnement est complet lorsqu'on commence à expliquer le droit d'un demandeur à protéger son "*entreprise installée et en marche*" (Recht am eingerichteten und ausgeübten *Bewerbetrieb*) que les cours allemandes ont réussi à créer petit à petit et qui s'est trouvé finalement ajouté à la liste des intérêts protégés du paragraphe 823-I B.G.B. Ce nouveau droit ne présente aucun intérêt **pratique** pour les juristes français et anglais. Néanmoins, il est intéressant de le porter à l'attention d'un jeune comparatiste afin de démontrer deux choses : premièrement, comment la doctrine et la jurisprudence allemandes ont essayé de combler les lacunes du texte légal. Ceci est un phénomène fort intéressant, puisque la rapidité des changements économiques, politiques et sociaux qui caractérise notre siècle a entraîné une certaine usurpation par les juges de la tâche législative afin d'adapter le droit aux exigences modernes. Mais deuxièmement, l'étude de ce nouveau "*droit subjectif*" démontre comment les cours ont essayé de "*contrôler*" son étendue par la notion d'"*intrusion directe*". D'après la Bundesgerichtshof cet élément n'est pas satisfait si "*l'intrusion n'est pas dirigée directement contre l'entreprise en tant que telle... mais (dirigée) contre des droits et des intérêts qui sont séparables de l'entreprise comme unité en fonction*" (9). Même si tout cela est presque intraduisible, cela suggère qu'on laisse ici une discrétion presque complète aux juges pour résoudre ces problèmes. Leur décision de ne pas appliquer ce droit dans les affaires dites "*de câbles*" démontre clairement que le résultat final est dicté par leur attitude hostile envers le préjudice économique, une attitude partagée (jusqu'à une époque fort récente) par leurs collègues anglais et probablement dictée par : 1° la crainte de provoquer des litiges innombrables, et 2° aussi par leur attitude devant la pratique des assurances.

A ce niveau d'étude, la présentation du Droit allemand assume un caractère différent. La simple description est remplacée très facilement par une étude de politique judiciaire ; le concept est abandonné et les réalités économiques de la vie moderne (y compris les considérations d'assurance) deviennent les facteurs déterminant l'issue des litiges. A ce niveau aussi, la comparaison avec le Droit anglais et le Droit français devient fructueuse. Seule une telle analyse peut permettre au juriste allemand ou anglais de savoir si son hostilité traditionnelle envers le préjudice économique est justifiée ou si, au contraire, les solutions plus flexibles du Droit français dans cette matière sont préférables (10).

Le second exemple que je voudrais vous proposer concerne le lien de causalité. Il y a plusieurs années que le Professeur Marty a écrit que : "*Le problème causal était fait pour séduire l'esprit des juristes d'Allemagne*" (11). Il est incontestable que les juristes allemands (comme d'ailleurs, leurs confrères américains) ont apporté une contribution tout à fait particulière à l'étude des problèmes de causalité (12). Mais on a aussi souvent reproché à cette littérature une théorisation excessive. L'accusation n'est pas sans fondement mais, quand même, il nous paraît nécessaire de conseiller l'étude de la jurisprudence avant de prononcer une condamnation générale et sans équivoque. Une telle étude nous montre clairement que les juges se soucient de donner un contenu pratique aux analyses théoriques. En plus, elle révèle les limites des diverses théories et - ce qui est beaucoup plus intéressant - la découverte par les juges que, en fin de compte, le problème causal est, essentiellement, un problème de limitation de l'étendue de responsabilité, déterminé par le bon sens et des considérations de politique judiciaire. L'arrêt du 23 octobre 1951 de la Bundesgerichtshof (13) nous fournit un tel exemple.

Les faits de ce litige ne sont pas particulièrement extraordinaires. Deux navires - l'Edelweiss et le "HH9" - entrèrent dans une écluse étroite. L'homme responsable de son fonctionnement étant absent, le mécanisme de l'écluse était actionné par son adjoint. Celui-ci demanda aux capitaines des deux navires de lui donner la largeur de leurs navires afin de décider s'ils pouvaient être placés l'un à côté de l'autre dans l'écluse. Le capitaine de l'Edelweiss donne l'information correcte, mais le capitaine du

"HH9" donna un chiffre qui suggéra que son navire était moins large qu'il ne l'était en réalité. Les deux navires furent donc placés l'un à côté de l'autre et l'eau s'écoula progressivement. Les deux navires se coïncèrent. L'homme agissant le mécanisme voulut les séparer, mais fit une tentative inepte qui provoque le naufrage de l'Edelweiss. L'assurance de l'Edelweiss intenta une action contre le propriétaire du "HH9" en attribuant l'accident aux actions (l'information erronée) de son capitaine. Le défendeur nia sa propre responsabilité et l'attribua à l'action inepte de l'opérateur de l'écluse. La décision en faveur du demandeur, rendue par la Cour d'Appel, fut cassée et l'affaire a été renvoyée à nouveau devant la Cour d'Appel afin d'établir les faits pertinents avec plus de précision.

Ni les faits, ni le résultat particulier ne montrent l'intérêt de cet arrêt. Par contre, l'arrêt de la B.G.H. nous donne un excellent sommaire des diverses théories de causalité en ajoutant les limitations de chacune. Et la Cour conclut par un avertissement général : le but poursuivi par les théories causales est essentiellement une limitation de l'étendue de la responsabilité, et cette limite doit être fixée par le bon sens et la logique et non pas par une application mécanique des théories causales.

En troisième exemple, je voudrais vous donner la célèbre décision "*Hühnerpest*" (14). C'est vraiment un arrêt de premier ordre - un **leading case** dans le sens anglais du terme - et on pourrait même se demander s'il n'a pas été rédigé par un professeur souhaitant expliquer à ses étudiants le sujet de la responsabilité des fabricants pour les produits défectueux. Ainsi, une théorie contractuelle (ou quasi-contractuelle) après l'autre est considérée par la Cour et rejetée avant que la solution finale soit présentée au lecteur. Le style ainsi que le contenu de cet arrêt sont remarquables.

Pour un juriste anglais, cette prépondérance des solutions contractuelles est fort intéressante parce qu'elle l'oblige à chercher les raisons de cette différence avec son propre système. En réalité, l'explication n'est pas difficile à trouver. La non-reconnaissance de la perte financière par le paragraphe 823-I B.G.B. et - surtout - la faible règle de **respondeat superior** adoptée par le paragraphe 831 B.G.B., ont obligé les juristes allemands à élargir le domaine de la responsabilité contractuelle

aux dépens de la responsabilité délictuelle (15). La décision "*Hühnerpest*" écarte cette tendance dans cette matière, mais on trouve des illustrations semblables dans d'autres domaines comme, par exemple, la responsabilité pour des renseignements erronés. Ce dernier sujet nous fournit un excellent **obiter dictum** d'un éminent juge anglais - Lord Devlin - qui explique la situation inverse en Droit anglais, c'est-à-dire la tendance à élargir le champ d'application de la responsabilité délictuelle aux dépens de la responsabilité contractuelle (16). L'explication, cette fois, se trouve dans la notion de **consideration** qui a rendu très rigide - en tout cas jusqu'à une époque fort récente - la notion de contrat en Droit anglais (16 a). Cette équivoque entre "*contrat*" et délit ne surprend pas les juristes américains qui sont accoutumés à appliquer un système hybride et très compliqué. Mais les fines distinctions allemandes entre le **vertrag zugunsten Dritter** et le **vertrag mit Schutzwirkung für Dritte** est, au moins, un objet d'admiration (17). La seconde variante de "*stipulation pour autrui*" - si on peut utiliser pour l'instant la terminologie française qui ne fournit pas d'ailleurs un équivalent exact - est particulièrement intéressante pour des cours de droit comparé, parce qu'on trouve ici une application spéciale de la règle générale de bonne foi dans les obligations contractuelles, et nous avons donc l'occasion de faire un **excursus** sur cette matière. Ensuite, on peut signaler encore une fois à nos étudiants que nous utilisons ici les règles contractuelles simplement pour éviter les inconvénients des règles délictuelles et notamment du paragraphe 831 B.G.B. Enfin, on peut partir de cet exemple et donner plusieurs illustrations jurisprudentielles où les cours veulent d'une part étendre le champ d'application des règles contractuelles et, d'autre part, limiter le nombre des personnes qui peuvent utiliser un contrat passé entre deux autres personnes afin de créer un droit d'indemnisation pour un dommage physique et même économique (18). Ainsi un bénéficiaire éventuel d'un testament peut assigner l'avocat qui a imprudemment conseillé son client dans la rédaction de son testament et ainsi privé le bénéficiaire/demandeur des avantages qu'il aurait pu avoir si le testament avait été correctement rédigé. Cette solution a été acceptée en Allemagne par l'application du **vertrag mit Schutzwirkung für Dritte** (19), en Angleterre (20) et aux Etats-Unis (21) par le moyen d'une action délictuelle fondée sur la violation d'un devoir de diligence. Mais bien que la responsabilité soit fondée différemment,

les cours de tous ces systèmes ont manifesté les mêmes hésitations envers le nombre des tiers ainsi protégés et ont formulés des règles presque identiques pour éviter un tel résultat.

## II - CONCEPTS ET POLITIQUE JUDICIAIRE

La présentation des concepts d'un système étranger est souvent une tâche rébarbative et elle peut cacher leurs vraies fonctions. Par contre, la recherche de la politique judiciaire qui dicte des résultats semblables peut mettre en relief les similarités et les différences significatives des systèmes comparés. L'attitude des juges, chaque fois qu'ils se trouvent face à un conflit de valeurs peut nous fournir la matière première pour une étude plus approfondie de divers systèmes. Voilà une illustration comparative tirée, cette fois, des droits anglais et français.

Il existait, en Droit anglais jusqu'à une époque fort récente, un conflit entre la propriété et le droit d'en jouir d'une part et, d'autre part le droit d'être indemnisé pour un dommage subi par un intrus qui, évidemment, n'avait pas le droit d'entrer dans la propriété immobilière d'une autre personne - ce préjudice étant le résultat d'une négligence de la part du propriétaire. On appelle en Droit anglais un tel intrus "*trespasser*" et j'utiliserai dans ce qui suit la terminologie anglaise.

De nos jours, un tel conflit est fort troublant, bien que les gens puissent sans doute pencher en faveur de la seconde valeur. Mais, auparavant, et certainement au cours des XVIIIe et XIXe siècles, la balance en Angleterre penchait le plus souvent en faveur de la propriété et de la libre exploitation (22). La croyance implicite était alors que toute solution favorisant le **trespasser** serait lourde à supporter en obligeant les propriétaires terriens à faire de grandes dépenses pour se protéger contre de telles intrusions. Bien que cet argument soit, dans une certaine mesure valable pour l'époque pendant laquelle il a été envisagé, il reste néanmoins un argument peu satisfaisant, dans la mesure où il implique que les cours attendent que les propriétaires assurent la sécurité des personnes entrant sur leur terrain plutôt que de prendre certaines précautions raisonnables pour les protéger contre les blessures. Il n'y a aucun doute dans le fait que le concept de la **reasonable care** aurait permis un contrôle

plus flexible, imposant un devoir de diligence plus ou moins exigeant selon l'époque : moins exigeant au XIXe siècle et plus exigeant au XXe. Mais les cours anglaises croyaient évidemment que le concept de **reasonable care** n'était pas une solution assez efficace pour maintenir la tendance politique du moment, qui commandait la libre exploitation des terrains et donc le rejet pur et simple de la reconnaissance de toute obligation envers le **trepasser** quel que fut son état mental. Ainsi, ce n'est qu'au début des années 1970, à la suite d'un changement considérable dans l'environnement socio-économique, que la règle particulièrement sévère envers les **trespasseurs** fût abandonnée. Pour la première fois, la Cour a admis (23) que le propriétaire est soumis à un devoir de diligence, même envers une personne qui viola son droit de propriété. Mais l'explication de cet arrêt, par référence au "*devoir de diligence*", est aride et incomplète. Il faut, par contre, se référer aux conditions socio-économiques pour comprendre les raisons ainsi que la signification de ce revirement de la jurisprudence. Les jugements sont pleins de références à tous ces facteurs sociaux et économiques, et l'étude du développement du **tort** de **Négligence** dans l'espèce ainsi que dans d'autres domaines est impossible sans l'étude des arrêts et de la politique judiciaire qu'ils expriment. On peut même ajouter ici que l'étude des arrêts américains (24) sur ce sujet peut nous fournir la matière première pour une étude sociologique de droit, à nos yeux fort intéressante.

Si on cherche un parallèle en Droit français, on peut le trouver dans le conflit qu'il s'est développé à partir des années trente, entre la notion sacro-sainte du mariage légal d'une part et d'autre part le droit d'être indemnisé pour le préjudice souffert par une concubine à la suite de la mort de son amant occasionnée par un acte délictuel ou quasi-délictuel. En France, ce conflit a atteint des proportions exceptionnelles, et il nous paraît qu'aucun autre système de droit n'a ressenti aussi profondément les effets des changements qui sont intervenus dans les idées sur le mariage et sur les relations extra-maritales. Les raisons de ce dernier phénomène, largement répandu dans la vie pratique, sont trop complexes pour être exposées ici (25). Toutefois, on peut remarquer, de manière paradoxale, que ce phénomène est le résultat d'une idéalisation de la femme qui n'a pas empêché l'inégalité de son statut aux plus belles années du Romantisme.

Dans la vie pratique, l'éclosion de l'idéal romantique a éloigné plutôt que rapproché l'homme et la femme, alors que l'Eglise catholique, prêchant une conception austère du mariage, a involontairement contribué à ce que l'adultère devienne une institution "*presque inévitable*" (26). De telles relations adultérines ont eu une certaine influence sur le droit pénal et sur certaines parties du droit civil, particulièrement sur le droit de la famille, sur le droit de la filiation et, dans une certaine mesure, sur le droit des successions, mais elles n'ont eu aucune influence sur le droit de la responsabilité civile. La situation était cependant différente dans le cas de concubinage permanent, c'est-à-dire dans les cas dits de "*faux ménages*". Dans ces cas, des pertes financières importantes pouvaient être subies par une femme ayant perdu, à la suite d'un accident, les ressources financières qui, jusque-là, lui avaient été assurées par l'homme avec qui elle vivait. A l'origine, de telles demandes étaient tolérées dans la mesure où la relation en question était une relation stable et durable et que le dommage était certain. Mais dans les années trente, de telles relations extra-maritales devenaient de plus en plus fréquentes et le dédommagement dans ces cas-là risquait de porter atteinte au caractère sacro-saint du mariage légal.

Le moment était donc propice à un changement du droit - pour un recul malencontreux. Ce qui manquait, c'était la personnalité forte, la personnalité "*charismatique*" qui aurait été en mesure d'effectuer ce revirement. "*Comment les individus s'insèrent-ils dans la trame des causalités historiques ?*" Voilà un problème philosophique, posé par M. Carbonnier, parmi d'autres dans une étude sociologique concernant le rôle de Napoléon et de Portalis dans la rédaction du Code civil (27). Heureusement, nous ne sommes pas obligés d'entrer dans cette controverse qui ne trouve, à nos yeux, pas de solution définitive. Mais nous la signalons puisque nous sommes accoutumés dans les pays de la **Common law** à penser au rôle du juge X ou Y dans le développement du droit et puisque, dans cette matière le rôle de Josserand nous paraît crucial. Car ce fut lui qui a condamné le droit positif de son époque comme "*un hommage posthume au concubinat... la victoire du fait sur le droit, de l'union libre sur l'union légitime*" (28) ; et ce fut lui encore qui a, sans doute, fortement influencé la Cour de cassation dans la formulation de sa célèbre décision de 1937 (29). Ce n'est qu'en

1970 que la fameuse formule "*intérêt légitime juridique-ment protégé*" fût finalement abandonnée par la Cour suprême, sans doute sous la pression des conditions économiques et sociales qui rendaient son maintien légalement et moralement indéfendable.

Nous avons parlé longuement de ces deux cas **appa-remment** différents parce que, à notre avis, ils nous fournissent encore une fois un excellent point de départ pour faire mille observations, légales, sociologiques et politiques, mais aussi pour une étude comparative plus approfondie des deux systèmes. Ainsi, l'approche de la jurisprudence à travers la politique judiciaire peut amener l'étudiant à réaliser que les différents concepts qu'il rencontre dans la doctrine et la jurisprudence ne sont, la plupart du temps, que de simples **formules** pour exprimer des conclusions et non pas les véritables **raisons** qui les expliquent. Ceci peut également permettre à l'étudiant d'apprécier les équivoques et les tergiversations entre les différents concepts. En second lieu, la raison la plus importante pour l'étude de la politique judiciaire est qu'elle peut certainement faciliter la comparaison des différents systèmes juridiques, ce qui permettrait à l'étudiant de ne pas adopter une méthode stérile de comparaison improductive des différents concepts abstraits mais, au contraire, l'encouragerait à adopter une méthode orientée vers les fonctions du droit dans l'examen de ces différents systèmes juridiques. Par exemple, contrairement aux apparences, l'étude comparative des deux cas que je vous ai donnée offre une excellente illustration des principes que je viens d'énoncer. Certes, les faits de ces cas anglais sont plus ennuyeux que ceux des cas français de concubinage, mais les principes de base sont assez proches. Proches dans la mesure où les considérations sociales (bien sûr différentes) ont entraîné le développement de la règle originale ; proches aussi parce que les changements des mœurs et des conditions sociales ont, finalement, dicté l'abandon de ces règles. La différence toutefois - et c'est une différence intéressante pour le comparatiste - réside dans le fait que les règles sévères à l'origine, puis plus charitables, ont été introduites et justifiées par la présence d'une obligation pré-existante (**duty**) en Droit anglais, alors qu'en Droit français le concept utilisé pour effectuer le changement a été celui de "*dommage*". Il est aussi intéressant de se demander pourquoi les deux systèmes ont eu recours à des concepts

différents. La réponse est plus évidente que l'on pourrait l'imaginer. Que le "*dommage*" soit en France un concept très flexible est un phénomène facile à comprendre en raison du fait que la formulation très générale de la règle contenue dans l'article 1382 C.C. ne permet pas de recours fréquents à un concept de "*devoir pré-existant*" comme moyen de ne pas imposer une responsabilité civile. Dans le droit de la **Common law**, par contre, l'accent a été mis historiquement sur la notion de "*injuria*" et non pas sur la notion de "*damnum*", puisque ce dernier concept était tout à fait contrôlé par les juristes. Donc les buts que les juristes de "*droit civil*" étaient capables d'atteindre par le biais du concept de "*dommage*" en Angleterre devaient être obtenus par le biais d'autres concepts que ceux de "*dévoir*" et de "*causalité*" sur lesquels les juges anglais gardaient un contrôle absolu.

### III - LA "*TRANSPLANTATION*" EVENTUELLE D'UN RAISONNEMENT SUPERIEUR

Nous sommes au niveau le plus difficile, mais aussi le plus intéressant d'autant plus que nous pouvons maintenant donner une application pratique à la méthode comparative. Le domaine de la responsabilité civile nous semble particulièrement approprié à un tel exercice pour deux raisons : premièrement, malgré l'activité croissante du législateur, ce sujet est de nos jours un sujet essentiellement jurisprudentiel ; et le rôle d'un enseignant est souvent plus critique pour l'évolution et le progrès de la jurisprudence que pour la formulation des projets des lois ; deuxièmement, parce que la responsabilité civile est le domaine de droit par excellence où l'industrialisation, l'urbanisation et le développement des communications ont sensiblement diminué les obstacles écologiques (au sens exact) de "*transplantations*" juridiques.

Nous avons utilisé au commencement de cette section la phrase "*transplantation d'un raisonnement supérieur*". Cela peut signifier tout simplement la transplantation d'une **idée** qui doit être assimilée ultérieurement au texte légal ou elle peut aussi signifier la transplantation du **raisonnement stricto sensu** utilisé par un juge étranger. On peut citer deux exemples : dans le premier, il nous semble que la jurisprudence allemande a profité du raisonnement anglo-américain. Dans le second, au contraire, le Droit anglais pourrait profiter d'un raisonnement supérieur allemand.

La responsabilité des fabricants en Droit allemand, dont la décision **Hühnerpest** (31) représente l'exemple le plus connu, nous fournit une illustration. Ainsi en 1956, le **Bundesgerichtshof** (32) rejeta une action intentée par un cycliste contre le **fabricant** de sa bicyclette défectueuse sur le motif que l'expérience de la vie pratique démontre qu'une défectuosité était de temps à autre inévitable. La nécessité de protéger le consommateur contre un tel dommage physique - qui était déjà assez développée aux Etats-Unis - paraît être une question secondaire en Allemagne à cette époque. L'arrêt même n'était pas évidemment considéré comme suffisamment important pour être publié ailleurs que dans les journaux spécialisés dans les affaires commerciales. Ce fut un article du Professeur Lorenz (33) - qui a travaillé pour une brève période avec le Professeur Lawson à Oxford et le Professeur Schlessinger à Cornell aux Etats-Unis - qui a éveillé, en 1961, l'attention des juristes allemands sur les problèmes tout à fait spéciaux de responsabilité des fabricants et, à partir de ce moment, la littérature juridique n'a cessé de se multiplier. Désormais, le problème est de rattacher aux textes précis du Code ce qui n'était jusque-là que des idées générales, et, une fois résolu, l'attention des juristes était tournée vers la satisfaction des demandes croissantes de consommateurs. Plusieurs tentatives pour uniformiser le droit sur un plan européen n'ont eu pour résultat que de faire rebondir le débat au lieu de le clore. Mais c'est un débat apparemment juridique qui, en réalité, cache des intérêts économiques fort divergents (34). Encore une fois, donc, nous croyons que le sujet serait mieux étudié si on adoptait une méthode économique et comparative pour le présenter à nos étudiants.

L'exemple inverse, c'est-à-dire l'éventuelle influence germanique sur le Droit anglais, présente, à notre avis, un intérêt égal. Pour l'apprécier, il faut examiner de plus près la décision célèbre de la Cour d'Appel d'Angleterre dans l'affaire **Dutton v. Bognor Regis** (35).

Dans cette affaire, la demanderesse intenta un procès contre les autorités locales pour avoir négligemment inspecté les fondations de la maison qu'elle avait achetée à un propriétaire intermédiaire qui, lui-même, l'avait achetée à l'entrepreneur. Elle soutenait que, à cause de ses fondations défectueuses, sa maison avait une valeur moindre que le prix qu'elle avait payé pour son achat.

Elle ne pouvait cependant pas dire que les défendeurs avaient **endommagé** sa maison, bien qu'il n'y avait aucun doute quant au fait que c'était par leur faute qu'elle avait une maison en mauvais état. Mais la construction d'une maison **avec** un défaut est quelque chose de différent de l'**aggravation** du mauvais état de cette maison. L'état de la chose est certes pire que ce qu'il était. On ne peut parler de dommage **causé à un bien** que lorsqu'une chose est rendue pire que ce qu'elle était. Le dommage subi par Madame Dutton n'était donc pas un dommage matériel, ni physique. Mais c'est exactement ce que la Cour d'Appel a dit. En outre, à ce niveau de la procédure, il s'agissait en réalité d'une construction juridique erronée, adoptée délibérément et en connaissance de cause, car si le préjudice subi par Madame Dutton avait reçu une qualification exacte, ce préjudice n'aurait jamais pu être compensé en Droit anglais, puisque c'était un préjudice financier. Cette manière de voir le problème était reprise par Lord Denning lui-même, dans un de ses derniers livres - **The Discipline of the Law**. Dans ce livre, le "*Master of the Rolls*" reproduit des extraits de son jugement dans l'affaire **Dutton**, au cours desquels il décrit le préjudice causé à Madame Dutton comme un dommage **matériel** affectant la maison. S'il en était autrement, a-t-il précisé dans son jugement, cela voudrait dire que l'autorité serait responsable si le bâtiment s'effondrait et que cet effondrement provoque ainsi la blessure d'une personne, mais ne serait pas responsable si une personne découvrait et essayait de pallier ce défaut en temps utile. Cela, concluait-il, est une distinction impossible à faire. Cependant quelques pages après, le Master of the Rolls, dans son livre, a rajouté un commentaire à son jugement. Plus précisément, il écrit (35) : "*Un autre problème pour lequel la décision **Dutton v. Bognor Regis** a ouvert la voie est un problème qui, de nos jours, donne lieu à d'innombrables discussions. Il s'agit de perte purement financière. Madame Dutton n'était pas elle-même blessée. Le plafond ne lui est pas tombé dessus. Le préjudice subi par elle était **seulement un préjudice financier***". Il ne s'agit pas ici d'un lapsus linguistique ; il suggère plutôt que la motivation de l'arrêt était adoptée délibérément dans le but de faire justice dans ce cas particulier. Pour accomplir ce résultat, il était nécessaire de décrire un préjudice économique comme un dommage matériel. Cependant, même si on a de la sympathie pour Madame Dutton, il n'en reste pas moins

que cette interprétation est condamnable du point de vue de la terminologie et de la théorie juridique. Deux décisions de la Cour suprême allemande, saisie d'affaires semblables, révèlent clairement ce point. Puisqu'elles ont un intérêt **pratique** pour les juristes anglais, il faut le considérer en plus grand détail.

Dans la première affaire (36), l'action était portée contre un entrepreneur dont la mauvaise exécution du travail avait été la cause de fissures qui étaient apparues dans les plafonds. L'action contractuelle ayant été prescrite, le plaignant a alors intenté une action en responsabilité civile délictuelle. Son préjudice était décrit comme étant un préjudice économique et non pas comme un préjudice causé à un bien et, par conséquent, n'était pas susceptible de faire l'objet d'un dédommagement par application de la règle contenue dans l'article 823, § 1 du B.G.B. La Cour a précisé que "*rendre quelqu'un propriétaire d'un bâtiment défectueux n'équivalait pas à empiéter sur un droit de propriété déjà existant*". Mais qu'en est-il alors de l'argument présenté par Lord Denning dans l'arrêt équivalent anglais, selon lequel il serait impossible de distinguer le préjudice subi après que le bâtiment se sont effondré et le coût de l'opération permettant d'empêcher un tel effondrement ? La Cour suprême allemande n'a pas retenu cet argument. Elle a précisé que "*la plainte concernant ces préjudices n'est pas justifiée par la considération que le remplacement des plafonds qui risquent de s'effondrer a pour but nécessairement de sauver les utilisateurs de pièces en question d'un danger imminent. Il n'en reste pas moins qu'il s'agit là d'un cas dans lequel le coût de réparation des plafonds représente un préjudice qui affecte les intérêts pécuniaires du plaignant. C'est une évidence, car si on imagine qu'un plafond s'écroule et ainsi blesse une personne, le dommage directement responsable des blessures personnelles doit être compensé par application de l'article 823, § 2 du B.G.B. et de l'article 330 du Code criminel allemand ; mais il reste toujours le dommage matériel causé au bien lui-même, car il est nécessaire de remplacer les plafonds, ce qui peut encore affecter uniquement les intérêts financiers du plaignant*".

La conséquence logique d'un tel raisonnement doit être que le constructeur d'un bâtiment défectueux (et, de la même manière, le fabricant d'un bien mobilier défectueux) ne doit pas voir sa responsabilité civile délictuelle

engagée pour le préjudice causé **au** bâtiment (ou **au** produit). Néanmoins, la tendance actuelle va dans le sens inverse, permettant l'indemnisation d'un tel préjudice purement économique. Cette extension de la responsabilité civile délictuelle - motivée, sans doute, par le désir de protéger ou, même, surprotéger le consommateur moderne - présente de graves problèmes juridiques et économiques. Ainsi, les différentes justifications juridiques proposées aux Etats-Unis (37) ainsi qu'en Allemagne (38), pour prendre deux exemples évidents, entraînent une subtilité extrême et des distinctions complexes, sinon souvent impraticables. Un point quand même reste indéniable : la responsabilité contractuelle et délictuelle des fabricants fournit une illustration idéale pour notre thèse ; un comparatiste ne peut enseigner ce sujet correctement sans étudier la jurisprudence et, réciproquement, la jurisprudence pourrait bien profiter d'une analyse comparative et interdisciplinaire de ce sujet.

Cependant, les décisions allemandes équivalentes à l'affaire **Dutton** offrent encore autre chose au comparatiste anglais. Trois jours avant que le cas ci-dessus mentionné soit décidé, la Cour suprême allemande a eu à se prononcer sur une affaire semblable (39) qui, cette fois, mettait en jeu une autorité locale, pour négligence dans l'inspection des calculs faits par un architecte concernant la charge qui pourrait être supportée par les fondations d'un bâtiment. L'action a échoué en raison d'une application adroitement faite d'une théorie "*normative*" de "*causation*" utilisant un raisonnement mettant en jeu "*le but de la règle*" (40). Il est important d'étudier plus particulièrement certains passages de l'arrêt.

La Cour précise que : "*Les dispositions imposant la vérification des calculs concernant la capacité de la charge qui peut être supportée par les bâtiments ont pour objet les dangers qui pèsent sur le public en cas d'effondrement de constructions peu sûres. Tandis que ces réglementations et les obligations officielles qu'elles imposent ont pour but la protection du public - l'intérêt public - elles protègent également chaque membre individuel du public, qui risquerait d'être en danger à cause de la condition peu sûre du bâtiment, c'est-à-dire chaque personne en contact avec le bâtiment soit en tant qu'habitant, occupant, visiteur, voisin, passant ou travailleur qui compte sur la bonne qualité de l'édifice. Le propriétaire ou le lotisseur peut également bénéficier de cette*

fonction protectrice s'il souffre un **préjudice causé à son corps, sa santé ou sa propriété** comme résultat de l'effondrement, alors qu'il est en train de visiter ou même s'il habite le bâtiment, **mais cela seulement si le dommage est une conséquence du danger qui fait l'objet de la vérification officielle des conditions techniques en vue de protéger le public et par là même l'individu en question. Ici le cas est différent. Il est vrai que le plaignant a souffert un préjudice qui est le résultat de l'effondrement du bâtiment, mais il n'est pas une victime du danger contre lequel, en tant que membre du public, il avait le droit d'être protégé par les obligations officielles et les dispositions qui les créent, puisque c'était seulement le bâtiment lui-même et aucune autre de ses propriétés qui était endommagé**". La signification de cette décision est double. Premièrement, il faut remarquer que cette deuxième action, dirigée contre une autorité officielle était basée sur l'article 839 du B.G.B. qui, à la différence de l'article 823, § 1 du B.G.B., permet le dédommagement des pertes financières. Cependant l'action a échoué, ce qui suggère que la responsabilité pour perte financière peut être maintenue dans des limites raisonnables même si cette sorte de dommage est en principe reconnue. Nous reviendrons sur ce point dans la troisième partie. Une seconde remarque aussi intéressante peut être faite : ce type de raisonnement peut tout à fait être "*transplanté*" dans le Droit anglais, en admettant que l'on soit prêt à accepter l'idée ci-dessus mentionnée que la perte en question dans ces cas-là est purement financière. Car il est bon de rappeler que dans l'affaire **Anns**, Lord Wilberforce a commencé son jugement en termes identiques, en essayant de découvrir le **but** des dispositions du Public Health Act de 1936. Toutefois, ayant établi que le but de cet Act était, comme son équivalent allemand, "**de protéger la santé et la sécurité des propriétaires et occupants des bâtiments, y compris des maisons d'habitation...**" (41), il n'a pas été plus loin et a décidé que le dommage qui avait en réalité été causé n'était pas celui qui était prévu par le texte de loi. Ce raisonnement parfaitement justifiable dans le cas de délits imposés par un texte de loi (**Civil liability for statutory torts**) aurait pu conduire à un résultat semblable à celui obtenu en Allemagne. Il aurait aussi pu permettre d'éviter la discussion qui a suivi l'affaire **Anns** concernant pouvoirs et obligations et empêcher une reconnaissance étendue de la règle de responsabilité qui semble découler de l'arrêt **Anns** et dont les limites ont encore à être déterminées.

## EPILOGUE

Dans cette étude, inévitablement brève et incomplète nous avons tenté de suggérer deux choses. Premièrement, étant toujours conscient de l'orientation pratique des études du droit dans les pays de la **Common law**, nous avons suggéré une direction plus pratique et plus détaillée des études comparatives. Nous croyons, par exemple, que les efforts interminables pour classer les systèmes juridiques dans des groupes ou des familles différents sont peu utiles pour les juristes américains, surtout si on admet - comme on devrait le faire - qu'il y a à peu près autant de classifications que de comparatistes. Autrement dit, les comparatistes devraient rester toujours conscients du danger de voir leur sujet être considéré comme un "luxe" dans un programme d'études juridiques déjà très chargé. La meilleure méthode de combattre une telle attitude, c'est de démontrer sans cesse l'utilité pratique de la méthode comparative et la manière dont elle peut influencer la formulation de la jurisprudence.

Deuxièmement, nous avons suggéré des méthodes d'utilisation des arrêts judiciaires pour faire avancer l'enseignement du droit comparé. Evidemment, les buts poursuivis par l'enseignant peuvent être extrêmement variés. Une décision bien choisie lui offre souvent la possibilité de présenter la solution étrangère à un problème qui a été présenté devant ses propres cours, ainsi que de discuter une variété illimitée d'autres points comme, par exemple, la procédure devant les cours, les styles judiciaires, les méthodes et techniques juridiques (et, dans ce dernier domaine, nous croyons que la **Common law** a beaucoup à offrir aux juristes continentaux). Mais l'étude de la jurisprudence d'un système juridique peut aussi toucher des problèmes plus larges ainsi qu'éternels : les relations entre les juges et le législateur et l'interdépendance des sciences économiques, juridiques et politiques. L'édifice jurisprudentiel, construit par les cours allemandes sur le paragraphe 242 du B.G.B., tellement modeste, fournit une excellente illustration de tout ce que nous venons de dire. Son étude attentive rappellera et doit rappeler à nos étudiants que le droit n'est pas un feu d'artifice, un jeu intellectuel qu'on joue dans la réclusion d'une bibliothèque juridique mais, bien au contraire, un phénomène social concernant des hommes et des femmes réels et leurs problèmes constants et nouveaux dans la lutte pour l'existence. Seule l'étude de la jurisprudence peut faire ressortir tout cela avec une clarté indiscutable.

## NOTES

- (\*) Conférence prononcée à Bruxelles le 2 décembre 1983 à l'occasion du 25ème Anniversaire du Centre Interuniversitaire de Droit Comparé.
- (1) Maintenant dans la 8ème éd. par Camille Jauffret-Spinozi (1982).
- (2) **Einführung in die Rechtsvergleichung** (1971), 2 vol. trad. en anglais en 1977 par Tony Weir.
- (3) V. Lawson et Markesinis, **Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common law and the Civil law**, 2 vol. (1982).
- (4) Teaching Comparative Law, 5 **The University of Chicago, Law Review** 615, 6 (1938).
- (5) V. Markesinis et von Bar, **Richterliche Rechtspolitik im Haftungsrecht** (Tübingen 1981).
- (6) V. par exemple, J. Limpens, Liability for One's Own Act, **International Encyclopedia of Comparative Law**, vol. XI, ch. 2 (1979) (éd. A. Tunc).
- (7) C'est le titre d'une remarquable série de conférences prononcées à la Faculté de Droit de l'Université de Michigan aux Etats-Unis en 1955.
- (8) V. nos observations dans 1982 **Cambridge Law Journal**, 360.
- (9) BGHZ 29, 65.
- (10) Pour plus de détails, v. notre article "La politique jurisprudentielle et la réparation du préjudice économique en Angleterre : une approche comparative", **Revue Internationale de droit comparé**, 1983, 31 s.
- (11) **Rev. trim. dr. civ.**, 1939, 685, 689.
- (12) V. Lawson et Markesinis, **op. cit.**, note 3 supra, ch. 3 et, surtout Honoré "Causation and Remoteness of Damage", **International Encyclopedia of Comparative Law**, vol. XI, ch. 7.
- (13) BGHZ 3, 261.
- (14) BGHZ, 51, 91, traduit en anglais et commentée dans Lawson et Markesinis, **op. cit.**, note 3 supra, vol. 2, pp. 84-100.
- (15) Pour un excellent sommaire et des références bibliographiques sur ce sujet fort intéressant, v. Hein Kotz, **Deliktsrecht**, 2ème éd. (1979), p. 124 s.
- (16) **Hedley Byrne and Co. Ltd v. Heller and Partners Ltd** (1964) A.C. 465, 525.

- (16a) Sur ce sujet voir notre article : La notion de Considération dans la Common law, (1983) Rev. Intern. dr. comparé, 135 s. ; Rev. Rech. Jur. (R.R.J.) 1985-2 p. 559.
- (17) Pour un exposé compact mais très intéressant, v. Medicus, **Schuldrecht I, Allgemeiner Teil** (1981) 312 s.
- (18) V. ainsi RGZ 127, 218 ; BGHZ 33, 247 (reproduit en anglais dans Lawson et Markesinis, **op. cit.**, note 3 supra, vol. 2, pp. 151-159. V. aussi : RGZ 87, 64 ; 91, 21 ; BGHZ 49, 357 ; BGH NJW 1968, 1929.
- (19) BGH NJW 1977, 2073.
- (20) **Ross v. Caunters** (1979) ER 580.
- (21) **Biakanja v. Irving**, 320 P. 2d 16 ; **Lucas v. Hamm**, 364 P. 2d 685.
- (22) L'arrêt classique sur cette matière était **Robert Addie and Sons Ltd v. Dumbreck** (1929) A.C. 358.
- (23) **British Railways Board v. Herrington** (1972) A.C. 877.
- (24) V. par exemple **Rowland v. Christian**, 443 P. 2d 561 ; **Basso v. Miller** 352 N.E. 2d 868. M. Franklin et R. Rabin, **Tort Law and Alternatives**, 3ème éd. (1983), 165 s. Pour le Droit allemand, v. Marburger, Die Verkehrssicherungspflicht gegenüber Unbefugten, **Jura** 1971, 481 ; Schwab, Die deliktische Haftung bei widerrechtlichem Verweilen des Verletzten im Gefahrenbereich, **JZ**, 1967, 13.
- (25) Pour un bref exposé et des références bibliographiques, v. Lawson et Markesinis **op. cit.**, note 3 supra, vol. I, pp. 51-1, 68-69.
- (26) Zeldin, **France 1845-1945**, vol. 1 (1937), 307.
- (27) "Le Code Napoléon en tant que phénomène sociologique", R.R.J., **Droit Prospectif**, 1981, 327, 332.
- (28) **D.H.** 1932-1-45.
- (29) Civ. 27 juillet 1937, **S.** 1938-1-321 ; **D.** 1938-1-5.
- (30) Cass. Mixte 27 fév. 1970, **D.** 1970-201.
- (31) BGH **Vers R** 1956, 410.
- (32) **Festschrift Nottarp** (1961), 59 : Esser, **Schuldrecht** (1960) § 58.2. Il faut, quand même, noter deux Habilitationsschriften comparatives écrites par F. Kessler (plus tard, Professeur à Yale) et E. Wahl sous la direction de E. Rabel et publiées dans les vol. 6 et 9 du **Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht** et intitulées respectivement : **Die Fahrlässigkeit im nordamerikanischen Deliktsrecht** (1932) et **Vertragsausprüche Dritter im französischen Recht** (1935).
- (33) V. **Tendances de la RC produit en Europe et en Amérique** (collection d'essais publiés par la Kölnische Rück en 1981).

- (34) (1972) 1 Q.B. 373. La section qui suit reproduit dans l'essentiel notre texte publié dans la **Revue Internationale de Droit Comparé** 1983, 31, 39-43.
- (35) Lord Denning, **The Discipline of the Law** (1979), 255-261, 264.
- (36) BGHZ 39, 366.
- (37) V.M. Franklin et R. Rabin, **Tort Law and Alternatives**, 3ème éd. (1983), 645-652. W. Prosser, J. Wade, V. Schwartz, **Cases and Materials on Torts**, 6ème éd. (1976), 797-802 avec plusieurs références.
- (38) V. BGHZ 67, 359 ; NJW 1977, 379 et notes critiques par Lieb, JZ 1977, 345 s. et Rengier, JZ 1977, 346 s. H. Kotz, **Deliktsrecht**, 2ème éd. (1979), 42,3. V. aussi B. Bruggemeir, **Die vertragsrechtliche Haftung für fehlerhafte Produkte und der deliktsrechtliche Eigentumsschutz nach § 823-1 BGB**, Vers R 1983, 501 ; J. Schmidt-Salzer, **Deliktshaftung des Herstellers** für Schäden an der gelieferten Sache, BB 1983, 534. Pour des développements plus récents voir BGHZ 86, 256 et Hager, Zum Schutzbereich der Produzentenhaftung, AcP 1984, 413.
- (39) BGHZ 39, 358.
- (40) Honore, **op. cit.**, note 12 supra, n° 97-99.
- (41) **Anns v. Merton London Borough Council** (1977) 2 W.L.R. 1024, 1033.



R. R. J. 1985  
Pages 889 à 954

E T U D E S

-\*-\*-\*

2) ETUDES GENERALES



# LA PROPRIETE PRIVEE ET LE DROIT DES CONTRATS

Par Mary BECKER

*Professeur à l'Université de Chicago,*

(\*)

Je vais parler de trois aspects du rapport qui existe entre la propriété privée et le droit des contrats. Dans un premier temps, je vais traiter la façon dont le fait de reconnaître force de loi aux contrats détermine les types de biens que les individus peuvent détenir sous forme de propriété privée (1) et les types de transactions ouvertes aux individus désirant transférer des biens leur appartenant. Dans un deuxième temps, je vais examiner la façon dont des règles spécifiques du droit des contrats affectent la possibilité pour les individus de profiter de la "propriété" intellectuelle (2). Enfin, je vais aborder la question de savoir dans quelle mesure des limites à la liberté contractuelle augmentent la possibilité pour les individus de détenir ou de transférer des biens de la manière perçue par eux comme la plus avantageuse.

## **I. Le droit des contrats et le libre jeu du choix individuel**

La propriété privée pourrait recevoir une protection juridique et pourrait même être transférée de manière efficace sans l'intervention d'un régime de droit des contrats quelconque. Considérez un système juridique qui - peut-être pour des raisons économiques ou morales - admet la prémisse qu'un individu puisse garder les fruits de son travail. La propriété privée reçoit donc une protection juridique ; le propriétaire d'un bien peut invoquer la responsabilité de toute personne qui prend, endommage, ou nuit autrement à sa propriété (3).

---

(\*) Conférence donnée à l'Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté d'Economie Appliquée - Traduit par Linda Ranchin-Dundas - Septembre 1983.

Cependant, si l'on ne reconnaît pas la force juridique aux contrats, les types de propriété privée que les individus peuvent posséder et dont ils peuvent jouir seront plutôt limités. Bien que l'on se représente facilement la propriété privée sous forme de la possession simple de biens meubles ou immeubles, il est difficile d'en imaginer d'autres formes (4).

Les formes de transfert de la propriété privée auront tendance également à être plus limitées dans ce système. Un transfert complexe comportera plus de risques et sera donc plus coûteux et moins attractif que dans un système qui reconnaîtrait la force juridique aux contrats sous seing privé. Il y a une seule forme de transfert qui ne comporterait pas de risques supplémentaires : un système de troc simple dans lequel tous les transferts de propriété sont effectués au même moment sans spécification relative à la qualité.

Toute autre forme de transfert - des transferts nécessitant du temps pour leur réalisation ou des transferts comportant des spécifications relatives à la qualité - comportera un risque accru : la qualité du bien peut s'avérer autre que celle promise, et le contractant dont le délai d'exécution est fixé à une date future peut ne pas s'exécuter au moment prévu. Les coûts de transaction plus élevés de ces échanges plus complexes sont liés aux transferts d'information, typiquement des informations relatives à la qualité du produit ou relatives à l'avenir, soit le comportement futur des marchés, soit la conduite future du co-contractant ou de quelque autre acteur. Il est plus difficile, et donc plus coûteux, de transférer efficacement de telles informations dans un système qui ne reconnaît pas la force juridique aux promesses.

Il s'établirait, bien entendu, des rapports assimilables aux contrats en l'absence de contrats ayant force juridique : les hommes d'affaires maintiendraient un réseau de relations d'affaires, d'accords et d'ententes de diverses sortes, comme le feraient consommateurs et détaillants. Et des contractants potentiels pourraient déposer des fonds à la Caisse des Dépôts et Consignations (qui s'engagerait à remettre l'argent à la personne concernée au moment prévu) afin de rétablir la probabilité de rupture du contrat et le coût de la rupture pour la partie lésée.

Le troc en tant que tel ne serait donc pas la seule façon de transférer des biens dans un système qui ne

comporte pas un droit des contrats. Mais le coût supplémentaire associé à des transferts plus complexes aurait plus tendance à remplacer les formes d'échange que les contractants accepteraient d'employer par du troc simple que dans un système qui reconnaît la force juridique aux actes sous seing privé.

Si notre système reconnaît la force juridique aux contrats et protège la propriété privée, il s'ensuit deux conséquences. D'abord, l'on peut imaginer de nombreuses formes de propriété privée qui pourraient exister en plus de la simple possession de biens meubles ou immeubles(5). Les individus pourraient alors choisir de posséder des biens sous la forme d'actions ou d'obligations, de comptes d'épargne ou de chèques, d'options, de baux, etc. En effet, nous ne pouvons pas aujourd'hui prévoir les formes de propriété que l'on pourra posséder dans l'avenir ; les individus pourront expérimenter et développer des formes originales de propriété privée.

Deuxièmement, reconnaître la force juridique aux contrats diminuera le coût des transactions complexes en facilitant le transfert non seulement de la propriété mais aussi de l'information. La propriété détenue effectivement peut être transférée de manière efficace au moyen d'une transaction de troc simple, que les contrats aient force de loi ou non. Mais des informations non évidentes concernant la qualité actuelle du produit et des informations relatives à l'avenir seront transférées à un coût plus faible dans un système qui reconnaît la force juridique aux actes sous seing privé.

Un économiste pourrait soutenir que le contenu d'un système juridique ne devrait pas être déterminé par l'existence de coûts de transaction. L'on ne proposerait tout de même pas que - puisque le coût de la bière pourrait être diminué si les brasseurs n'avaient pas à supporter des frais de transport - le système juridique devrait être modifié de façon à exiger des entreprises de transports de transporter la bière gratuitement (6). Un tel résultat n'aboutirait pas à la satisfaction des désirs des consommateurs. Les frais de transport ne sont pas moins réels que les frais de houblon et de levure. Si les consommateurs peuvent acheter de la bière à un coût inférieur à celui qu'ils payeraient si tous les frais étaient répercutés dans le prix, ils consommeront plus de bière par rapport aux autres produits que si les frais exacts associés à la

production de la bière étaient internalisés (7). Il se peut même qu'ils boivent de la bière alors qu'ils préféreraient du vin si les véritables frais associés à chaque produit étaient internalisés.

Il est vrai que les frais de transport sont aussi réels que les autres coûts ; et externaliser les frais aurait vraisemblablement pour conséquence une mauvaise affectation de certains biens. Il existe, cependant, une différence importante entre externaliser les frais de transport de la bière et reconnaître la force juridique aux contrats, et cela à cause des coûts de transaction élevés des échanges autres que par le troc. En reconnaissant la force juridique aux contrats, nous pouvons diminuer le coût des transactions qui se font autrement que par troc, sans externaliser le coût. On pourrait faire supporter aux contractants le coût de l'appareil judiciaire nécessaire pour faire respecter les contrats (8).

La flexibilité, en termes de propriété privée aussi bien qu'en termes de types de transaction, apportée par la reconnaissance de la force juridique aux contrats est importante parce que nos connaissances sont limitées. Rien dans le concept de la propriété privée ne nous indique quelles formes de propriété privée seront jugées utiles et désirables par les individus ; nous ne pouvons pas prédire que certains biens, et uniquement ces biens là, seront jugés intéressants en tant que propriété privée. Par exemple, la question de savoir si des programmes informatiques doivent être protégés en tant que propriété privée ne serait jamais venue à l'esprit d'un planificateur du dix-neuvième siècle. Mais le droit des contrats du dix-neuvième siècle, en faisant respecter la promesse d'un acheteur de garder secret le programme informatique acquis, a fourni un moyen pour les individus de protéger des formes de "propriété" non prévues par la loi (9).

De la même façon, rien dans le concept de transfert de la propriété privée ne précise quelles informations les individus voudraient transférer. Il est certain qu'un système juridique pourrait offrir une protection juridique à certaines transactions prévues d'avance. Par exemple, une loi pourrait stipuler que, bien que l'on ne soit pas tenu en général de respecter ses promesses, les baux auront force de loi pourvu qu'ils soient conformes aux provisions de la loi. Toutefois, bien que le transfert de biens immeubles par un bail remonte à l'antiquité, il

serait impossible de prévoir tous les termes ou toutes les combinaisons de termes que les propriétaires et les locataires pourraient effectivement juger désirables. Par exemple, un planificateur du dix-neuvième siècle n'aurait pas pu prédire que les signataires de certains baux pourraient choisir d'inclure une provision concernant le transfert d'information au sujet de l'éventuelle utilisation de matelas d'eau dans les lieux.

Ainsi, le droit des contrats fournit une structure à l'intérieur de laquelle les besoins et les désirs des individus peuvent être coordonnés par le libre jeu des choix individuels pour distinguer les formes de propriété privée ainsi que les types de transactions désirés par les individus. Or, cela peut être accompli sans connaître les types de transactions ou de biens que les individus jugeraient désirables aujourd'hui ou dans l'avenir.

## **II. Le droit des contrats et la propriété intellectuelle**

Jusqu'à présent, la discussion s'est limitée à l'effet de la reconnaissance de la force juridique aux contrats sur les formes sous lesquelles les individus peuvent détenir la propriété privée, et les types de transactions qu'il est possible d'employer pour transférer ces biens. De plus, de manière assez subtile, les règles spécifiques du droit des contrats peuvent avoir un effet assimilable à la reconnaissance d'une forme de propriété privée.

Dans le cadre d'un droit des contrats, quelle doit être l'obligation des acheteurs et des vendeurs de se révéler des informations relatives à l'échange ? Il n'y a, bien entendu, nul besoin d'une loi exigeant des vendeurs de dire aux acheteurs qu'un produit a plus de valeur que l'acheteur ne le croit ; le produit est au moins aussi bon que l'acheteur le croit, et même s'il est meilleur, celui-ci ne s'en plaindra pas (10). Mais que se passe-t-il si c'est l'acheteur qui est en possession de certaines informations non évidentes concernant la valeur du bien ? Ou si le vendeur sait que l'acheteur croit que le bien a plus de valeur qu'il n'en a en réalité, parce que le premier possède des informations non évidentes concernant la qualité du produit ? Dans de telles situations, un système pourrait appliquer soit une règle exigeant la révélation de ces informations, soit une règle qui ne l'exigerait pas.

Considérez un cas dans lequel le propriétaire d'une

maison, habitant un endroit où les termites sont rares, découvre que sa maison est infestée de termites et décide de la vendre (11). Il en demande le prix du marché pour une maison saine. Est-il tenu de révéler le problème de termites aux acheteurs potentiels ? En demandant pour sa maison le prix du marché d'une maison saine, le vendeur a, du moins implicitement, laissé entendre qu'il n'a pas de raisons de croire que sa maison comporte des vices cachés. Une loi exigeant la révélation des informations pertinentes pourrait être fondée sur cette présentation implicitement déformée.

Considérez un deuxième cas dans lequel une compagnie pétrolière entreprend des prises de vue aériennes et d'autres études coûteuses afin de réunir des informations concernant la probabilité de trouver du pétrole dans un endroit précis (12). La compagnie réussit à obtenir des informations suggérant une probabilité très élevée de la présence du pétrole sous un champ appartenant à Paysan X, et envoie un représentant, coiffé d'un chapeau de paille, pour proposer à Paysan X le prix du marché pour le champ. Ce dernier accepte. La compagnie pétrolière avait-elle le devoir de parler ? Le représentant en chapeau de paille a-t-il implicitement laissé entendre que l'acheteur n'était pas une compagnie pétrolière et que le champ n'avait de valeur qu'en tant que terrain agricole, la valeur reflétée par le prix du marché ?

Si la révélation est exigée dans les deux cas, des règles autonomes du droit des contrats empêcheront les individus de profiter des informations qu'ils sont les seuls à posséder bien que, si un tel profit est possible, l'obtention des informations ne nécessitera pas de dépenses en ressources. Aux Etats-Unis, il est probable que la révélation soit exigée dans le premier cas mais non dans le deuxième (13). L'on a suggéré que la différence principale réside dans la question de savoir si le contractant en possession de l'information unique l'a acquise délibérément ou fortuitement tout en poursuivant d'autres objectifs (14).

Une loi permettant la non révélation dans le cas de la compagnie pétrolière est nécessaire si celle-ci doit être suffisamment motivée pour exploiter les informations précieuses concernant la qualité du champ de Paysan X. Une telle loi confère à la compagnie pétrolière un droit assimilable à un droit de propriété sur l'information relative au champ de Paysan X. La compagnie pétrolière ne pourra

peut-être pas empêcher d'autres personnes d'acquérir et d'employer cette information. Mais, dans de nombreux cas, aussi longtemps que le droit des contrats n'exige pas la révélation auprès de Paysan X, la compagnie pétrolière pourra profiter de l'information exactement comme si celle-ci constituait une forme de propriété juridiquement protégée (15).

De surcroît, il est même probable que Paysan X bénéficie lui-même d'une loi de non révélation. Il estimait plus profitable de vendre au prix du marché ; une loi exigeant la révélation entraverait le développement de l'information qui a rendu possible cette vente. Ainsi, en l'absence d'une loi sur la révélation, chaque partie a bénéficié du développement d'informations concernant la valeur spéciale du champ de Paysan X. En effet, Paysan X obtient de l'argent qu'il préfère au champ. La compagnie pétrolière a découvert une utilisation plus productive pour le champ et peut à présent en extraire du pétrole, un produit désiré par les consommateurs et par l'industrie.

Le cas des termites est très différent. Le propriétaire de la maison a plusieurs bonnes raisons d'acquérir des informations concernant l'état de sa propriété, malgré la loi sur la révélation. Une loi sur la révélation, donc, n'entravera pas vraiment le développement d'informations utiles dans la plupart des cas. Qui plus est, à la différence du cas de la compagnie pétrolière, alors que la non révélation aboutit à l'exploitation de l'information utile ainsi qu'à son développement, une loi de non révélation aboutirait dans ce cas à la perte de l'information relative au défaut de la maison. Il faudrait que l'acheteur redécouvre cette information par lui-même.

La meilleure solution est donc d'exiger la révélation dans certains cas, mais non dans d'autres. La révélation est opportune dès lors que des informations d'une certaine valeur seraient perdues le cas échéant, et alors exiger la révélation aurait peu d'effet sur la motivation de développer l'information. Une loi n'exigeant pas la révélation est utile lorsqu'il est nécessaire de maintenir de bonnes raisons de poursuivre le développement des informations, du moment que chaque partie profiterait de l'information développée bien que celle-ci ne soit pas révélée. Et la protection procurée par la loi de non révélation, bien que limitée, permet à celui qui développe l'information

d'en profiter de la même manière que si l'information elle-même constituait une forme de propriété privée recevant une protection juridique.

### III. Les limites à la liberté contractuelle

Dans une société jouissant d'une liberté contractuelle totale, tous les droits seraient librement aliénables, soit dans leur totalité, soit en partie - c'est-à-dire, un paysan pourrait vendre son champ, ses pommes de terre ou les pommes de terre achetées à terme, et ceci par contrat oral, par contrat écrit, ou par toute autre forme contractuelle qui conviendrait à lui-même et à son co-contractant. Cependant, aucun système juridique n'a jamais permis une telle liberté contractuelle absolue.

Les systèmes juridiques imposent deux sortes de limites à la liberté contractuelle : des limites **formelles** et des limites **autonomes**. Par limites formelles il faut entendre une règle selon laquelle un certain contrat ou une certaine provision contractuelle n'aura pas force juridique si des conditions formelles ne sont pas respectées. Par exemple, certains contrats peuvent se voir refuser carrément la force juridique, à moins que ceux-ci ne soient rédigés et signés par la personne contre qui l'action est intentée. Ou bien, un désistement de garantie dans une vente à un particulier pourrait n'être valable qu'à condition qu'il soit inséré sur la première page d'un contrat de vente écrit, et cela en gros caractères rouges.

En revanche, une limite autonome refuse la force juridique à certains contrats ou à certaines provisions contractuelles, quelle que soit la forme employée ; les parties ne disposent d'**aucun** moyen pour donner force de loi à un tel contrat ou à une telle provision contractuelle. Par exemple, le droit des contrats pourrait stipuler que les contrats d'esclavage n'ont pas force de loi, ou que des désistements de garantie sont réputés non écrits dans un contrat de vente d'une voiture neuve à un particulier. Ces limites sont autonomes. Les termes d'un contrat d'esclavage ne prennent jamais effet, quelles que soient les formalités accomplies ; les désistements de garantie dans la vente de voitures neuves aux particuliers n'ont aucun effet juridique, quelle que soit leur forme.

Des limites à la liberté contractuelle ne sont pas nécessairement incompatibles avec la liberté de contracter,

et elles n'empêchent pas nécessairement la prise en compte des choix individuels dans le droit des contrats. Des limites formelles à la liberté contractuelle pourraient même augmenter la liberté de contracter, par exemple la possibilité pour des individus d'entreprendre des engagements juridiques qu'ils jugent avantageux. Les limites formelles ne diminuent pas les types d'accords ouverts aux particuliers ; les parties n'ont qu'à employer la forme appropriée. Et, en identifiant clairement les conséquences juridiques des différents accords, les conditions formelles facilitent pour les individus le choix des conséquences souhaitées (16).

En revanche, les limites autonomes à la liberté contractuelle entravent, elles, le libre jeu du choix individuel dans les contrats. Chaque limite autonome à la liberté contractuelle élimine une des possibilités que certains auraient peut-être choisies si cela était possible. Au moins un consommateur pourrait préférer payer moins pour acheter une voiture sans garantie. Et le vendeur pourrait volontiers la somme offerte par le consommateur pour une voiture sans garantie. Mais si les désistements de garantie sont réputés non écrits, les parties ne pourront pas entreprendre l'engagement souhaité.

D'une certaine manière, chaque limite autonome à la liberté contractuelle crée un "*droit*" inaliénable limité. Il est possible que le consommateur n'ait pas le droit d'acheter une voiture en particulier mais, une fois qu'il a décidé d'acheter, le consommateur possède un "*droit*" inaliénable, qu'il ne peut pas vendre ou céder au vendeur, d'acquérir une voiture neuve **avec garantie**.

Néanmoins, on peut soutenir que certaines limites à la liberté contractuelle augmentent la liberté contractuelle. Pour prendre un exemple extrême, la loi stipulant que les contrats d'esclavage sont réputés non écrits peut être défendue en affirmant que personne n'entreprendrait volontairement l'engagement de se vendre s'il savait véritablement ce qu'il faisait et les implications juridiques de son action. Si cela était le cas, une loi permettant les contrats d'esclavage pourrait aboutir à obliger A à travailler pour B selon les termes de l'accord alors que l'accord ne devait pas lier juridiquement ou, peut-être, qu'il ne devait pas produire d'effet juridique de cette manière (17). Evidemment, la question de savoir si le refus de reconnaître de tels contrats augmente ou

entrave la liberté contractuelle dépend de la vérité de l'affirmation empirique selon laquelle personne ne choisirait volontairement de se vendre.

Pour prendre un exemple moins extrême, un système juridique pourrait refuser d'accorder force de loi à toute renonciation par un malade à l'hôpital, à l'obligation de fournir le niveau de soins minimal. Les partisans d'une telle loi pourraient soutenir qu'il est improbable qu'un malade dans une telle situation se rende compte de ce qu'il signe ; autrement, il refuserait de signer. Si le malade refusait de signer ce document, l'hôpital et les médecins accepteraient quand même de fournir au patient un niveau de soins minimal. Si toutes ces affirmations empiriques sont vraies, une loi refusant d'accorder la force juridique à la renonciation par un malade à l'hôpital à l'obligation de fournir un niveau de soins minimal augmentera la liberté contractuelle en reconnaissant seulement les termes contractuels que les parties choisiraient s'ils étaient conscients des conséquences.

La France et les Etats-Unis ont de nombreuses limites autonomes à la liberté contractuelle, qui peuvent être justifiées par le souci de promouvoir la liberté contractuelle, y compris les deux limites que j'ai citées comme exemple : le refus d'accorder la force juridique aux contrats d'esclavage ainsi qu'à la renonciation par un malade au niveau de soins minimal. Il est au moins plausible que le refus de reconnaître les contrats d'esclavage repose sur une affirmation empirique valable : il est probable que personne en France ou aux Etats-Unis aujourd'hui ne choisirait l'esclavage. Si cela est vrai, cette limite à la liberté contractuelle favorise bien la liberté de contracter (18).

L'affirmation empirique selon laquelle **aucun** malade n'accepterait de renoncer au niveau de soins minimal s'il était conscient de la signification de son acte n'est pas plausible. Il est invraisemblable qu'aucun malade ne choisirait de signer un tel document sauf par erreur ; il est probable que certaines personnes ne pourraient ou ne voudraient payer que la somme demandée par le médecin ou par l'hôpital pour des soins comportant un moindre risque d'une éventuelle action en responsabilité.

Dès lors qu'un système juridique refuse d'accorder force de loi à une telle renonciation, ces personnes ne

peuvent choisir l'arrangement souhaité par elles-mêmes et jugé acceptable par l'autre partie. Cette limite autonome à la liberté contractuelle pourrait peut-être se justifier dans le cas où le fait d'accorder la force juridique déboucherait sur plus de renoncements erronés que de renoncements souhaités mais rendus impossibles par la loi les tenant pour non écrites. Mais, même dans ce cas, l'on pourrait demander pourquoi ceux qui désirent des soins moins coûteux grâce à la renonciation, en soient privés dans le but de protéger les intérêts d'un groupe plus nombreux qui risquent de signer ces documents par erreur.

La question de savoir si, ou dans quelles circonstances, des limites autonomes à la liberté contractuelle devraient produire d'effet, dépasse le cadre de cette discussion. Je veux simplement faire remarquer que de telles limites à la liberté contractuelle peuvent entraver la possibilité de coordonner, dans des contrats, les désirs des individus par le libre jeu du choix individuel, même lorsque la prétendue justification de ces limites est l'augmentation de la liberté contractuelle.

### CONCLUSION

Le droit des contrats comporte des implications importantes pour la propriété privée. Pour autant qu'il accorde la force juridique aux accords privés destinés à produire des effets juridiques, le droit des contrats fournit une méthode selon laquelle le libre jeu des choix individuels peut coordonner les besoins et les désirs des différents individus, tant en ce qui concerne les formes de propriété privée qu'en ce qui concerne les types de transfert des biens. De surcroît, dans la mesure où les lois relevant du droit des contrats relatives à la révélation permettent aux individus de profiter d'informations inconnues au co-contractant, elles créent des droits assimilables à des droits de propriété sur la propriété intellectuelle, et le désir de consacrer des ressources au développement de cette "propriété".

Enfin, les limites à la possibilité pour les individus de s'engager juridiquement n'entravent pas nécessairement la liberté contractuelle ou l'efficacité du libre jeu des choix individuels pour coordonner la possession et le transfert des biens. Des limites formelles sont souvent utiles pour permettre aux individus de choisir les conséquences

précises qu'ils désirent. On peut soutenir à l'encontre des limites autonomes à la liberté contractuelle une justification semblable. Mais de telles justifications reposent sur des suppositions empiriques qui sont peut-être erronées et, dans la mesure où elles ne le sont pas, ces limites entravent la liberté individuelle et le libre jeu du choix.

## NOTES

(1) Sauf indication contraire dans le texte, la **"propriété privée"** n'est pas limitée aux biens définis comme **"propriété"** pour les besoins du droit de la propriété. Dans le cadre du droit de la propriété, ne sont protégés que les droits sur des biens meubles et immeubles, des droits souvent décrits comme des droits opposables à tous. J'emploie la **"propriété privée"** dans un sens large et non-technique pour désigner les biens qu'un profane considérerait comme tels. La **"propriété privée"** comprend donc les droits sur des biens meubles et immeubles, mais également des droits auxquels est accordée une protection juridique plus limitée, telle que les droits limités d'un actionnaire sur l'actif d'une société.

(2) La **"propriété intellectuelle"** désigne les informations ayant une certaine valeur, auxquelles le système juridique accorde une certaine protection. Par exemple, un système juridique pourrait donner force de loi aux engagements de garder secrètes certaines informations, fournissant ainsi une protection limitée.

(3) Il n'est pas nécessaire que cette protection soit absolue. Il se peut que le système juridique, au moins dans certains cas, ne protège les propriétaires que contre le dommage causé par la négligence ou l'imprudence.

(4) Comme dans la note (1) ci-dessus, les biens immeubles et meubles sont les seules formes de propriété privée protégées juridiquement en tant que telles, c'est-à-dire protégées directement par le droit de la propriété plutôt qu'indirectement et de manière plus limitée par d'autres branches du droit privé tel que les contrats.

(5) Comme il est indiqué dans les notes (1) et (4) ci-dessus, ces formes de propriété privée ne reçoivent pas toutes le même type de protection juridique. Les droits d'une personne sur des biens meubles ou immeubles sont protégés typiquement par le droit de la propriété en tant que droit opposable à tous. Les droits d'un actionnaire sur l'actif d'une société est un droit limité, et ceux des obligataires auront préséance sur ceux des actionnaires.

(6) Suivant un certain nombre de facteurs, y compris le prix des produits substituables à la bière et l'attrait que présentent ceux-ci pour les consommateurs comparativement à la bière, des brasseurs rationnels pourraient ou non baisser le prix de la bière s'ils n'ont plus à supporter les frais de transport.

(7) Les frais **"internes"** sont des frais supportés par celui qui les engage. Les frais **"externes"** sont des frais qui ne sont pas supportés par celui qui les engage, mais par autrui.

(8) Par exemple, tout contractant qui désire passer un contrat ayant force de loi pourrait se voir obligé d'acheter un timbre au tribunal et supporterait sa part des frais occasionnés pour faire respecter le contrat. Ou bien, on pourrait faire payer aux plaideurs, lors d'actions fondées sur des contrats, le coût de leur utilisation de l'appareil judiciaire.

(9) Ce programme informatique constituerait une forme de **"propriété"** intellectuelle. Voir la note (2) ci-dessus.

(10) Il est vrai aussi, bien entendu, que même en l'absence d'une loi sur la révélation, ce vendeur aura une motivation très importante pour informer l'acheteur de la valeur réelle du produit.

(11) Ces faits sont similaires à ceux de l'affaire Swinton c. Whitinsville Sav. Bank, 311 Mass. 677, 42 N.E. 2d 808 (1942).

(12) Ces faits sont similaires à ceux de l'affaire Nell c. Shamburg, 158 Pa. 263, 27 Atl. 992 (1893).

(13) Comparez Swinton c. Whitinsville Sav. Bank, 311 Mass. 677, 42 N.E. 2d 808 (1942) (le vendeur fut obligé de révéler que la maison était infestée de termites), à Nell. c. Shamburg, 158 Pa. 263, 27 Atl. 992 (1893) (révélation non requise de l'information connue de l'acheteur seul concernant la capacité potentielle du terrain de produire du pétrole).

(14) Kronman, Mistake, Disclosure, Inflation, and the law of Contracts, 7 Jr. Legal Studies 1 (1978).

(15) L'expression **"forme de propriété juridiquement protégée"** désigne les biens qui reçoivent la protection absolue du droit de la propriété. Voir les notes (1), (4) et (5) ci-dessus.

(16) Voir Fuller, Considerations and Form, 41 Col. L.Rev. 799, 801-803 - (1941). Il faut, bien entendu, voir le revers de la médaille. Lorsque la condition formelle que doit remplir un contrat nécessite davantage d'efforts et de dépenses que ne peut supporter la transaction, et qu'une formalité ou un ensemble de formalités moins onéreux rempliraient l'objectif formel, l'imposition de la formalité trop coûteuse empêchera les contractants d'entreprendre l'engagement juridique qu'ils souhaitent.

(17) Il est possible que **A** et **B** entendaient un contrat de travail sanctionné par l'attribution de dommages monétaires en cas de rupture, et non en obligeant **A** à travailler pour **B** contre sa volonté.

Les parties elles-mêmes peuvent éviter les ambiguïtés décrites dans le texte en indiquant clairement si l'accord doit lier juridiquement les signataires et, dans l'affirmative, les sanctions éventuelles.

(18) Il n'est toutefois pas impossible d'imaginer qu'un individu veuille, même au vingtième siècle, se lier par un contrat d'escavage.

# L'INFORMATISATION DE LA PUBLICITE FONCIERE

Par M. Guy-François RUC  
*Diplôme Supérieur du Notariat*

## INTRODUCTION

Le XIXe siècle a été celui de la révolution industrielle et le XXe siècle assiste avec l'informatisation à une véritable révolution scientifique.

Les gouvernements français successifs se sont préoccupés d'informatique afin que la France joue un rôle primordial dans ce domaine.

L'Administration française a, elle-même, déjà informatisé de nombreux services, et la Direction Générale des Impôts envisage depuis une dizaine d'années d'informatiser la publicité foncière.

Le rôle de cette dernière, opéré dans les trois cent cinquante trois Conservations des Hypothèques employant environ six mille fonctionnaires, est d'informer les tiers des actes et droits portant sur les immeubles, autant dire de collecter, conserver et délivrer les informations juridiques concernant les biens immobiliers auprès des usagers, principalement les Notaires.

Depuis le 1er janvier 1956, par suite des décrets des 4 janvier et 14 octobre 1955 en la matière, la documentation tenue par les Conservations des Hypothèques comprend :

## I. Les Registres

- **Le Registre des dépôts** dans lequel le Conservateur inscrit la mention de la remise des documents qui lui sont déposés, par ordre d'arrivée, en vue de l'exécution de la formalité de publicité.

Il faut préciser que cet ordre d'arrivée est capital puisqu'il permet de déterminer l'opposabilité aux tiers et la primauté d'un droit par rapport à un autre.

- **Le Registre des formalités**, formé de la reliure des actes, décisions judiciaires et bordereaux d'inscription (avec toutes mentions utiles) nécessaires à la publication des mutations ou à l'inscription des privilèges ou des hypothèques sur les immeubles.

## II. Le fichier immobilier

Celui-ci se compose de trois types de fiches :

- **Les fiches personnelles de propriétaires** tenues par Bureau et par personne, qui permettent de connaître toutes les formalités accomplies par chaque propriétaire, soit par lecture directe sur la fiche (immeubles ruraux), soit par une référence de renvoi à la fiche d'immeuble (immeubles urbains).

- **Les fiches d'immeubles** créées pour chaque immeuble urbain ou chaque fraction d'immeuble, analysent les formalités relatives à l'immeuble concerné.

- **Les fiches parcellaires** (fiches de renvoi), sur lesquelles sont portées des indications permettant de se reporter à l'une des deux catégories de fiches sur lesquelles figurent les formalités relatives à chaque parcelle concernée.

La mise à jour de cette documentation est faite manuellement avec une grande minutie, bien que le volume des formalités principales (publication d'actes, inscriptions hypothécaires et demandes de renseignements) soit passé de 2,6 millions (dont 1,4 million de publications et inscriptions) en 1957 à 7 millions (dont 4 millions de publications et inscriptions) en 1980.

Il semblerait que d'après les premières études, qui ont déjà été faites, et sur lesquelles il faudra revenir, l'informatisation améliorerait la qualité du service rendu aux usagers et les conditions de travail du personnel des Bureaux des Hypothèques.

Cependant, l'informatisation s'accompagne, là comme ailleurs, de nombreux problèmes, tant techniques que politiques, économiques, sociaux et même psychologiques, et il faut citer ici Paul Valéry, qui pensait que nous sommes entre le encore et le déjà.

La Direction Générale des Impôts s'est octroyée logiquement le monopole de l'initiative de l'informatisation de la publicité foncière. Au stade de l'élaboration du projet, le Conseil Supérieur du Notariat joue plus un rôle d'observateur que d'acteur.

Pourtant, dans ce domaine, l'Etat pourrait partager avec les Notaires la mise en oeuvre de cette informatisation et affirmer ainsi sa volonté de jouer le rôle d'Etat partenaire, qui devrait se développer de nos jours.

Il faut d'ailleurs souligner que l'Administration attribue aux Notaires la dénomination d'usagers des Conservations dans ses notes et études techniques. Ceci est révélateur de l'esprit de l'Administration à l'égard du monde notarial. Ce terme d'usagers ne reflète pas l'entière réalité, car le notariat participe directement à la gestion des Conservations par les obligations et le formaliste qui lui ont été peu à peu imposés.

Comme le confirment le rapport NORA MINC sur l'informatisation de la société et le 78<sup>e</sup> Congrès des Notaires de France tenu à Bordeaux, l'Etat se trouve, d'une manière générale, dans l'alternative suivante :

- soit, appliquer la politique du Tout Etat et s'octroyer de plus en plus de pouvoirs en exerçant de plus en plus de fonctions ;

- soit, organiser et participer avec les autres acteurs de la vie active, à l'élaboration des structures de la société de demain, dans laquelle chacun, et l'Etat y compris, pourra exprimer sa part de liberté et sa part de responsabilité.

Le Notariat est une institution assez ancienne, solide et structurée pour être capable d'apporter, si l'Etat le lui demandait, un complément d'informations, de réflexion, de moyens techniques et financiers nécessaires à la mise en place de l'informatisation de la publicité foncière.

Il est vrai que cette collaboration entre l'Etat et le notariat ne pourrait se faire qu'au prix d'un certain

effort par chaque partenaire. Car d'un côté, les Conservateurs des Hypothèques ont souvent à reprocher au monde notarial un manque de rigueur dans la rédaction des actes et des extraits, qui entraîne de nombreux refus ou rejets, auquel il faudra remédier si on veut obtenir une information efficace. D'un autre côté, les Notaires ont à reprocher aux Conservations des Hypothèques un manque de rapidité dans leur mission, qui contribue à influencer défavorablement l'image du notariat dans l'opinion publique. De plus, force est de constater qu'à ce jour, la collaboration entre la Direction Générale des Impôts et le Notariat semble se limiter à quelques vœux et notes confidentielles.

Lors du 78<sup>e</sup> Congrès des Notaires de France à Bordeaux sur l'informatique, il a été souligné qu'une expérience avait été menée à la Conservation des Hypothèques de Compiègne, qui devait avoir des répercussions considérables sur le travail imposé aux Offices des Notaires, mais le Conseil Supérieur du Notariat n'a jamais eu connaissance des conclusions tirées de cette expérience par l'Administration. Aujourd'hui, une expérience est menée à blanc sur la commune de Vélizy, qui dépend du Bureau des Hypothèques de Versailles, et sur laquelle le Notariat semble avoir assez peu d'informations.

Il faut aussi remarquer que l'informatisation de la publicité foncière n'est pas seulement un problème d'opportunité politique et économique, mais soulève des problèmes techniques tant par sa mise en oeuvre que par les habitudes et certitudes qu'elle sera susceptible de remettre en cause.

En effet, l'informatisation de la publicité foncière aura une influence sur la rédaction des actes notariés, car, ainsi que le souligne Me Bosvieux, Notaire à Avignon, *"Informatisation et normalisation sont deux techniques étroitement liées et, à cause de la nature de l'informatique, inséparables : elles font la paire"*, et elle aura aussi une influence sur les règles de droit, elles-mêmes, comme le précise le Professeur Huet : *"il est indispensable que les règles juridiques soient en harmonie avec les pratiques engendrées par l'utilisation de l'informatique, qu'elles ne viennent pas freiner une évolution qui se manifeste dans tous les secteurs de la vie économique"*. Il est de l'essence même de la science juridique de s'adapter aux exigences économiques, qui risquent d'être parfois bouleversées

par l'introduction de l'informatique dans de nombreux domaines. Il en est déjà ainsi avec la nouvelle rédaction de l'article 1348 du Code Civil sur les moyens de preuve.

Parallèlement au développement du droit de l'informatique se réalise peu à peu l'informatique juridique. Celle-ci s'effectue particulièrement dans le domaine de la documentation.

Face à l'accroissement quantitatif des sources de droit positif, l'automatisation devient un impératif. On le constate dans le Notariat avec la mise au point de **SYDONI** (Système de Documentation National Informatisé), par les **CRIDON** (Centres de Recherches, d'Information et Documentation pour les Notaires).

Mais cette automatisation se heurte encore à deux freins, qui s'atténuent progressivement : le coût de revient élevé et la spécificité du langage juridique.

L'informatique juridique joue aussi un rôle éminent dans le domaine de la gestion de services publics tels que la Justice avec l'automatisation du Casier Judiciaire et des bureaux d'ordre pénal.

Le notariat, pour sa part, ne limite pas son informatisation à la documentation. Aujourd'hui, plus de mille Etudes de Notaires, sur un peu plus de cinq mille existantes, sont abonnées au seul Centre Notarial d'Informatique (C.N.I.). Celui-ci est une émanation du Conseil Supérieur du Notariat et il est né des travaux du 66e Congrès des Notaires de France, tenu à Grenoble en 1969.

Initialement, le C.N.I. avait pour but de traiter la comptabilité des Offices grâce aux méthodes informatiques. Aujourd'hui, les activités du C.N.I. s'étendent à la rédaction des actes notariés et à la réalisation des formalités. Il est même doté, à présent, d'un service de mathématiques financières.

Ainsi, pour résoudre les problèmes posés par la gestion de leurs Offices, les Notaires se tournent avec pragmatisme vers l'informatisation, en chefs d'entreprises compétents qu'ils sont devenus ou qu'ils devront devenir.

Et face aux réalités économiques de la fin du XXe siècle, l'Etat lui-même, parfois avec regret, doit informatiser ses services et se lancer dans une politique favorisant l'informatisation des entreprises afin que celles-ci demeurent

compétitives sur le marché international.

Ces remarques nous amènent à étudier, dans une première partie, d'une part, la **politique du Tout Etat** à travers les moyens employés par l'Administration pour la mise en oeuvre de l'informatisation de la publicité foncière, et d'autre part, la **politique de l'Etat partenaire**, que l'on pourrait constituer.

Il nous appartiendra d'étudier, dans une seconde partie, d'une part, **l'influence de l'informatisation de la publicité foncière sur la rédaction des actes notariés**, et d'autre part, **les innovations juridiques** que pourra entraîner cette informatisation.

## PREMIERE PARTIE

### MISE EN OEUVRE DE L'INFORMATISATION DE LA PUBLICITE FONCIERE

#### I. LA POLITIQUE DU TOUT ETAT

##### 1°) - Le projet F.I.D.J.I.

(Fichier Informatisé de Documentation Juridique Immobilière)

Depuis une dizaine d'années l'informatisation de la publicité foncière est envisagée. Au départ, l'Administration pensait pouvoir réaliser une vaste banque de données foncières incluant la publicité foncière, le cadastre (registres et plans) et les activités relatives au domaine foncier appartenant à l'Etat.

Ce projet est vite apparu trop ambitieux pour aboutir à des réalisations concrètes à moyen terme.

L'informatisation du cadastre a été réalisée seule, et l'automatisation des registres cadastraux est entrée en service en 1974. Par contre, l'informatisation des plans se limite, pour l'instant, à quelques localités.

Il faut noter toutefois que des précautions ont été prises pour permettre les connexions nécessaires entre le cadastre automatisé et le futur système informatique de la publicité foncière. Ces liaisons sont d'ailleurs facilitées puisque même les règles d'identification des personnes et des immeubles régissent la documentation cadastrale et la publicité foncière. Actuellement, le projet F.I.D.J.I. prépare l'informatisation de la publicité foncière, qui devrait se réaliser dans les années à venir.

Selon les communications de la Direction Générale des Impôts, l'étude du projet F.I.D.J.I. a été entreprise, à partir de 1979, autour de deux axes :

I. D'une part, une réflexion d'ensemble afin de cerner les objectifs de l'informatisation et les caractéristiques générales du système à envisager en comparant l'avantage à retirer de l'automatisation avec les coûts inhérents à cette opération.

L'Administration a étudié les deux solutions envisageables, soit un système de micrographie des supports d'informations associé à l'informatique, soit une gestion basée sur le **"tout informatique"**.

Selon les fiches techniques établies par la Direction Générale des Impôts, la solution mixte (micrographie et informatique) a été écartée, car elle nécessiterait une présentation trop contraignante des documents à micrographier et une refonte de la délivrance des informations. Cette solution entraînerait des rigidités dans l'enchaînement des tâches, un accroissement et une parcellisation des travaux, des dépenses élevées et une mobilisation difficile des informations de nature fiscale.

De plus, il est important de souligner que c'est la solution **"tout informatique"** qui ménage des perspectives de mobilisation automatique des données hypothécaires à d'autres services de la D.G.I. (Cadastre...).

**II.** D'autre part, l'élaboration d'une maquette informatisée simplifiée afin de tester la faisabilité technique d'un tel projet et d'obtenir des indications pratiques sur son fonctionnement.

La maquette d'expérimentation informatique fonctionne à partir des données provenant de la commune de Vélizy, qui dépend du 1er Bureau des Hypothèques de Versailles, où certains agents reprennent la documentation à partir du 1er Janvier 1956, et effectuent la saisie des données sur des terminaux écran-clavier avec les procédures de contrôle technique nécessaire pour assurer la fiabilité exigée.

Les informations sont alors introduites dans l'ordinateur de la Direction Générale des Impôts à Paris, sur lequel les informaticiens effectuent leur travail de mise au point du système.

En fait, comme on peut le remarquer, l'expérience est centralisée à Paris, et les Agents du Bureau des Hypothèques de Versailles compétent ne font que la subir.

Cette maquette d'expérimentation a pour objectif réussi, à ce jour, d'apporter la preuve qu'un système informatique, impliquant la gestion des liens entre les personnes, les immeubles et les formalités, est susceptible d'assurer une fiabilité équivalente à celle obtenue par les procédures manuelles utilisées actuellement.

Les prestations de la maquette sont réalisées en mode conversationnel. Toutefois, il est tout à fait exclu, pour l'instant, que les usagers puissent avoir directement accès aux informations délivrées par la maquette, et qui sont réservées exclusivement aux Agents du service public.

Les prestations attendues de cette maquette sont les suivantes :

**A) La fiabilité des informations**, qui s'exerce essentiellement sous la forme d'une application limitée du principe de l'effet relatif. Ce dernier est très important car il permet de vérifier la matérialité de la chaîne des publications et la concordance des désignations du disposant et de l'immeuble.

Cependant, l'effet relatif ne peut jouer quand le droit du disposant a été acquis sans titre (par prescription, accession, ou quand le droit de propriété est consolidé par le décès de l'usufruitier).

Chaque fois que cela est possible, la formalité traitée est rapprochée de celles antérieures concernant les mêmes personnes et les mêmes immeubles, afin d'exercer le contrôle de la fiabilité des données.

Afin de se limiter à une simple gestion des liens dans le cadre de la maquette, il a été convenu de ne pas prendre en compte les informations relatives à la nature et à la quotité des droits transmis ou grevés.

L'analyse d'une formalité consiste :

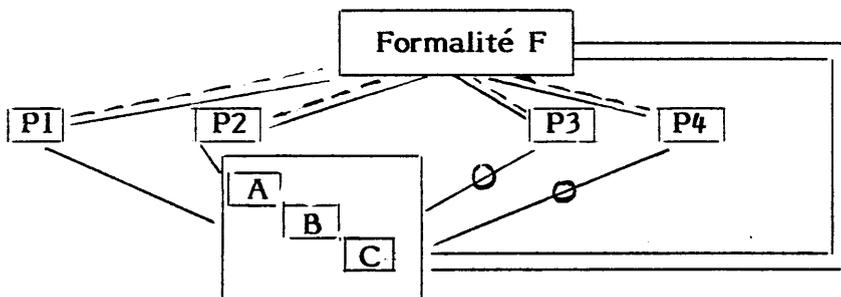
- à mettre en évidence les liens entre cette formalité, les personnes, les immeubles ou une autre formalité qu'elle concerne ;

- à traduire l'opération juridique en cause par des liens particuliers entre des personnes et (ou) des immeubles.

L'exemple traité ci-après illustre l'utilisation des liens au regard de la délivrance des renseignements que nous envisagerons plus loin.

(voir page suivante)

Vente par les personnes P1 et P2  
aux personnes P3 et P4 des trois immeubles A,B,C.



LEGENDE DES LIENS :

Liens réels —————

Liens personnels -----

Liens réels personnalisés sans effet acquisitif —————

Liens réels personnalisés ayant effet acquisitif ——○——

Il faut préciser que les entités (**formalités, personne et immeuble**) sont reliées entre elles par différents types de liens :

- Les entités **personne** et **immeuble** sont nécessairement contenues dans l'entité **formalité** et lui sont rattachées par un lien d'appartenance

- pour une formalité (lien interne), les personnes et les immeubles peuvent être en correspondance sous la forme de couples personne-immeuble. Quand la formalité ne contient que des personnes ou des immeubles, ceux-ci peuvent également être en correspondance ;

- enfin, une formalité peut faire référence à d'autres formalités.

La nature de l'accès (ensemble de critères utilisés pour retrouver une ou plusieurs entités) est fonction de l'entité recherchée.

Pour les formalités et les immeubles, l'accès pourra s'effectuer directement sur les références de formalités et les désignations des immeubles.

Pour les personnes, les éléments d'identification disponibles, relativement nombreux et complexes, nécessitent l'utilisation d'un **"accès dit sur libellé"**.

Cette recherche implique notamment une normalisation préalable des libellés et des critères d'interrogation. Les libellés réduits sont admis. La recherche d'une personne à partir de l'état civil peut être effectuée à l'aide :

- de tous les critères (nom, prénoms, date et lieu de naissance) ;

- de certains de ces critères seulement ;

- de valeurs complètes ou partielles (les quatre premières lettres du nom, la première lettre du prénom, ou encore la date de naissance).

Le système doit restituer toutes les unités répondant au critère de recherche.

Des accès aux entités ont été définis et sont représentés dans des listes ordonnées de critères, chacun pouvant être complet, partiel, ou même absent.

L'ensemble des critères permettant de sélectionner une seule unité définit un accès discriminant (ensemble de critères utilisés pour retrouver une entité parmi une collection).

Parmi les accès discriminants, l'un est appelé **identifiant**. En l'état actuel de la maquette, cette notion peut être définie précisément pour les immeubles et les formalités.

**B) Les mises à jour**, qui consistent en l'incorporation de nouvelles entités dans les fichiers informatiques, et qui se traduisent par :

- a) La simple adjonction d'une formule nouvelle, c'est-à-dire :

- Les publications ayant un effet acquisitif, constatant un transfert de droit (les ventes, attestations notariées, partages, ou encore les constitutions de servitudes) ;

- Les publications n'ayant pas d'effets acquisitifs, soit les documents relatifs à certaines charges pour en constater la création ou la suppression (les arrêtés de lotissement, les promesses unilatérales de vente, par exemple,

- Les publications concernant uniquement des désignations d'immeubles ou de personnes, soit les documents relatifs aux changements des éléments d'identification des personnes physiques ou morales ou aux changements de désignation d'immeubles (procès verbaux du cadastre et états descriptifs de division, par exemple) ;

- Les inscriptions originaires de privilèges ou d'hypothèques ;

- Et les commandements valant saisie.

**b)** La mise à jour par adjonction d'une formalité et modification(s) de formalité(s) déjà prise(s) en charge, c'est-à-dire par :

- Création des entités formalités et modification des formalités antérieures, notamment dans l'hypothèse d'un procès-verbal de remembrement ;

- Création des entités formalités et création des liens avec des formalités déjà saisies, notamment dans le cas de renouvellements d'inscriptions ;

- Création des entités formalités et reconstitution fictivement des formalités, qui, jusque là, n'entraient pas dans le champ d'application de la maquette.

**c)** La mise à jour par modifications à apporter à des formalités antérieures, déjà appréhendées, notamment en cas de prorogations de délai pour les saisies, radiations totales ou partielles pour les inscriptions et les saisies.

### **C) La délivrance des renseignements**

La maquette doit, à partir des critères d'interrogation personnels et (ou) réels, fournir une liste des formalités déjà saisies concernant les entités (une personne, un immeuble ou conjointement les deux) visées dans la demande. Cette dernière peut être limitée à certaines catégories de formalités, ce qui entraîne une distinction entre :

- les publications ;

- les inscriptions de privilèges et d'hypothèques subsistantes ;

- les saisies en cours.

La période de recherche peut être limitée dans le temps. Et pour atteindre un niveau de prestation suf-

fisant, la gestion des liens devra prendre en compte aussi les conséquences que peuvent avoir certains faits ou événements sur les conditions de délivrance (par exemple, disparition d'une inscription d'hypothèque par l'effet d'une radiation ou de la péremption).

L'expression des sorties sera de deux types :

- aucune des formalités demandées au fichier des identifiants en cas d'état négatif complet ;
- ou l'énonciation **formalités-personnes-immeubles** dans les termes prévus par le décret du 4 janvier 1955 sur la publicité foncière.

Une codification succincte permet de distinguer le type des formalités :

- I inscription originaire
- R renouvellement d'inscription
- S saisie en cours
- P publication

Les mentions en marge gérées dans la maquette n'ont pas à être révélées en tant que telles. Mais il en est tenu compte pour délivrer ou non les formalités qu'elles sont venues modifier.

Pour les formalités en instance de rejet, les références **PF "Publicité Foncière"** doivent être complétées d'un message **"Formalité en attente"**.

Ainsi qu'il vient d'être relaté ci-dessus, le projet F.I.D.J.I. reprend le fichier immobilier tel qu'il est. Le filtrage des informations s'opérera automatiquement par les programmes, avec un contrôle rigoureux des identifiants et l'application de l'effet relatif. Par conséquent, la délivrance des renseignements se fera beaucoup plus vite. Et la distinction entre renseignements urgents ou non pourra même disparaître.

Cependant, à la lecture de ce qui précède, il ne faut pas oublier que le dépouillement des actes et leur taxation requièrent un travail de lecture et de réflexion qui ne peut être automatisé, et qui continuera à être opéré par les Agents de l'Administration, manuellement.

Par contre, selon les notes de la Direction Générale des Impôts, la comptabilité des Conservations sera gérée grâce à un système informatique autonome par rattachement

au projet **M.E.D.O.C.** (Mécanisation de la Documentation Comptable), qui intéresse l'ensemble du réseau comptable de la Direction Générale des Impôts.

Mais il n'est pas évident que le projet M.E.D.O.C. englobe l'informatisation de la comptabilité du Registre des Dépôts, qui pourrait être opéré par l'automatisation de la mission civile.

La mise en oeuvre de l'informatisation de la publicité foncière imposera pendant plusieurs années de nombreux problèmes techniques, particulièrement dans le cas probable où l'introduction de l'informatisation se limiterait au flux, car les Bureaux des Hypothèques seraient alors amenés à consulter trois documents : l'ancien Répertoire (antérieur à 1956), le fichier immobilier, et le nouveau système.

Il importera notamment de mettre au point un ensemble de mesures techniques et même législatives, si cela est possible, ayant pour effet de réduire la fréquence et la charge des recherches sur le fichier immobilier.

Il y a lieu de penser qu'il serait préférable, au début du processus d'informatisation et durant quelques années, de continuer, parallèlement à l'automatisation, la réalisation du fichier immobilier d'une manière manuelle.

Ainsi, l'informatisation de la publicité foncière est en cours, ou tout au moins en projet "avancé", mais dans d'autres domaines concernant l'immobilier et l'urbanisme, l'Administration a déjà effectué l'informatisation de nombreux services et constitué de nombreux fichiers.

## 2°) L'informatisation des services administratifs

### A) Le Cadastre

Le service du Cadastre a pour fonction d'établir l'identification permanente des immeubles, d'assurer la tenue à jour de sa documentation et sa diffusion, et enfin, de déterminer les bases d'imposition des impôts directs locaux (taxes foncières, taxe d'habitation et taxe professionnelle pour partie).

Le cadastre brasse donc un volume important d'informations, et la Direction Générale des Impôts a été amenée de 1974 à 1978 à mettre en place "**M.A.J.I.C. I**" (Mise

à Jour des Informations Cadastreales). Ce système informatique met en relation un ensemble de fichiers dont la mise à jour au 1er Janvier de chaque année permet l'édition annuelle de tous les documents cadastraux et fiscaux.

La documentation cadastrale informatisée comprend quatre grands fichiers : le fichier des propriétaires, le fichier des propriétés non bâties ou fichier des parcelles, le fichier des propriétés bâties ou fichier des locaux, et le fichier **R.I.V.O.L.I.** (Répertoire Informatisé des Voies et Lieux dits).

Les informations des différents fichiers sont étroitement liées entre elles. Et ces fichiers magnétiques sont une application d'informatique centralisée en cinq importants Centres Régionaux d'Informatique (**C.R.I.**). Ces fichiers permettent l'édition par ordinateur des avis d'imposition et une partie importante de la documentation cadastrale (particulièrement les matrices).

Le volume de la documentation cadastrale s'est trouvé accru sous l'effet de contraintes inhérentes à l'édition automatique, ce qui a encouragé l'Administration à réaliser la micrographie de cette documentation.

Il a été aussi décidé de transférer sur support transparent les plans minutes de conservation détenus par les services locaux et de doter corrélativement ces derniers de moyens de reproduction afin que soient délivrés aux usagers des documents à jour de la dernière situation connue du service - quasi instantanément.

Cependant, M.A.J.I.C. I présente les inconvénients d'un système centralisé, notamment à cause du désaisissement des documents, d'une documentation papier volumineuse, et du sentiment de dépendance du personnel vis-à-vis de l'ordinateur central.

L'existence de mini-ordinateurs pouvant gérer des mémoires importantes amène l'Administration à envisager de mettre dans les services de base des terminaux à écrans sur lesquels les Agents pourraient effectuer eux-mêmes toutes les opérations de saisie des informations, de consultation et de mise à jour des fichiers magnétiques.

Les C.R.I. assureraient les travaux de masse annuels ou ponctuels nécessitant un gros potentiel informatique et technique ; il en est ainsi notamment de l'édition de la matrice cadastrale sur microfiches pour les Bureaux

du Cadastre, sur microfiches ou sur papier pour les Mairies, de l'édition des rôles et avis d'imposition, et ainsi de suite.

Et il est même possible d'envisager, à ce jour, l'informatisation des plans cadastraux qui consiste à transférer sur support magnétique les figures géométriques dont ils sont formés.

Ceci serait l'aboutissement du projet M.A.J.I.C.II.

## B) L'équipement et l'Urbanisme

Les services Administratifs de l'Urbanisme et du Logement, sous différents ministères et appellations, ont développé l'utilisation de l'informatisation pour déterminer leur politique foncière d'une manière efficace.

C'est ainsi que de nombreuses banques de données ont été créées ou sont en voie de création et d'utilisation avec le contrôle ou sous l'impulsion de la **Commission de l'Informatique**, chargée d'établir les schémas directeurs et de participer à l'élaboration des projets informatiques, et du **Comité Directeur du Domaine Urbanisme et Construction**, chargé de coordonner les différentes expériences et de décentraliser les applications informatiques.

- L'opération **EPINAL** - Expérience Portant sur une Informatique Nouvelle dans les Agences Locales - procède par utilisation de micro-ordinateurs pour assurer la gestion des dossiers de permis de construire et de certificats d'urbanisme (enregistrement, suivi d'instruction, édition automatique des documents destinés au public ou aux services internes, calcul des taxes et statistiques) ainsi que l'instruction technique des prêts d'accession à la propriété et l'information du public sur les possibilités de financement des opérations.

- L'opération **SARGON** - Système Automatique pour la Recherche et la Gestion des Opérations d'Urbanisme et de Construction - comprend les fonctions assurées par **EPINAL** et celles qui nécessitent une remontée d'informations au niveau départemental (contrôle de gestion) des traitements plus lourds (statistiques), et un accès partagé à des données centralisées (archivages, recherche de décisions antérieures, etc.).

- La Direction des Affaires Economiques et Internationales (**D.A.E.I.**), chargée des statistiques de la construction

et du Logement, a mis en place le fichier **S.I.R.O.C.O.** "*Système d'Information Répertoriant les Opérations de Construction*". Ce système recense depuis 1976, l'ensemble des opérations de construction génératrices de surfaces nouvelles sur la base des informations contenues dans les permis de construire.

Toute personne peut interroger ce fichier, et pour chaque permis de construire il contient les principales indications, telles que la demande de permis, la décision, le début et l'achèvement des travaux...

Il faut aussi préciser que **SIROCO** est un système évolutif susceptible de connexion avec d'autres fichiers.

- Le "*Service Technique de l'Urbanisme*" (S.T.U.) qui se définit de la manière suivante :

*" Une équipe légère, souple, efficace, qui associe les informaticiens à des spécialistes de différentes disciplines de l'urbanisme : géographes, économistes, géomètres, architectes, urbanistes... afin de traduire en outils les besoins exprimés par les utilisateurs".*

Ce service technique est responsable des initiatives suivantes :

- Le fichier **S.T.A.D.D.** "*Système Statistique des Déclarations d'Intentions d'Aliéner-Délaissement*" informatisé a été mis en place en vue de suivre localement la procédure de création et de gestion des Zones d'Aménagement Différé, des Zones d'Intervention Foncière, et d'élaborer des statistiques fiables au niveau national.

- Le fichier **S.I.D.U.** "*Système Informatique pour les Documents d'Urbanisme*" : celui-ci est enregistré sur bande magnétique et suit l'élaboration des différents documents d'urbanisme (Plans d'Occupation des Sols, Schémas Directeurs d'Aménagement et d'Urbanisme et Schémas de Secteur d'Aménagement et d'Urbanisme). Ce fichier a aussi une fonction statistique en ce qui concerne le foncier et l'utilisation des sols.

- La base de données informatisées **URBAMET** : celle-ci est un réseau documentaire au service des professionnels de l'Urbanisme, l'Aménagement, l'environnement et les transports, qui permet un accès décentralisé, en conversationnel par liaison téléphonique "*caducée*" ou "*Transpac*".

- Les tableaux de bord départementaux qui se définissent de la manière suivante : *"Le tableau de bord départemental alimente une vue d'ensemble, il facilite l'estimation des besoins de la population dans le domaine du logement et de l'aménagement compte tenu d'un certain environnement socio-économique"*.

- Le *"Répertoire Général Urbain"* est un fichier informatisé qui permet de situer et décrire le réseau des voies et des limites administratives ou géographiques et leurs correspondances avec les *"îlots"* qui correspondent généralement à des *"pâtés de maisons"*).

### **C) Le Fichier Informatique des Evaluations Foncières (F.I.E.F.)**

Tout comme le Notariat, l'Etat cherche depuis un certain temps déjà à améliorer la qualité des évaluations foncières et la connaissance du marché immobilier.

C'est dans ce but que le projet **F.I.E.F.** est né, à la suite des réflexions menées par la Direction Générale des Impôts et la Direction Générale de l'Aménagement Foncier et de l'Urbanisme, en vue de fournir des références de prix, des termes de comparaison au profit des évaluateurs, et aussi de progresser dans l'explication des mécanismes de formation des prix et d'aider à la réalisation des documents d'urbanisme.

Les fichiers immobiliers privés, conçus par le Notariat, ont une finalité plus pragmatique et sont devenus opérationnels plus rapidement que le projet F.I.E.F., dont le but est de participer à la réalisation d'une politique foncière globale et cohérente.

Le projet F.I.E.F. a connu plusieurs expériences, dont la plus intéressante est celle d'Avignon, qui recouvrait les préoccupations énoncées ci-dessus.

Les essais positifs ont montré la fiabilité d'un système informatique d'interrogation conversationnel. L'expérience d'Avignon a permis la mise au point d'un logiciel en association avec l'expérience F.I.D.J.I. basée sur les autres applications informatiques de la D.G.I. (fichiers cadastraux, projet F.I.D.J.I.).

L'interrogation du fichier se fait dans un langage courant à l'aide d'un terminal à écran qui permet la recherche des mutations de biens dont les caractéristiques

sont les plus proches de celles de l'immeuble à évaluer.

L'interrogation se déroule selon quatre critères : le type d'immeuble, la Commune, le secteur géographique et la période. Le système d'interrogation peut être élargi ou réduit (champ géographique et période).

Le fichier est conservé sur disque, et l'évaluateur peut revenir en arrière à tout moment.

La matérialisation de l'interrogation peut se réaliser sur papier par transcription des informations apparaissant sur l'écran, à l'aide d'une imprimante couplée au terminal ou par photocopie de l'écran lui-même si un matériel adapté est utilisé.

Le projet F.I.E.F. se poursuit parallèlement au projet F.I.D.J.I.; la mise en oeuvre du projet F.I.E.F. est liée à l'informatisation des Conservations des Hypothèques.

Il faut, en effet, souligner que les principales sources d'informations pour alimenter ce fichier sont les extraits d'actes notariés et les certificats d'urbanisme.

Ce système d'information constituera un outil de travail utilisable par les Agents de l'Administration afin d'apporter une solution pratique aux problèmes d'accessibilité à la documentation nécessaire aux travaux d'évaluation. On rejoint ici certaines préoccupations des professions telles que le Notariat. On peut se demander dans quelle mesure celui-ci ne pourrait pas être associé à la mise en oeuvre du projet F.I.E.F.

En fait, fichiers privés et fichiers publics risquent souvent de faire double emploi, ce qui est dommage.

Comme on le voit, l'Administration n'a pas hésité à s'informatiser pour gérer les données qu'elle doit maîtriser. Les exemples cités ci-dessus en sont l'illustration, la recherche de la rentabilité n'est pas l'apanage du domaine privé, puisque les actions privées et publiques sont parfois parallèles, risquant à long terme de se concurrencer.

Beaucoup reste à faire. Une coopération de l'Administration avec les organismes privés est toujours possible et souhaitable dans l'intérêt général.

Ceci nous amène à envisager le rôle que pourrait jouer un Etat plus partenaire que "gendarme" ou "providentiel". Dans une société structurée et complexe comme la nôtre, les intérêts publics et privés convergent souvent.

## II. LA POLITIQUE DE L'ETAT PARTENAIRE

### 1°) Les fichiers immobiliers privés

De nos jours, comme l'Administration et de nombreuses professions, le Notariat doit maîtriser rapidement un volume de plus en plus important d'informations de toute nature.

A cette fin, le Notariat est amené à s'informatiser et à élaborer des bases et des banques de données; il en a été ainsi du Fichier Central des Dispositions de Dernières Volontés tenu à Aix-en-Provence, ou du Système de Documentation National Informatisé (SYDONI).

De plus, le monde notarial a essayé de réagir à la crise économique actuelle en cherchant de nouveaux créneaux d'activités, et s'est penché particulièrement sur l'expertise immobilière en vue de la pratiquer de manière plus organisée et plus rationnelle qu'autrefois, au moyen de la constitution de fichiers immobiliers informatiques privés.

Ainsi, a été constitué peu à peu depuis 1973 le **Fichier Immobilier de la Chambre Interdépartementale des Notaires de Paris (C.I.N.P.)**, qui centralise les extraits d'actes de ventes passés par les Notaires de la Compagnie pour les immeubles situés en région parisienne.

Depuis 1976, ce fichier est traité sur ordinateur et les extraits d'actes sont reproduits sur micro-fiches.

Le Notaire chargé d'expertiser un bien immobilier peut connaître, en interrogeant ce fichier, le prix d'un bien sensiblement équivalent à celui qu'il doit expertiser.

Ce fichier enregistre les mutations à titre onéreux réalisées de gré à gré, par ventes publiques ou encore par expropriation.

Les Offices notariaux font parvenir à la Chambre des Notaires une copie des extraits d'actes de ventes

immobilières, qui comporte obligatoirement sur une seule page recto (permettant de la filmer aux moindres frais) les principales caractéristiques du bien vendu, c'est-à-dire le nom de l'Etude, la date de la vente et celle de l'entrée en jouissance, la composition détaillée du bien, le prix et les modalités de paiement, les déclarations à l'Administration et les droits, et l'étage quand il s'agit d'un appartement.

Les offices complètent la copie d'extrait d'acte adressée à la Chambre par des renseignements complémentaires qui sont, par exemple pour un appartement, la surface totale, l'existence ou non d'un ascenseur et d'un équipement de chauffage central, le nombre d'étages de l'immeuble, l'époque de construction, ou pour un terrain nu le C.O.S. et la longueur en mètres de la façade sur voie publique. Ces renseignements sont annexés à l'extrait d'acte. Les envois à la Chambre sont effectués mensuellement, quel que soit le nombre des extraits.

L'exploitation du fichier fait appel à deux technologies :

- l'**informatique**, qui permet des sélections rapides ;
- la **micro-reproduction**, qui facilite la consultation.

Les principaux éléments d'information sont mémorisés sur ordinateur, et les sources d'information sont reproduites sur micro-fiches. L'informatique est utilisée seulement pour faciliter la sélection.

Les immeubles sont classés en sept catégories : terrain, immeuble entier, local commercial, maison individuelle, appartement, chambre individuelle, et parking ou box.

Afin de faciliter la saisie, pour chaque catégorie, les principales informations sont mémorisées, et certaines d'entre elles servent de critère de sélection.

La consultation du fichier s'opère en deux temps :

- Interrogation de l'ordinateur qui fournit la liste des références sélectionnées en fonction de la précision plus ou moins grande de l'interrogation, en indiquant le numéro repère sous lequel elles figurent dans le fichier.

- Consultation proprement dite : le consultant sélectionne parmi les références indiquées les ventes qui lui paraissent correspondre le mieux au bien à expertiser.

La consultation peut être faite à la Chambre des Notaires ou dans les Offices concernés.

Les Etudes ont la possibilité de se relier à l'ordinateur en connectant un terminal sur le réseau téléphonique (réseau commuté) pour obtenir directement les références. Ce procédé se généralise.

D'autres expériences ont été étudiées. A titre d'exemple, les Notaires de Lille se sont dotés d'un fichier immobilier informatisé d'une conception techniquement différente de celle du fichier C.I.N.P. puisqu'il n'utilise pas de terminal.

Désormais, plusieurs Chambres des Notaires mettent au point avec le concours du Conseil Supérieur du Notariat divers systèmes d'informatisation d'un fichier immobilier privé, afin que les notaires puissent développer leur secteur d'activité "*expertise et négociation*".

D'autres professionnels de l'immobilier constituent des fichiers informatisés ; il en est ainsi particulièrement des agents immobiliers avec l'ensemble **O.R.P.I.** (Office Régional de la Promotion Immobilière), le fichier immobilier de la **F.N.A.I.M.** et celui des terrains du Centre d'Etude de Réalisation et de Gestion) (**C.E.R.G. - Thermidor**). Ces fichiers permettent de connaître les biens qui sont proposés à la vente. Il faut noter que le fichier du C.E.R.G. est accessible aux Notaires, aux lotisseurs et même aux particuliers.

Si l'Administration constitue des fichiers, des professions bien organisées en constituent aussi pour être plus performantes.

De nos jours, ces fichiers publics et privés risquent de s'interférer, se concurrencer et faire double emploi. Un fichier public peut être utile à des particuliers, et un fichier privé peut avoir un véritable intérêt public.

A partir de cette situation, il serait nécessaire de mettre en place les structures en vue d'une meilleure utilisation des compétences de l'Administration et du privé.

C'est ce qu'il nous faut étudier. On note déjà un premier pas avec des expériences locales ou régionales, telles que la Société Anonyme d'Economie Mixte **I.C.O.R.E.M.** "*Informatique pour les Collectivités de la Région Méditer-*

ranéenne", qui a de nombreuses fonctions et notamment la gestion des Déclarations d'Intention d'Aliéner (D.I.A.), la tenue du cadastre de certaines villes, la mise à jour et l'édition des plans cadastraux ou topographiques, la gestion des demandes de certificats d'urbanisme.

Les associés de cette société sont certes les Communes de Marseille, Antibes, Avignon et d'autres, mais aussi la Caisse des Dépôts et Consignations et la Société Centrale d'Équipement du Territoire, ce qui est déjà un début.

Un réseau de télétraitement pour la saisie des données et l'interrogation permet la mise à jour en temps réel.

Ceci nous amène à évoquer une nouvelle conception de l'organisation des Conservations des Hypothèques.

## 2°) Une nouvelle organisation des Conservations des Hypothèques

L'Etat et le Notariat sont au coeur des problèmes posés par l'informatisation de la gestion du patrimoine foncier. Leur rôle à tous deux est souvent remis en question dans la société contemporaine. L'un par l'activité croissante qu'il s'attribue ou qui lui est attribuée, l'autre par la remise en question de son statut social, dont il est actuellement l'objet.

Les nombreux fichiers informatisés publics et privés, créés ou en voie de création, ont finalement le même but : une meilleure gestion des données et des informations concernant l'immobilier. Mais il faut constater qu'à une époque où sont prônées l'augmentation de la productivité et la compétitivité, les économies d'énergie, et où l'on déplore le manque d'esprit d'entreprise et d'initiative de certains particuliers, une telle débauche de compétence consacrée à la constitution de ces fichiers, sans aucune concertation ni coordination, est regrettable.

C'est ici que l'Etat devrait jouer le rôle prépondérant d'organisateur, et s'entourer de partenaires sérieux tels que le Notariat.

Il serait possible, avec l'informatisation de la publicité foncière, d'imaginer un Notariat participant directement à la gestion des Conservations des Hypothèques. Ces dernières auraient alors des activités qui dépasseraient

largement les prestations qu'elles fournissent actuellement.

Mais cette démarche imposerait une véritable coopération et une participation de différents fichiers publics et privés dans un ensemble plus important, plus ambitieux.

Ceci serait réalisable actuellement où l'Etat est accusé de ne pas favoriser assez l'esprit d'entreprise de l'individu et d'être trop dirigiste dans la vie économique française.

Cependant, il est vrai que de nombreuses certitudes seraient alors remises en cause, notamment, comme il sera nécessaire de l'étudier, en ce qui concerne :

- le statut juridique des Conservations des Hypothèques ;
- la gestion des Conservations ;
- la responsabilité des Conservateurs.

#### **A) Le statut juridique des Conservations des Hypothèques**

Actuellement, chaque Conservation des Hypothèques dépend du Ministère des Finances, et le Conservateur est un fonctionnaire qui assure avec ses collaborateurs la gestion de la Conservation.

Comptable public, le Conservateur est responsable, devant l'Administration, des impôts qu'il recouvre à l'occasion des formalités de publicité foncière (taxe de publicité foncière, T.V.A. sur immeubles neufs, et ainsi de suite), et il doit souscrire un cautionnement envers le Trésor en qualité de fonctionnaire chargé de la gestion d'un poste comptable.

De plus, le Conservateur est responsable personnellement et pécuniairement sur tous ses biens pour les fautes qu'il pourrait commettre avec ses collaborateurs au cours de ses fonctions, et qui feraient éprouver un préjudice à un tiers.

Le Conservateur doit donc aussi souscrire un cautionnement en immeubles, en rentes sur l'Etat ou en numéraire en vue de la garantie des tiers, pendant toute la durée de ses fonctions et jusqu'à l'expiration d'un délai de dix années suivant la cessation de ses fonctions.

Il semblerait que l'informatisation de la publicité foncière en cours d'élaboration par la Direction Générale

des Impôts ne remettra nullement en question le statut juridique des Conservations des Hypothèques, bien que certaines modifications spécifiques pourront intervenir concernant la responsabilité des Conservateurs, sur laquelle il nous faudra revenir.

Dans les faits, la politique du Tout Etat a été adoptée en matière d'informatisation de la publicité foncière, alors qu'elle aurait pu être évitée.

Il serait, en effet, tout à fait envisageable de constituer une société anonyme d'économie mixte dans laquelle seraient associés les principaux intéressés par cette informatisation.

Cette société anonyme d'économie mixte serait une société privée à participation publique ou une société publique à participation privée, selon les apports effectués par chacun des associés.

De toute manière, cette société serait une personne morale de droit privé relevant de la compétence des Tribunaux judiciaires. Néanmoins, il faut préciser que les principes applicables à cette société seraient parfois dérogatoires au droit des sociétés, comme il est d'usage dans ce type d'entreprise.

Chaque Conservation des Hypothèques serait remplacée par une société qui garderait la même compétence territoriale et aurait pour objet une mission de service public dépassant les attributions actuelles des Conservations.

L'objet de cette société pourrait recouvrir les activités traditionnelles des Conservations, mais aussi celles du cadastre et de certains services de l'Urbanisme et du Logement, par l'intermédiaire des fichiers immobiliers publics et privés déjà constitués et qui pourraient entrer dans le cadre des activités de la société. Il a déjà été remarqué que des connexions ont été prévues et envisagées, particulièrement entre le cadastre et le futur système informatisé de la publicité foncière.

Et en complément de ces sociétés, il en serait constitué une ou plusieurs autres, au niveau régional ou même inter-régional, en vue de la centralisation des traitements informatiques proprement dits, au moindre coût, si cela était nécessaire.

On peut, en effet, imaginer une informatique distribuée entre sites utilisateurs (les anciennes Conservations des Hypothèques) et central (une société d'économie mixte régionale par exemple).

Dans ce cas, chaque système local dispose de ses unités de traitement, de ses données en mémoire et de ses terminaux, tout en étant relié pour un travail en temps réel (*on line*) avec un gros ordinateur central, auquel ne sont transmises que certaines informations. Et le travail en temps réel, permis grâce aux liaisons, autorise la gestion des fichiers interactifs entre eux.

On évoque déjà ici les problèmes de gestion qu'il nous faut aborder.

#### **B) La gestion des nouvelles Conservations sous forme de société d'économie mixte**

Cette dernière serait gérée par un Conseil d'Administration composé de fonctionnaires, de membres du personnel et de représentants des Organismes professionnels associés à cette entreprise.

La Présidence du Conseil d'Administration serait certainement attribuée à un Haut fonctionnaire de la Direction Générale des Impôts ainsi que le poste de Commissaire du Gouvernement.

Il est difficile de ne pas laisser à l'Administration le premier rôle, car pèse ici le poids de l'Histoire et des structures en place. De plus, l'Administration peut être le trait d'union entre tous les protagonistes. Cependant, il ne faut pas pour autant donner à l'Etat les moyens d'avoir une mainmise totale sur cette initiative au point de pouvoir l'étouffer, sans qu'aucune corporation ne puisse s'exprimer pleinement, comme cela semble actuellement le cas.

Les professionnels susceptibles d'être associés dans cette entreprise sont les Notaires, en premier lieu, mais aussi les Agents immobiliers, les Banques, et toutes les professions concernées par l'Urbanisme et l'Equipement (architectes, urbanistes, géomètres experts, et ainsi de suite).

Certains organismes publics pourraient aussi être actionnaires, ainsi, la Caisse des Dépôts et Consignations apporterait notamment la compétence de ses informaticiens.

Cette société d'économie mixte, composée de nombreux fichiers alimentés généralement par les usagers, eux-mêmes associés, permettrait aux Notaires, grâce à une consultation en conversationnel, d'obtenir dans les meilleurs délais les formalités préalables à tout acte portant sur un bien immobilier (cadastre, état hors formalités, servitudes d'urbanisme, droits de préemption à purger, etc.) et les formalités postérieures (publication et inscription).

Les Agents immobiliers et les Notaires connaîtraient les biens disponibles à vendre et jouiraient des moyens d'investigations nécessaires en vue d'une expertise fiable des biens immobiliers.

Les Banques interrogeraient directement le fichier afin de vérifier les inscriptions grevant les biens appartenant à leurs clients.

L'Administration pourrait établir des statistiques et trouver dans les données de la société créée les informations utilisables pour mettre en place la politique de l'urbanisme et du logement, et aussi celle de la fiscalité.

Lors du 78<sup>e</sup> Congrès des Notaires tenu à Bordeaux, la Troisième Commission a suggéré la création d'un fichier immobilier à gestion mixte au nom de la décentralisation, le rapprochement du service et de l'utilisateur et de la prise en compte des responsabilités par les principaux intéressés.

Les suggestions de la Troisième Commission revêtent une grande importance et il paraît difficile de ne pas s'en inspirer si on veut réussir l'informatisation de la publicité foncière.

Néanmoins, un point proposé par cette Commission paraît contestable. Selon elle, l'archivage des copies d'actes deviendrait superflu dans les Bureaux des Hypothèques nouvellement informatisés. La raison est qu'il demeure possible de s'adresser directement au Notaire, détenteur de la minute, et que l'on éviterait ainsi des contraintes, manipulations, coûts et délais supplémentaires.

Mais s'il est vrai que la demande de copies intégrales aux Bureaux des Hypothèques est peu fréquente, cela tient surtout au mauvais fonctionnement du service public.

Il ne faut pas perdre de vue que dans leur finalité les Conservations des Hypothèques ont une mission de service public qu'elles doivent assumer, tandis que le Notariat est une profession libérale, avec toute la part d'individualisme que cela peut parfois entraîner, même si ses obligations ne sont pas moindres.

Il est nécessaire d'en tirer les conclusions qui s'imposent et de ne faire preuve ni de machinisme ni d'idéalisme. Les Notaires doivent faciliter la bonne marche des Conservations, mais ils ne doivent pas pour autant se substituer à celles-ci dans les tâches les plus ingrates.

La III<sup>e</sup> Commission suggère aussi que le fichier immobilier à gestion mixte soit à vocation juridique et économique, mais non fiscale. Cette position est louable; il est regrettable que des dispositions fiscales lors de la formalité unique - qui est une bonne chose dans son principe - puissent entraîner le refus ou le rejet d'un acte à publier. Mais il est difficile de croire que la Direction Générale des Impôts, principal artisan de cette informatisation, renoncera à la mission fiscale du fichier immobilier.

Ceci nous amène à nous pencher sur les problèmes posés par l'informatisation sur le plan de la **responsabilité des Conservateurs**.

### **C) La responsabilité des Conservateurs**

Si on admet le remplacement des Conservations des Hypothèques par des sociétés d'économie mixte ou toute autre structure, il faut nécessairement que la responsabilité civile, attribuée jusque là au Conservateur, soit assumée par cette nouvelle structure.

Par suite de l'informatisation, la responsabilité du Conservateur risque de connaître certaines modifications, néanmoins, elle demeurera, car l'automatisation ne supprimera pas les défaillances, comme en procédure manuelle, pour défaut de repérage des clauses constitutives de charges par les Agents chargés du dépouillement des actes, ou pour saisie incomplète des renseignements nécessaires à la bonne tenue du fichier.

De plus, selon les notes techniques de la Direction Générale des Impôts, l'informatisation pourrait aggraver le risque de délivrance de renseignements incomplets

ou erronés, si une procédure de rectification très souple des formalités précédemment validées à tort dans le fichier magnétique n'était pas prévue.

Si on veut réussir cette automatisation, il faut aussi que le Conservateur ou son équivalent puisse garder une certaine souplesse d'appréciation dans les domaines tels que l'acceptation ou le refus des réquisitions de renseignements et le refus ou le rejet des formalités.

En ce qui concerne la sortie des informations, l'un des points capitaux de l'automatisation, il appartiendra de faire un choix entre deux situations :

- ou le système est parfaitement rentabilisé, et la sélection automatique des formalités constitue un verrou : le Conservateur ne peut alors passer outre.

Le maintien de la pleine responsabilité de ce dernier peut être, dans ce cas, remise en question lors de la délivrance de renseignements, puisque ce n'est plus lui qui détermine les conditions de cette délivrance.

- Ou le système permet au Conservateur d'exercer un choix par un affichage de toutes les formalités intéressant une personne ou un immeuble.

Dans cette hypothèse, le Conservateur en place peut apprécier pleinement le mérite des formalités à délivrer, et, par conséquent, reste responsable.

Une société - et même certains de ses principaux dirigeants - pourrait assumer la responsabilité civile d'un Conservateur. Mais un choix demeurerait à faire :

- limiter la responsabilité de la société en favorisant une sélection automatique sophistiquée de la délivrance des renseignements, ce qui entraînerait des coûts élevés, et le but recherché ne serait pas forcément atteint ;

- ou, au contraire, laisser à la société - ou au Conservateur - la responsabilité qui est celle actuelle, et une plus grande marge de manoeuvre dans la décision de délivrance des renseignements.

On aborde ici un problème technique intimement lié à la politique qui sera adoptée en matière d'informatisation de la publicité foncière.

Aujourd'hui, on sait qu'un fichier immobilier à gestion mixte est tout à fait envisageable. Et de même que la

distinction **droit public** - **droit privé** s'atténue de nos jours par suite de l'enchevêtrement des problèmes contemporains, la distinction **fichier privé** - **fichier public** devrait aussi s'effacer derrière la notion d'intérêt général.

Il est inutile de créer des fichiers faisant double emploi, entraînant une concurrence absurde à des coûts excessifs. Dans le domaine de l'informatisation plus qu'ailleurs, la protection des intérêts publics ou privés passe par de nombreuses contraintes auxquelles il faudra se soumettre.

Il faut aussi souligner que l'idée d'une collaboration entre l'Etat et les particuliers s'accroît de nos jours. Ceci est illustré par la thèse de M. Alain Minc, dans un ouvrage intitulé "*L'après-crise est commencée*". Selon cet auteur, la société a simultanément besoin de plus d'Etat, de plus de marché et de plus de société polymorphe.

Cependant, l'informatisation n'est pas une "*potion magique*" qui résoudra tous les problèmes de gestion. Au contraire, des difficultés latentes risquent d'apparaître au grand jour. L'informatisation a aussi ses limites ; compétence, réflexion et psychologie seront nécessaires pour réussir.

L'informatisation entraînera des bouleversements dans les méthodes de travail et - pourquoi pas ! - sur la structure des Conservations des Hypothèques.

Elle aura aussi un effet normalisateur sur le contenu des actes, d'une part, et sur les règles de droit elles-mêmes, d'autre part ; c'est ce qu'il nous appartient d'étudier présentement.

## SECONDE PARTIE

### INFORMATISATION DE LA PUBLICITE FONCIERE ET INNOVATIONS JURIDIQUES

#### I. INCIDENCE DE L'INFORMATISATION DE LA PUBLICITE FONCIERE SUR LA REDACTION DES ACTES

En vertu d'une démarche tout à fait indépendance de l'informatisation, on parle régulièrement de normalisation des actes notariés pour des raisons d'efficacité et pour rendre le vocabulaire compréhensible par tous.

Il est vrai que les actes notariés sont de plus en plus longs et détaillés par suite du foisonnement des dispositions législatives, ce qui entraîne les rédacteurs d'actes à connaître quelques difficultés pour faire preuve d'un esprit de synthèse.

Le désir de normalisation des actes est, aujourd'hui, soulevé, à nouveau, par l'informatisation de l'Office Notarial, car comme le souligne Me Bosvieux, Notaire en Avignon, *"Informatiser le traitement de texte en utilisant la formule traditionnelle, c'est un cautère sur une jambe de bois"*.

Force est de constater que l'informatisation des Conservations des Hypothèques et des Etudes de Notaires passe par une modification de la rédaction des actes dans le sens d'une plus grande concision et d'une plus grande rigueur.

On rejoint ici plusieurs problèmes qui se touchent. En effet, on doit tout d'abord se demander s'il ne faut pas remettre en cause, comme certains spécialistes le prétendent, le mode de publication des droits sur les immeubles (autres que les privilèges et les hypothèques) ?

#### 1°) Le mode de publication des droits sur les immeubles autres que les privilèges et les hypothèques

##### L'opinion de Me Dagot

Me Dagot, Notaire Associé à Toulouse et Professeur de Droit, a manifesté dans une chronique (J.C.P. 1979

D.P.331) sa mauvaise humeur contre le système actuel de publication des droits sur les immeubles (autres que les privilèges et hypothèques) plus en qualité de Notaire et de praticien que de professeur.

Il estime le système actuel critiquable pour deux raisons :

- le dépôt à la Conservation des Hypothèques compétente de deux expéditions, extraits littéraux ou copies de l'acte à publier, réalise un encombrement extraordinaire à la fois des conservations, mais également de tous les professionnels chargés de procéder à la publicité, selon ses propres mots

- et les neuf-dixièmes des textes publiés sont parfaitement inutiles pour l'information des tiers.

Le Professeur Dagot ajoute : "*on peut dire de la technique (celle des actes normalisés, vers laquelle s'est orientée la pratique) qu'elle est un piètre moyen pour essayer de remédier aux difficultés nées de l'exgence d'une publicité intégrale des actes*".

Le Professeur Dagot propose comme solution l'établissement d'un bordereau de publication qui tiendrait lieu de document à publier et d'extrait d'acte.

### L'opinion de l'Administration

Dans une note d'étude de la Direction Générale des Impôts, en date à Paris du 9 Février 1983, la possibilité de réaliser un bordereau de publication est examinée d'une manière plus approfondie que n'avait pu le faire le Professeur Dagot.

Selon cette note, trois formules sont envisageables :

- Le bordereau est déposé en triple exemplaire, l'acte n'est pas présenté ; un exemplaire est conservé au Bureau des Hypothèques, le deuxième est renvoyé au rédacteur de l'acte, revêtu de la mention de publicité, et le troisième bordereau remplacerait l'extrait d'acte actuel prévu par l'article 860 du Code Général des Impôts.

Mais l'inconvénient majeur de cette formule est de créer deux documents distincts - l'acte et le bordereau - l'un et l'autre comportant des effets juridiques avec un risque de discordance entre ces deux documents.

De plus, le report de certaines clauses sur le bordereau conduirait le Notaire à interpréter la volonté des parties dans certains cas, et donc à entraîner - éventuellement - la mise en cause de la responsabilité notariale.

- Le bordereau est déposé en trois exemplaires accompagné d'une expédition de l'acte en communication ; les trois exemplaires suivent le même processus que dans la première formule et l'expédition est renvoyée au Notaire sans aucune mention.

Ce système est sensiblement le même que le précédent, il présente les mêmes inconvénients. Il s'inspire du régime actuel des bordereaux d'inscription, on ne publie plus les actes, on inscrit les droits.

La mise en place de cette formule est la même que la précédente, mais deux conditions s'y ajoutent :

- . la définition des causes de refus du dépôt pour discordance entre l'acte et le bordereau,

- . la délimitation des responsabilités, qui est différente, puisque le Conservateur examine l'acte.

- Le bordereau est déposé en un seul exemplaire, accompagné de deux expéditions de l'acte. Le bordereau est utilisé pour l'annotation du fichier immobilier, puis tient lieu d'extrait d'acte. Une expédition est conservée au Bureau, la seconde est renvoyée au Notaire revêtue de la mention de publicité.

Ce système maintient le rôle fondamental du Conservateur et l'acte est toujours publié intégralement.

Ces trois formules ont pour objectif principal de faire gagner du temps (les travaux de dépouillement et d'annotation seraient réduits) et de la place aux Conservations des Hypothèques.

Ces formules se traduiraient par la remise en cause de notre système de publicité foncière, et entraîneraient la modification des textes du Code Civil. Eventualité qui semble faire frémir l'Administration.

Selon la conclusion de cette note de la Direction Générale des Impôts, l'intérêt de la généralisation du bordereau de publication n'est pas évident. Mais elle évoque de s'orienter vers la confection d'actes plus courts dans lesquels les rubriques importantes apparaîtraient toujours dans le même ordre.

Cela nous amène à évoquer le problème très actuel de la remise en cause des formules d'actes traditionnelles.

## 2°) La remise en cause des formules d'actes traditionnelles

### L'opinion de l'Administration

Selon une fiche technique de la Direction Générale des Impôts, datant d'Octobre 1981, un groupe d'étude a rassemblé, dès le début de l'été 1979, des représentants de l'Administration Centrale, de l'Association Mutuelle des Conservateurs des Hypothèques, et du Conseil Supérieur du Notariat, afin de déterminer les axes de la normalisation de la présentation des actes soumis à la publicité foncière.

Il résulte de cette concertation que l'aspect "**présentation des documents**" a été approfondi dans deux directions principales :

- . **L'acte à "en-tête" normalisé** : celui-ci regroupe dans une première partie toutes les informations utiles à la publicité foncière et aux autres services de la Direction Générale des Impôts, et dans une seconde partie, le rédacteur a toute liberté pour porter d'autres renseignements à sa convenance ;

- **L'acte à présentation "globalement" normalisée**, aux termes duquel les informations essentielles sont dispersées suivant l'ordre fixé par le canevas séquentiel des rubriques.

Pour les représentants de l'Administration, les avantages de l'acte à "en-tête" normalisé sont nombreux (facilité du dépouillement et de la saisie informatique, suppression de l'extrait d'acte), mais par contre, les représentants du Conseil Supérieur du Notariat ont insisté sur les difficultés de rédaction des actes que présentait ce système.

- L'acte à présentation "**globalement**" normalisée a, pour l'Administration Centrale, l'inconvénient de la nécessité d'un collationnement entre l'acte et l'extrait d'acte, qui demeure dans ce cas. Par contre, cette formule a l'avantage d'une rédaction plus aisée.

Ces divergences viennent particulièrement du fait que la finalité de l'acte notarié n'est pas la même pour l'Administration et le Notariat.

L'Administration conçoit l'acte notarié comme une source d'informations et l'exercice d'un contrôle, le Notariat le conçoit comme un bien de production qui a pour objet d'exprimer la volonté des parties (qui sont les clients des Notaires).

Ceci nous amène à relater les travaux intéressants menés par Me Bosvieux, Notaire en Avignon, qui devrait faire autorité dans le domaine de l'informatique et de la rédaction des actes.

### L'opinion de Me Bosvieux

Me Bosvieux est certainement l'un des Notaires à avoir le plus réfléchi sur les problèmes d'informatisation de l'Office Notarial et de rédaction des actes.

Me Bosvieux défend vigoureusement l'idée qu'il ne peut y avoir réussite dans l'informatisation sans remise en cause de la rédaction traditionnelle des actes notariés.

Dans un article dénommé **"Informatisation et normalisation des actes authentiques"** (J.C.P. 1983 D.P. 177), Me Bosvieux met en relief les véritables problèmes en précisant : *"Dans un souci d'efficacité, ne pourrait-on pas rédiger les actes authentiques de manière qu'ils satisfassent à la fois la nécessité de la production des documents imposés par l'Administration et le désir du consommateur de comprendre la convention qu'il signe. Ces deux objectifs ne sont pas contradictoires (...) mais ils exigent de redéfinir d'une manière nouvelle la structure de l'acte authentique"*.

Me Bosvieux conclut son article de la manière suivante : *"Aux Notaires de se convaincre aujourd'hui que concision de compréhension doivent devenir les qualificatifs de leurs actes"*.

En fait, Me Bosvieux fait preuve dans cet article et dans les formules d'actes qui y sont annexées, d'un esprit de synthèse qui manque souvent dans les actes notariés. Force est de reconnaître que bien des Notaires et des Clercs auraient parfois quelques difficultés à faire un commentaire juridique de certaines clauses de style qui figurent dans les actes.

A la lumière des travaux de Me Bosvieux, le Conseil Supérieur du Notariat devra sûrement revoir sa position sur la formule de normalisation dite acte à *"en-tête"* ; en effet, les arguments du Conseil Supérieur du Notariat

(tels que le risque d'incompréhension de l'acte par les parties, la gêne que cette formule présente pour la mise en oeuvre du principe de la liberté des conventions et de la rédaction de l'acte, notamment en cas d'acte complexe), paraissent dépassés.

Me Bosvieux donne comme exemple un acte de vente, dans lequel il met en première partie dans un style concis toutes les informations indispensables à la formalisation et à l'extrait de l'acte ; il indique dans une seconde partie les informations non indispensables à la formalisation, composées notamment des clauses aux termes desquelles la liberté des conventions s'exprime.

Sans entrer dans les détails techniques, la rédaction de l'acte est adaptée non seulement à l'informatisation de la publicité foncière mais aussi à celle de l'Office Notarial. Me Bosvieux a fait un remarquable travail de synthèse en dépoussiérant les formules d'actes de tout superflu pour les réduire à l'essentiel, dans un style compréhensible par tous, même quand l'acte est aussi complexe qu'un partage.

Aujourd'hui, Me Bosvieux n'est plus seul à penser que les formules d'actes doivent être rénovées. Le 78e Congrès des Notaires de France l'a souligné. Sous l'impulsion du Conseil Supérieur du Notariat, des Notaires et des rédacteurs du Formulaire Notarial "*Juris-Classeur*" ont déjà mis au point des formules d'actes adaptées à leur utilisation par l'informatique.

On peut conclure que la solution à trouver pour faciliter la saisie des données ne vient pas d'une concertation de l'Administration et du Notariat, mais avant tout, de la volonté des Notaires eux-mêmes de simplifier la rédaction de leurs actes. Ceci permettra de préparer à la fois l'informatisation de la publicité foncière et celle des Offices.

Les conséquences de l'informatisation sont liées entre elles ; cela nous amène à évoquer les conséquences de l'informatisation sur les règles de droit elles-mêmes.

## II. INCIDENCES DE L'INFORMATISATION DE LA PUBLICITE FONCIERE SUR LES REGLES DE DROIT

L'informatisation crée des situations nouvelles, bouleverse les habitudes et les pratiques, et pose des problèmes juridiques nouveaux.

Un droit de l'informatique est né, et les juristes essayent de trouver des solutions avec les moyens techniques que procurent les principes juridiques traditionnels "travaillés" et "façonnés".

Ainsi, il nous appartient de cerner l'évolution de certains principes juridiques et règles de droit par suite de l'apparition de phénomènes nouveaux entraînés par l'informatisation de la publicité foncière.

### 1°) Informatisation et transfert de propriété

L'article 1583 du Code Civil énonce : *"(La vente) est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé"*.

En droit positif français, le principe du consensualisme est affirmé par cet article 1583 du Code Civil. Ainsi, le transfert de propriété est réalisé par la seule volonté des parties, dès leur accord sur la chose et sur le prix.

Ce principe du consensualisme trouve sa source dans les idées qui ont triomphé lors de la rédaction du Code Civil, en 1804.

De nos jours, le consensualisme inscrit dans les textes doit être plus nuancé dans la réalité, car comme le souligne le Professeur Atias *"le contrat (lui-même) n'a pas une totale efficacité translative"* notamment dans des actes complexes tels que la vente de biens immobiliers.

A propos de ce type d'actes, le Professeur Atias parle de *"Mécanisme de l'acquisition dérivée"*, et il précise : *"Entre le déclenchement du processus (l'acquisition) et son achèvement, de nombreuses étapes doivent être progressivement franchies. (...) Développé, étalé dans le temps, éclaté en une succession d'actes et de formalités, le transfert révèle sa vraie nature. (...) Surtout, l'extraordinaire liberté du législateur apparaît ; le moment du transfert peut être fixé, sans crainte d'incohérence, de multiples*

façons. Tout se passe comme si la propriété, le droit plus généralement, se diluait progressivement pour se reconstituer par degrés sur la tête de l'acquéreur. Ainsi est-il permis de distinguer, schématiquement, deux éléments dans le mécanisme : son déclenchement et son achèvement". (Droit Civil - Les biens I - P. 206)

En matière de vente immobilière, on peut penser d'une manière un peu simplifiée que le mécanisme décrit par le Professeur Atias se déroule en trois étapes, aux termes desquelles le transfert de propriété est complètement réalisé.

Ces trois étapes sont les suivantes :

- . **Première étape** : l'acte intellectuel, par lequel les parties se sont mises d'accord sur la chose et sur le prix, et qui se concrétise généralement par la rédaction de l'avant-contrat ;

- . **Deuxième étape** : la concrétisation de l'acte juridique, c'est-à-dire l'acte authentique;

- . **Troisième étape** : l'acte social, aux termes duquel la mutation devient opposable aux tiers, c'est-à-dire la publication de l'acte authentique au Bureau des Hypothèques.

### Première étape : l'acte intellectuel

Aux termes de l'avant-contrat, la décision de vendre et d'acheter est prise par les parties, leur volonté est déjà figée. Le prix est fixé, le bien déterminé, la vente est intellectuellement réalisée. Elle l'est même par la volonté des parties de rédiger l'avant-contrat ! Le processus du "*déssaisissement de l'aliénateur*" est dès lors engagé.

En matière immobilière, l'avant-contrat - quel qu'il soit - est déjà l'acte de vente. Il détermine toutes les principales modalités de la réalisation du contrat, y compris celles imposant la régularisation de l'acte authentique.

L'avant-contrat est nécessaire pour l'accomplissement des formalités préalables à toute vente immobilière (purge des droits de préemption, demande d'un certificat d'urbanisme et de l'état hypothécaire, mise en place du financement, et ainsi de suite, selon les cas).

Le temps de l'accomplissement de ces formalités peut durer plusieurs mois. Généralement, si la vente

ne se réalise pas, les raisons sont extérieures à la volonté des parties (préemption, terrain inconstructible, défaut de financement...), sauf mauvaise foi de l'une des parties. Et quel que soit l'avant-contrat (promesse unilatérale ou synallagmatique de vente), sa rédaction est telle qu'il aboutit toujours à la même finalité : la régularisation de l'acte authentique par les parties.

### Deuxième étape La concrétisation de l'acte juridique

L'avant-contrat est non seulement un acte intellectuel, mais peut-être plus encore un acte juridique. Cependant, dans l'esprit des co-contractants, la force obligatoire de leurs accords est donnée par l'acte authentique, qui fige leur volonté d'une manière formelle et même solennelle. De plus, lors de cette phase, les obstacles à la réalisation de la mutation ont été levés, et les problèmes posés par cette opération ont trouvé leurs solutions.

L'acte authentique détermine aussi la date du transfert de propriété de manière souple selon la volonté des parties. Il en est de même pour la date d'entrée en jouissance. Ces dates correspondent généralement à celle de l'acte authentique, sauf dispositions particulières.

Cependant, en vue de la sécurité des transactions immobilières et du crédit, la simple signature par les parties ne suffit pas pour que l'acquéreur bénéficie de toutes les prérogatives d'un propriétaire.

### Troisième étape - l'acte social

Dans la conception individualiste du Code Civil de 1804, le contrat ne concernait généralement que ceux qui s'y obligeaient. De nos jours, cette conception est dépassée, certains contrats concernent la collectivité ou tout au moins un groupe d'individus qui n'y étaient pas parties.

La réforme du 4 Janvier 1955 sur la publicité foncière avait principalement pour but une meilleure information des tiers concernant les actes relatifs aux opérations immobilières.

Dans ce domaine, l'acte authentique doit être publié au Bureau des Hypothèques compétent pour le rendre opposable aux tiers. Les créanciers peuvent prendre une

inscription contre un vendeur jusqu'à la date de la publication de l'acte de vente.

Actuellement, la réalisation des trois phases, ci-dessus relatées, dure plusieurs mois. Grâce à l'informatisation de la publicité foncière et de nombreux services de l'Administration, ce délai sera certainement très écourté.

Dans un système bien informatisé et performant, le Notaire pourra dans un délai bref obtenir la purge des droits de préemption de droit public, les renseignements d'urbanisme et hypothécaires, et ainsi de suite.

La première conséquence de la rapidité des relations contractuelles sera peut-être l'absence de justification de rédaction d'un avant-contrat dans certaines hypothèses. On peut aussi imaginer que les délais pour l'obtention des prêts seront écourtés par suite d'une meilleure gestion ds établissements bancaires. Tout ceci favorisant la facilité des transactions.

La seconde conséquence - plus fâcheuse - risque d'être le manque de sécurité dans les relations contractuelles, dû justement à leur rapidité.

On peut se demander dans quelle mesure les règles juridiques n'en seront pas modifiées. Le processus du transfert de propriété, décrit ci-dessus, restera inchangé, mais il sera considérablement accéléré. Cette rapidité aura des conséquences sur le comportement des co-contractants.

\* Il faut rappeler qu'au début du siècle les biens immobiliers étaient le symbole de la fortune d'un individu. Avec les bouleversements économiques et sociaux qui ont suivi les deux guerres mondiales, les biens immobiliers sont devenus des biens de production et de consommation, auxquels chacun aspire.

La législation en a été profondément modifiée, notamment en matière de fiscalité immobilière et dernièrement de protection de l'acquéreur emprunteur.

L'informatisation de la publicité foncière et des services de l'Urbanisme aura certainement pour conséquence de donner aux biens immobiliers un peu plus le qualificatif de biens de production et de consommation.

On peut se demander si les dispositions sur la protection du consommateur ne seront pas étendues un peu plus à la vente immobilière comme elles existent déjà en matière de vente à crédit et de prêt.

Ces dispositions risqueraient d'être une nouvelle exception au principe juridique traditionnel de la force obligatoire des contrats, et le processus du transfert de propriété s'enrichirait d'un maillon.

Mais on ne peut préjuger de l'avenir, la protection du consommateur ne sera peut-être plus d'actualité, effacée ou résolue par d'autres problèmes qui surgiront.

Il n'en reste pas moins que les règles de droit traditionnelles seront façonnées par l'apparition de l'informatisation de la publicité foncière. Et il est certain aussi que pour une meilleure gestion du fichier immobilier, certaines règles de droit devraient être modifiées.

## **2°) Informatisation, gestion du fichier immobilier et règles de droit**

L'informatisation implique généralement une réorganisation adaptée aux besoins nouvellement créés ou amplifiés.

Ainsi, certaines règles de droit, touchant à la publicité foncière, sont remises en question afin, notamment, de faciliter la mise en place d'une informatisation performante. Et ceci concerne particulièrement les délais de prescription et les servitudes.

### **A) Les délais de prescription**

Lors de la rédaction des actes, les Notaires doivent établir, ou tout au moins connaître, l'origine de propriété trentenaire des biens immobiliers, puisque le délai de prescription de droit commun est de trente ans.

Ce délai avait été fixé lors de la rédaction du Code Civil de 1804. Depuis, il n'a jamais été modifié, et aujourd'hui, il ne paraît plus adapté au monde contemporain caractérisé par la rapidité des échanges d'informations et la rapidité de rotation des mutations immobilières, particulièrement dans certains sites nouvellement urbains ou touristiques.

Les métamorphoses de notre époque ont déjà été perçues dans de nombreux domaines juridiques. Il en est

ainsi de la coutume, dont l'élément objectif est la répétition dans le temps. Une nouvelle école, avec Boris Starck, a remplacé cette notion de répétition dans le temps par l'importance des moyens d'information et de diffusion, qui caractérise notre société.

Ceci nous amène à insister sur le caractère désuet de la prescription trentenaire de droit commun.

Et sur ce sujet, l'Institut d'Etudes Juridiques du Conseil Supérieur du Notariat a proposé de réduire cette prescription de droit commun à une durée de dix ans.

Ce dernier délai a déjà été adopté dans des pays tels que la Suisse et l'Italie en matière de prescription extinctive. Comme l'avait souligné la III<sup>e</sup> Commission du 78<sup>e</sup> Congrès des Notaires tenu à Bordeaux, l'évolution récente de notre législation va dans ce sens avec la réduction de trente à dix ans de la mise en jeu de la garantie des vices cachés dans les ventes en état futur d'achèvement, et la réduction de dix à cinq ans des actions en nullité relative.

Ainsi, les instances notariales proposent donc de fixer à dix ans le délai de droit commun des prescriptions tant extinctives qu'acquisitives, sous réserve qu'à défaut par le possesseur de justifier d'un juste titre, le délai serait alors porté à vingt ans.

La Direction Générale des Impôts approuve dans ses fiches techniques, sans trop y croire, la prescription de droit commun réduite à dix ans, en précisant, toutefois, qu'elle soit assortie de dispositions permettant de fixer définitivement à la date de publication d'un droit immobilier le point de départ tant du délai pour prescrire que du délai d'exercice pour intenter des actions susceptibles de mettre en cause ce droit.

En diminuant la durée de la prescription, les Notaires limiteront d'autant les origines de propriété, et les recherches au fichier immobilier en seront facilitées puisque moins étendues.

Néanmoins, la gestion du fichier immobilier ne sera pas véritablement simplifiée si le problème des servitudes n'est pas résolu.

## B) Les servitudes

Les Notaires doivent aussi connaître tous les droits qui profitent aux biens immobiliers et qui les grèvent; parmi ces droits figurent **les servitudes** établies du fait de l'homme, qui ne se prescrivent pas.

Afin d'avoir connaissance de la teneur de ces servitudes, une consultation du fichier immobilier est souvent nécessaire, bien qu'elles n'aient parfois plus aucun objet.

Afin de faciliter l'exploitation du patrimoine immobilier et la recherche du fichier immobilier, tous les intéressés pensent qu'il serait opportun de supprimer les droits, aujourd'hui, sans objet.

A cette fin, d'une part, la Chancellerie suggère que soit éteinte toute servitude établie du fait de l'homme ayant définitivement perdu toute utilité pour le fonds dominant. La disparition de cette utilité serait constatée par accord amiable ou par décision de justice.

D'autre part, après avoir donné son avis favorable, le Notariat a précisé qu'il considère que c'est le critère d'actualité de la servitude qui doit être recherché, plus réaliste que le caractère d'inutilité "*définitive*", souvent difficile à déterminer.

Dans ses fichiers techniques, la Direction Générale des Impôts souhaite que soit rendue obligatoire la publication du fichier immobilier de toutes les servitudes ou charges réelles transcrites avant le 1er Janvier 1956, sous peine de caducité, dans un délai de dix à quinze ans. Ce système s'inspirerait du renouvellement obligatoire des inscriptions antérieures au 1er Janvier 1956, ou du renouvellement, décidé en 1973, des saisies transcrites avant le 1er Janvier 1956.

De plus, cette publicité pourrait avoir une durée de validité déterminée, au-delà de laquelle la servitude serait éteinte à défaut de renouvellement.

Cette réforme aurait pour double conséquence d'alléger la rédaction des actes et d'augmenter la rentabilité du fichier magnétique.

Comme on le voit, de nombreux motifs, tant de gestion et d'organisation du travail que sociaux, amènent les uns et les autres à souhaiter certaines modifications des règles de droit.

Mais là se pose le problème du passage de la réflexion à son application. Et sur ce point, l'Administration reste très réservée.

Il en est de même du principe de l'**effet relatif de la publicité**, qu'il nous faut à présent étudier.

### C) **La remise en cause du principe de l'effet relatif de la publicité foncière**

En droit positif français, la publicité foncière repose notamment sur le principe de l'effet relatif de la publicité, qui assure une chaîne continue de publications, sans pour autant, d'ailleurs, donner une sécurité juridique à l'acquéreur de droit réel.

Et si ce principe est un mécanisme "*bien huité*", qui a fait ses preuves, il ne facilitera pas non plus toujours la mise en place de l'informatisation de la publicité foncière.

Cependant, on ne peut sous prétexte d'efficacité remettre en cause toutes les règles juridiques gênantes. Et sur ce point, dans ses fiches techniques, la Direction Générale des Impôts écrit qu'il ne paraît pas possible "*d'envisager une remise en cause du principe de l'effet relatif des formalités, qui, (...) assure (...) une fiabilité et une sécurité proches de celles offertes par les systèmes de Livre Foncier les plus élaborés*".

Néanmoins, dans ses suggestions, la IIIe Commission du 78e Congrès des Notaires remet directement en question le principe de l'effet relatif de la publicité en s'inspirant des systèmes américains et anglais.

En effet, dans certains Etats américains (en Californie par exemple), l'effet relatif de la publicité existe d'une manière très allégée. Les fichiers immobiliers tenus par l'Administration sont personnels et non réels, et leur objet est uniquement fiscal. Ces fichiers sont généralement informatisés, les documents sont microfichés, et les renseignements sont donnés téléphoniquement.

Les fonctions équivalentes aux services du cadastre, de la publicité foncière et même du Notariat, sont assurées par d'importantes sociétés privées telles que la "*Title Insurance and Trust Company*".

De plus, aucune mutation immobilière ne se réalise sans que l'acquéreur ne contracte une police d'assurance

garantissant l'exactitude et la valeur du titre de propriété et aussi l'absence de servitudes non déclarées.

En Grande-Bretagne, l'informatisation des fichiers publics est prévue pour 1985, avec fonctionnement "on line", digitalisation et automatisations de la cartographie, et, à la demande des sollicitors, regroupement en une seule banque de données des différents fichiers existants.

Ces fichiers publics constituent un "*fichier de sécurité*" des transactions, mais non un "*fichier de publicité*", car ils ne sont pas ouverts à toute personne comme l'est en France le fichier immobilier. Ces fichiers n'ont pas de fonction fiscale.

Un titre enregistré est un titre absolu, garanti par l'Etat. Ceci a pour conséquence l'absence de nécessité du principe de l'effet relatif de la publicité.

Après chaque titre enregistré, il est délivré au propriétaire un plan officiel du terrain et un certificat de propriété ; s'il y a hypothèque, il est délivré au créancier hypothécaire un "*charge certificate*".

Lors d'une revente, préalablement à son acquisition le nouvel acquéreur peut faire une demande de recherche auprès du Registre, qui lui délivre un "*official certificate of search*". Cette opération l'assurera qu'aucune autre entrée n'a été faite sur le Registre depuis la date de la copie officielle fournie par le vendeur. Et le nouvel acquéreur aura ainsi la priorité pendant vingt jours pour l'enregistrement du nouveau transfert à son profit, c'est le **principe de prénotation**.

A la lumière de ces dispositions, la IIIe Commission du 78e Congrès des Notaires suggérait que "*le notaire - détenteur d'une parcelle de l'autorité publique - délivre "un titre absolu" auquel sera rattaché le caractère d'incommutabilité comme en Angleterre, assorti d'une "assurance du titre" comme aux U.S.A.*".

Cette assurance couvrirait les dommages subis par la personne dépossédée par la faute du Notaire. L'acquéreur muni de son titre n'aurait plus aucun risque d'éviction.

Cette solution assurerait une plus grande sécurité des transactions et améliorerait la circulation des informations. Cela consacrerait aussi la reconnaissance de l'authenticité d'un titre de propriété irrévocable pour faute ou erreur.

Il est vrai que les suggestions de cette Commission du 78<sup>e</sup> Congrès des Notaires de France sont séduisantes et tout à fait défendables sur le plan juridique.

Mais cette remise en cause du principe de l'effet relatif de la publicité foncière demanderait une réflexion d'ensemble sur le système en place. Le législateur semble actuellement peu sensible à ces problèmes, comme le souligne implicitement l'attitude de l'Administration.

La publicité foncière sera sans aucun doute informatisée préalablement à la remise en cause du système. Par contre, certains problèmes tels que celui de l'**authentification des documents**, se poseront avec plus d'acuité lors de la mise en place de cette informatisation.

#### **D) Informatisation, droit de la preuve et authentification des documents**

Dans un premier temps, comme le laisse supposer le projet F.I.D.J.I., l'informatisation de la publicité foncière sera une affaire interne à l'Administration. Le monde notarial peut seulement espérer que les Conservations des Hypothèques pourront satisfaire plus rapidement la demande des usagers après une période d'adaptation.

Mais, dans un second temps, il peut être possible d'améliorer le système, notamment par la circulation des informations directement - *on line* - entre les Conservations et l'Office Notarial informatisé, sans passer par le sacro-saint support papier.

Sur ce point, il existe un vide juridique concernant le **droit de la preuve et l'authentification des documents**.

En effet, jusqu'à présent, seules ont été trouvées des solutions pragmatiques et empiriques, mais qui ne satisfont pas pour autant l'esprit juridique.

Ainsi, lors de la mise en place des fichiers informatisés du Greffe et du Registre du Commerce et des Sociétés de Paris, le Centre Notarial Informatique, le Greffe du Tribunal de Commerce de Paris et les Compagnies d'Assurances ont permis d'obtenir la délivrance des différents états sous la forme de deux documents : le premier, non signé, parvient à l'Etude 48 heures après sa demande ; le second suit par voie postale. Les risques d'erreur sont faibles et sont assurés par les Compagnies d'Assurances.

En fait, d'une manière plus générale, des recherches sont opérées autour des notions de signature digitale et de télésignature. Le législateur a déjà été amené à modifier l'article 1348 du Code Civil en accordant une valeur probante aux copies fidèles et durables.

L'informatisation de la publicité foncière passera à plus ou moins long terme par une solution juridique à ce délicat problème de preuve qui, d'ici là, sera certainement résolu.

Et il en sera de même des **inscriptions hypothécaires**.

### **E) Informatisation et inscriptions hypothécaires**

L'hypothèque garantit le paiement d'une créance et, à cette fin, elle fait l'objet d'une inscription au Bureau des Hypothèques.

Ainsi, la créance, l'hypothèque et son inscription sont intimement liées, mais néanmoins, elles ont chacune une vie juridique propre.

L'Ordonnance du 28 Septembre 1967 sur la publicité foncière a supprimé la péremption décennale des inscriptions pour la remplacer par un régime plus souple qui adapte la durée du délai de péremption à celle de l'obligation garantie.

Cette Ordonnance a eu l'intérêt d'éviter des renouvellements ou des radiations inutiles impliquées par les anciennes dispositions trop rigides.

Cependant, aujourd'hui, la durée d'une inscription ne peut excéder trente cinq ans.

Cette durée peut paraître longue pour certains, et courte pour d'autres. En fait, elle est certainement suffisante, car les opérations de crédit ont leurs limites, et la gestion du fichier immobilier ne serait pas facilitée par des inscriptions trop importantes dans le temps.

L'informatisation de la publicité foncière aura probablement pour conséquence de donner une plus grande souplesse aux inscriptions hypothécaires si les nécessités économiques et politiques du crédit le demandent.

De plus, elle peut aussi apporter au système une plus grande sécurité, si elle est réalisée avec vigilance.

En effet, comme il a déjà été vu, lors d'une mutation de bien immobilier, le vendeur reste propriétaire à l'égard des tiers jusqu'à l'accomplissement des formalités de publicité, et il peut, tant qu'elles n'ont pas été faites, constituer valablement des hypothèques sur le bien qu'il vient d'aliéner.

En réduisant le délai d'accomplissement des formalités de publicité foncière, on doit pouvoir diminuer les risques de fraude et non les augmenter. Il est vrai que les sinistres en matière de publicité foncière sont très peu fréquents, grâce à la vigilance des Conservateurs des Hypothèques et des Notaires.

Pourtant, il faudra mesurer toutes les conséquences entraînées lors de la mise en place de l'informatisation par les lacunes au système de la publicité foncière, afin d'assurer la fiabilité nécessaire au système. Car comme on le sait, l'informatisation a souvent pour effet d'accroître les défauts existants.

Il ne faut pas non plus oublier que si la lenteur actuelle des Conservations des Hypothèques à réaliser leur mission est une entrave à la bonne marche des affaires, une trop grande rapidité n'aurait pas pour autant forcément toutes les vertus.

La publicité foncière, en France, n'en est pas encore à ces problèmes, mais on peut déjà poser le problème de savoir, par exemple, s'il ne sera pas nécessaire d'unifier le régime juridique des privilèges immobiliers et des hypothèques, tout en conservant leurs pleins effets à certaines notions telles que l'action résolutoire.

De même, le droit de la faillite, qui prend malheureusement beaucoup d'importance avec la crise actuelle, sera influencé indirectement par l'informatisation de la publicité foncière.

Il faut rappeler que sont de droit inopposables à la masse des créanciers les hypothèques constituées avant le jugement prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation de biens, mais après la date retenue par le Tribunal comme étant celle de la cessation des paiements si ces sûretés garantissent des dettes contractées auparavant. Par contre, sont opposables à la masse les hypothèques consenties au cours de cette même période, en garantie des dettes concomitantes ou futures, sauf si le créancier

avait connaissance de la cessation de paiement lors de la constitution de son hypothèque (Loi du 13 Juillet 1967).

Il ne faudrait pas que certains créanciers, et plus particulièrement les banquiers, profitent de leurs bonnes connaissances des opérations comptables et du système de la publicité foncière nouvellement informatisé, pour favoriser leurs intérêts au détriment de ceux des autres.

Ceci créerait une insécurité nuisible à la bonne marche des affaires commerciales.

Au nom de l'efficacité, on ne doit pas sacrifier la sécurité. Cela donnerait un mauvais coup au crédit et à l'esprit d'entreprise.

## CONCLUSION

Plus qu'une réalisation technique et juridique, l'informatisation de la publicité foncière sera le résultat d'une politique, au sens noble du terme.

L'Administration ne devrait pas avoir à redouter l'inertie du législateur, et le Notariat la tiédeur de l'Administration.

L'informatisation de la publicité foncière se prépare sans la participation du monde notarial. Dès à présent, on peut toutefois émettre quelques vœux.

Ainsi, il serait souhaitable que les Conservateurs gardent une certaine liberté dans leur mission, afin que les Notaires eux-mêmes ne soient pas victimes de dispositions trop rigides, et afin que les coûts de cette informatisation ne soient pas trop élevés.

Les Conservations des Hypothèques seront gérées conformément aux réalités économiques actuelles. Et l'informatisation de la publicité foncière amènera sans doute les pouvoirs publics à remettre en cause le statut des Conservations et le mode de recrutement un peu suranné des Conservateurs des Hypothèques.

Les limites de la politique du "Tout Etat" apparaîtront flagrantes et, à partir de là, tout deviendra possible, tant une gestion mixte entre l'Administration et certaines professions, qu'à plus long terme une véritable privatisation de la gestion de la publicité foncière.

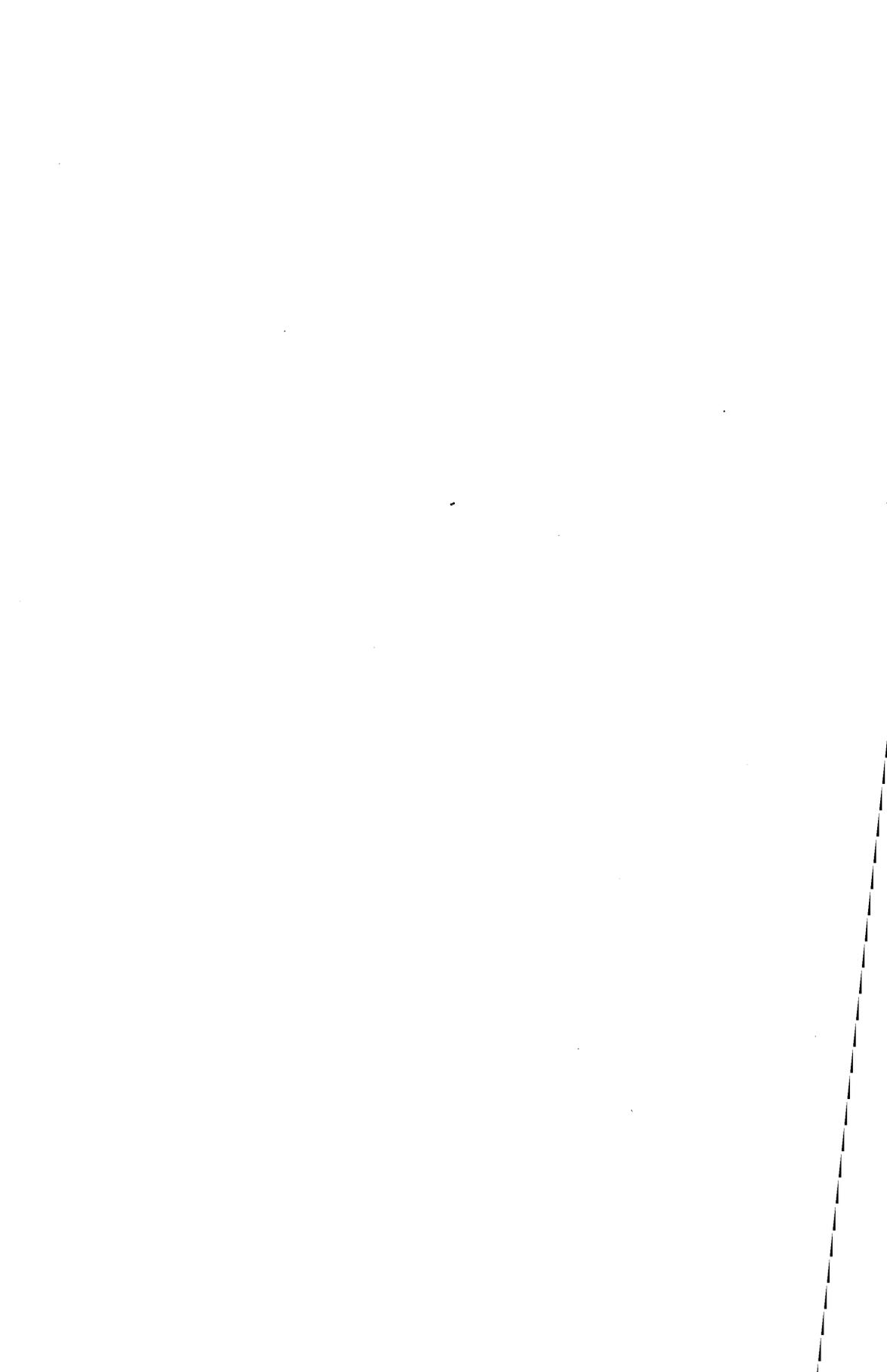
Comme dans d'autres domaines, l'informatisation de la publicité foncière remet en cause les structures traditionnelles dans lesquelles l'Etat s'est octroyé un monopole, dont les causes et le fondement sont de plus en plus difficiles à justifier.

On peut se demander si le monde contemporain n'évolue pas vers une remise en question de l'omniprésence du rôle de l'Etat, qui ne trouve plus de solutions satisfaisantes aux problèmes économiques et sociaux les plus actuels.

-oOo-

---

Dépôt Légal - 4e Trimestre 1985





N° I S S N 0249-8731