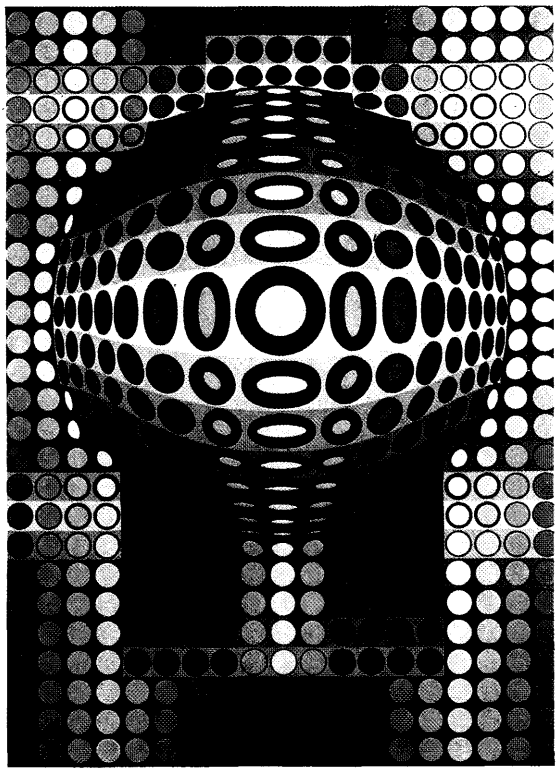
Revue de la Recherche Juridique

DROIT PROSPECTIF



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

(Pierre TEILHARD DE CHARDIN)

CONSEILS DE METHODE

POUR LES ETUDES DE DROIT :

de la première année au doctorat,

du commentaire d'arrêt à la thèse.

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

1982-1

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE
DROIT PROSPECTIF
1982 - 1

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

avec le concours de l'U. E. R. de
Recherches Juridiques de l'Université
d'AIX-MARSEILLE III

Presses Universitiares d'Aix-Marseille
V. VASARELY : «HOOR» - P. 1049 - 1976

N. VII - 12 (6ème année - 12e numéro)
(3 numéros par an)

COMITÉ DE PATRONAGE

M. Paul AMSELEK	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Jean-Marie AUBY	Membre de l'Institut
M. le Doyen Henri BATIFFOL	
M. Xavier BLANC-JOUVAN	Professeur à l'Université de Paris I
M. le Doyen Fernand BOULAN	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
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 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 TERRE	Professeur à l'Université de Paris II
M. André TUNC	Professeur à l'Université de Paris I
M. Marcel WALINE	Membre de l'Institut

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

Directeur de la publication : M. J.-L. MESTRE

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

COMITÉ DE RÉDACTION

M. C. ATIAS : Rédacteur en chef - Responsable de la rubrique du Centre de Philosophie du Droit

M. D. LINOTTE : Éditorial - Responsable de la rubrique : Tendances du droit contemporain

M. C. MOULY : Responsable de la rubrique : Méthodes de la recherche juridique

M. J.-J. BOUSQUET : Responsable de la rubrique : Activités de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

M. R. GHEVONTIAN : Responsable de la rubrique : Bilan des recherches de doctorat

Missions de recherche :

- étudiants de doctorat
- collaborateurs des Centres de recherche

Secrétariat et service commercial : **U. E. R. Recherches Juridiques**
3, Avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence Cedex

Abréviation de référence : R. R. J.

ABONNEMENT : 3 numéros par an

Abonnement de soutien : 300 F
Abonnement (France) : 160 F
Abonnement (étranger) : 240 F
Numéro (France) : 60 F

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

Demandes à adresser à : U. E. R. Recherches Juridiques
3, Avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence Cedex

La correspondance relative à la rédaction peut être adressée à M. C. ATIAS, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille - 3, Av. Robert Schuman - 13628 Aix-en-Provence Cedex.

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

Pages

ÉDITORIAL - *Par D. Linotte* 5

C. N. R. S. :

- I.– Rapport du secteur des Sciences Sociales du C. N. R. S. sur le 6ème thème du Colloque national sur la recherche : Les moyens
Par le Doyen G. Matringe 9
- II.– A propos du budget de la recherche pour 1982 37

MÉTHODES DE LA RECHERCHE JURIDIQUE :

- Comment aborder les études de droit (ou : Un mode d'emploi des études en droit) - *Par C. Mouly* 46
- Réflexions sur les méthodes d'enseignement - *Par A. Tunc* 56
- Droit constitutionnel et Travaux Dirigés - *Par le Recteur M.-H. Fabre* . . 60
- Conseils et méthodes (Droit Constitutionnel) - *Par Ch. Cadoux* 64
- Méthodes de travail pour les études de droit privé - *Par B. Vial et C. Atias* . 70
- Recherches de doctorat (Thèses, mémoires...) 110
- L'accès à la profession de Notaire (Réflexions et Conseils) - *Par M. Dagot* 120
- Remarques sur la méthodologie du droit - *Par J.-R. Bonneau* 126

TENDANCES DU DROIT CONTEMPORAIN :

- I.– Le vrai sens de la décentralisation - *Par D. Linotte* 131
- II.– (Droit civil) : Doctrine et inspiration du droit des biens - *Par C. Atias* . 136

LES PAGES DU CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT :

- Programme des Conférences 1981-1982 143
- Conférence du 9 novembre 1981 :
Pourquoi la Philosophie du droit - *Par C. Atias* 144
- Les fiches Bibliographiques n. 12 : B. Lacroix 153
n. 13 : V. Ranouil 157
n. 14 : F. Ost et M. van de Kerchove 161
- Revue des Revues en philosophie du droit 165
- Un thème de Recherche : La doctrine dans l'itinéraire législatif (suite) . . 169

ÉTUDES :

- Les coauteurs par conspiration en droit pénal japonais
Par le Doyen Shimomura 179
- Pour un retour au Droit - *Par G. Memeteau* 185

ÉDITORIAL

Par Didier LINOTTE

La Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif poursuit, cette fois encore, son objectif d'information et de formation de la communauté des juristes chercheurs.

Aussi pourront-ils bénéficier du travail considérable accompli par le Doyen G. Matringe, pour le grand intérêt de nous tous et de l'Université, grâce à la publication du *rapport relatif aux «moyens» du secteur des Sciences Sociales du C. N. R. S.* Voici notamment pour l'information.

Mais il est apparu également nécessaire de se pencher sur la *méthodologie propre à la recherche juridique*. Rares, depuis le fameux «Science et Technique» de F. Gény, ont été les ouvrages consacrés à ce sujet. Aujourd'hui, le renouvellement des techniques, les efforts nouveaux consacrés à la recherche en général, mais aussi l'expansion des études de Droit auprès des étudiants et d'autres secteurs de la vie sociale, conduisent à remettre l'ouvrage sur le métier. Sans prétendre à l'édification d'un monument exhaustif et ordonné, il a paru préférable, au moins dans un premier temps, de consigner par écrit et de rassembler l'expérience empirique personnelle d'enseignants et de maîtres de la science juridique. Ainsi, sur ce thème, le présent numéro et le numéro qui suivra, s'enorgueillissent-ils de signatures autorisées et souvent prestigieuses.

C'est ici le lieu de teinter la joie, qui préside toujours à la présentation d'une nouvelle publication, d'une bien grande nostalgie. Parmi ces signatures annoncées, deux grandes promesses feront pour la première fois, sans nul doute, défaut.

Le Doyen Rodière avait accepté de donner aux étudiants des conseils de méthode. Sa grande expérience d'enseignant, d'administrateur, de comparatiste ne pouvait qu'enrichir les lecteurs. Sa plume acérée, son ton parfois caustique, son verbe quelquefois provocant ne pouvaient qu'éveiller l'intérêt, capter l'attention, susciter la réflexion. La mort de René Rodière nous aura privé de ces plaisirs d'un instant et de celui, plus substantiel, de fréquenter l'homme de doctrine et d'organisation qu'il était.

A sa veuve, à son fils Pierre et à ses autres enfants, la Revue de la Recherche Juridique présente ses condoléances sincères.

André de Laubadère, lui aussi, devait nous faire part de ses réflexions —si sûrement frappées au coin du bon sens— et de son expérience —si riche— de la recherche juridique française qu'il a si souvent et si universellement illustrée. Tous ceux qui l'ont lu, nous tous, chercheurs, praticiens et étudiants, ont toujours été frappés par la clarté et la puissance de sa «science tranquille». Tous ceux qui l'ont approché, en particulier au cœur de sa chère Gascogne, n'ont pu qu'admirer son élégance d'artiste qui masque le travail acharné pour ne livrer que l'œuvre achevée. Tant auprès de lui on pouvait partager l'illusion de Monsieur Jourdain pour qui les gens de qualité semblent tout savoir sans n'avoir jamais rien appris ! André de Laubadère, membre, parmi les premiers, de notre comité de patronage, avait soutenu les premiers pas de la Revue de la Recherche Juridique. Que ce nouveau numéro offert à Madame A. de Laubadère, soit le trop modeste témoignage de ce que l'auteur de l'unique, de l'inoubliable «Traité de Droit Administratif», entre autres œuvres majeures, continue à faire vivre la pensée juridique de notre temps.

R. R. J. 1982
Pages 7 à 39

C. N. R. S.

SOMMAIRE

Pages

I.– RAPPORT DU SECTEUR DES SCIENCES SOCIALES DU C. N. R. S. LES MOYENS

Disciplines du secteur des sciences sociales du C. N. R. S. 9

Introduction générale 10

I.– PLAN PLURIANNUEL NATIONAL POUR LES SCIENCES SOCIALES

1 - Organisation du calendrier prévisionnel 11

2 - Souplesse nécessaire du plan 13

3 - La régionalisation de la recherche 14

4 - Dimension internationale des recherches 15

II.– LA COMMUNAUTÉ SCIENTIFIQUE : RAJEUNIE, INFORMÉE, STRUCTURÉE

1 - Une communauté rajeunie par de nouveaux recrutements 17

2 - Une communauté informée 21

3 - Une communauté structurée en équipes 23

III.– MOYENS LOURDS DES SCIENCES SOCIALES

1 - Fonds scientifiques des sciences sociales : équipements lourds prioritaires 26

2 - Publications des sciences sociales : moyen lourd 28

3 - Missions de terrain et de rencontres 33

4 - Vacations : dépenses lourdes en sciences sociales 35

5 - Équipements à développer dans les sciences sociales 36

II.– A PROPOS DU BUDGET DE LA RECHERCHE POUR 1982

Le C. N. R. S. et les Universités 38

Un nouveau budget - une progression considérable 39

Une progression inégale 40

I.– RAPPORT DU SECTEUR DES SCIENCES SOCIALES DU C. N.R. S.

sur le 6ème thème du colloque national sur la recherche

LES MOYENS

Par Guillaume MATRINGE
(Président de la section 34 du Comité national du C. N. R. S.
Rapporteur général pour le Secteur des Sciences Sociales) «»

Le secteur des Sciences Sociales du C. N. R. S. comprend les disciplines suivantes :

(Section 30) Anthropologie
Préhistoire
Ethnologie

(Section 37) Sociologie
Démographie

(Section 32) Géographie

(Section 33) Sciences économiques

(Section 34) Sciences juridiques
Science politique

(Section 40) Histoire moderne et contemporaine

«» Le rapport du secteur des Sciences Sociales a été préparé avec la collaboration de Madame Denise Artaud (maître de recherches, Histoire moderne et contemporaine), Madame Simone Dreyfus-Gamelon (Professeur, Ethnologie, E. H. E. S. S., Paris), Messieurs Guillaume Matringe (Professeur à l'Université Paris II, Sciences juridiques et politiques), Jean-Claude Thoeing (Professeur, I. N. S. E. A. D., Sociologie, Paris), Photios Tapinos (Professeur, I. E. P. de Paris, Sciences économiques). Empêché, Monsieur Gérard Maitre (Strasbourg, Géographie) n'a pu participer aux travaux.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Vocation des Sciences Sociales

La vocation fondamentale des Sciences Sociales est, dans l'espace et dans le temps, de comprendre les phénomènes de relations entre personnes et groupes humains, d'expliquer les fonctionnements et les changements des vies collectives, d'éclairer les choix futurs. La Science française ne peut pas être orientée en priorité vers des recherches appliquées, industrielles, technologiques. Il existe dans une société d'autres impératifs.

Les Sciences Sociales sont à la fois des *sciences d'observations* (faits, relations entre les faits, exposé des idées et des mentalités, relations entre les idées et les faits) et des *sciences théoriques* (théories générales, méthodologie). Elles peuvent avoir un aspect *utilitaire* (analyse critique des dysfonctionnements, inadéquation des structures, suggestions accompagnant ou non des contrats publics), mais les recherches *fondamentales et indépendantes* y ont et doivent garder une place importante, au moins au C. N. R. S. et dans les universités. D'ailleurs, comme en sciences exactes, des recherches fondamentales a priori non utilitaires peuvent plus tard aboutir à des applications concrètes.

Ne pouvant être coulées dans les moules construits pour les sciences physiques, biologiques, etc., les Sciences Sociales ont été entravées, dans leur développement en France, parce qu'on leur a appliqué des modèles qui ne leur convenaient pas.

Réhabilitation morale des Sciences Sociales

Assurément les Sciences Sociales jouaient un rôle assez important et bénéficiaient de moyens assez réels de la Mission de la recherche (via les conseils scientifiques universitaires) et du C. N. R. S. (via les sections, le comité sectoriel et d'autres instances). Mais une sorte de discrédit pesait sur elles : les hautes autorités nationales de la recherche les dédaignaient un peu, les besoins étaient sous-estimés et les crédits parfois extrêmement insuffisants dans de nombreux domaines.

Une réhabilitation morale s'est produite : les Sciences Sociales ont un rôle important à jouer et contribuent au rayonnement de notre pays. Un équilibre doit être désormais assuré entre sciences «exactes» et sicences «sociales», ces dernières accusant sur les précédentes un retard de croissance. Est donc nécessaire un développement dont l'importance théorique et pratique ne saurait échapper, si un intérêt plus grand est accordé au fonctionnement de la société.

Réhabilitation budgétaire des Sciences Sociales

Encore faut-il que cette réhabilitation morale s'accompagne d'une réhabilitation budgétaire : les Sciences Sociales doivent être considérées comme prioritaires et doivent bénéficier, dès 1982 et au cours des prochaines années, de l'effort exceptionnel consenti en faveur de la recherche. Leurs moyens doivent augmenter dans des proportions au moins égales à celles connues dans d'autres secteurs.

Notion large de moyens

La notion de moyens sera large et aura deux aspects :

- sens financier : attribution de crédits et emplois complémentaires ;
- procédure : amélioration des procédures, ce qui permet une effcacité accrue à coût constant.

Notion de croissance

L'idée de croissance est la régularité, pour éviter les coups d'accordéon. Sous réserve *des rattrapages nécessaires et immédiats* (comme la rallonge budgétaire de 1981), la croissance doit être régulière avec un échéancier de *4 ans* ou, si possible, *6 ans* (voire *10 ans* pour les emplois).

*
* *

I.– PLAN PLURIANNUEL NATIONAL POUR LES SCIENCES SOCIALES

Un plan national de rattrapage et de développement de la recherche, nécessitant un important effort de la nation, doit s'échelonner sur plusieurs années dans le cadre d'un plan pluriannuel et d'une loi-programme avec des crédits correspondants.

1 - ORGANISATION DU CALENDRIER PRÉVISIONNEL

Le calendrier doit tenir compte des nécessités scientifiques et correspondre à une croissance régulière pendant un certain nombre d'années.

1) Délai minimum entre le lancement d'un programme et ses résultats

La production en Sciences Sociales ne peut être instantanée, car elle nécessite le rassemblement de nombreuses données et de longues réflexions.

Entre le démarrage d'un programme et ses premiers résultats s'écoule un *minimum d'années*, variable selon les thèmes étudiés, au cours duquel un certain *niveau de moyens doit être assuré*. Au sein du C. N. R. S., à la suite d'une longue expérience, les formations associées sont créées ou renouvelées pour 4 ans. En revanche la durée est de 2 ans pour les R. C. P., ce qui est trop court. Quant à la mission de la recherche, elle ne reconnaît par encore cette durée pluriannuelle pour les équipes universitaires non associées au C. N. R. S., ce qui est gênant et engendre une incertitude perpétuelle. Il faut signaler que cette *période de 4 ans est trop courte* pour certains programmes, en sciences sociales comme en sciences exactes.

2) Nécessité d'une prévision pluriannuelle pour les moyens : source de garantie

La situation actuelle est, sauf exception, dominée par l'incertitude *annuelle quant aux moyens disponibles et l'impossibilité d'avoir une politique dynamique* :

– sections et comités sectoriels du C. N. R. S. ne connaissent que *chaque année* et souvent *au dernier moment* les moyens disponibles pour un an (crédits, emplois créés) : les formations et les bénéficiaires d'autres moyens (publications colloques) n'ont que des attributions ponctuelles qui sont notifiées avec un grand retard. *Aucune politique pluriannuelle n'est possible* ;

– les conseils scientifiques d'université ne connaissent les crédits attribués par la mission de la recherche qu'*annuellement* (sauf le programme triennal d'équipement) et *en cours d'exercice*. *Aucune politique pluriannuelle dynamique n'est possible.*

Les instances scientifiques sont actuellement réduites à la gestion à court terme (voire même à une épicerie de dernier moment) pour répartir des moyens par ailleurs insuffisants. Parfois, et cela est net pour les universités, on assiste à des saupoudrages de moyens, sans cohérence globale, parce qu'il est inutile de vouloir concentrer les moyens sur des points forts étant donné qu'on ignore quels seront les moyens des années suivantes (1).

Si l'accroissement du budget national de la recherche a des *retombées concrètes* au niveau des sciences sociales (au C. N. R. S., à la mission de la recherche) la situation sera fort différente :

– certes, telle ou telle équipe, tel ou tel chercheur ne recevra pas une garantie personnalisée du plan national, mais l'amélioration générale des ratios (francs /chercheurs, I. T. A. / chercheurs, mètres carrés / chercheurs...) aura vraisemblablement des *effets bénéfiques pour tous* ;

– en outre, les instances scientifiques (sections et comités sectoriels, conseils scientifiques) pourront enfin avoir une *politique scientifique à moyen terme*.

3) Régularité du plan pluriannuel de croissance

A la place de la stagnation et de la régression (jusqu'à la rallonge de 1981), un plan pluriannuel peut permettre une croissance dans la régularité, en évitant les coups d'accordéon, notamment pour la création des emplois et des formations.

Toutefois au titre du rattrapage, la première année devrait connaître un taux de croissance plus élevé, notamment pour les très bonnes formations qui ont beaucoup souffert de la régression de leurs crédits réels au cours des dernières années (jusqu'à la rallonge budgétaire de 1981).

4) Durée du plan : 4 ans ou plus

La durée du plan a été fixée à 4 ans, ce qui dans certains cas est *court* :

---

(1) Le fait que des formations du C. N. R. S. soient créées pour 4 ans pourrait faire penser qu'il y a une politique pluriannuelle, mais il n'en est rien, car l'attribution des moyens aux formations existantes et nouvelles est annuelle et s'est faite dans la stagnation, la régression réelle de l'incertitude.

– certains programmes de longue haleine (en sciences exactes comme en sciences sociales) ont une durée supérieure : il est vrai que, s'ils sont de haute qualité, ils seront reconduits, mais avec quels moyens ?

– pour l'accroissement du stock des emplois, une prévision de longue durée serait nécessaire, ce qui permettrait des créations par anticipation sur des mises à la retraite : un calendrier décennal doit être envisagé.

2 - SOUPLESSE NÉCESSAIRE DU PLAN

Un plan prévisionnel national ne saurait être une planification rigide et détaillée, car certaines disciplines seraient favorisées et d'autres marginalisées. Ce qui serait hors du plan pourrait se révéler le plus important. Une grande souplesse est souhaitable à tous égards.

1) Diversité des sciences

Les sciences physiques, chimiques, biologiques et autres sciences «exactes» obéissent à des règles propres qu'il est souvent absurde d'étendre aux sciences sociales. Même s'il y a parfois des analogies, de nombreux traits opposent les deux catégories de disciplines : méthodes de travail, matière première donnant lieu à réflexion, fonctions des chercheurs et I. T. A., importance des fonds et publications scientifiques, etc.

Au sein même des sciences sociales, les disciplines, sont différentes par leurs objets, leurs méthodes, leurs procédures et leurs fonctionnements : anthropologie, préhistoire, ethnologie, sociologie, démographie, géographie, sciences économiques, sciences juridiques, science politique, histoire moderne et contemporaine.

Les spécificités disciplinaires à l'intérieur des sciences sociales restent normalement fortes, malgré les développements de travaux interdisciplinaires et certains transferts de raisonnement. Il n'existe pas une science sociale unifiée.

2) Notion large de demande sociale

Certes la demande sociale est parfois utilitaire et évidente (par exemple en sciences économiques, juridiques et politiques) pour l'emploi, l'énergie, etc.

Mais la demande sociale peut être plus ample : demande de culture, sauvegarde du patrimoine historique, etc. En outre, elle peut varier au fil des années et rien n'est immuable en ce domaine.

3) Nécessité de sauvegarder les recherches fondamentales et indépendantes

Les recherches fondamentales ne correspondent pas toujours à une demande sociale immédiate et clairement exprimée comme les recherches appliquées, mais elles doivent jouer un *rôle essentiel*, car elles sont les sources premières de la connaissance scientifique et les fondements de l'avenir.

Un équilibre doit être préservé entre recherches fondamentales et recherches appliquées, les premières ayant elles aussi un caractère *prioritaire* notamment au sein du C. N. R. S. (comme l'a déclaré le Ministre de la recherche et de la technologie).

Ces recherches fondamentales ne peuvent être soumises à des priorités gouvernementales et ministérielles (comme les recherches sur l'emploi, l'énergie, les biotechnologies, etc) et confiance doit être faite aux instances scientifiques compétentes (sections du C. N. R. S., conseils scientifiques universitaires) pour évaluer les qualités scientifiques des programmes (en cours ou en projet) et faire des choix, parfois difficiles.

Encore faut-il que ces *recherches fondamentales, en sciences sociales notamment*, bénéficient de moyens au sein de la croissance générale.

4) Développement des passerelles

Les passerelles existent déjà et pourraient être développées en cas de besoin :
- passerelles pour les programmes pluridisciplinaires,
- passerelles entre les catégories de crédits,
- passerelles entre les corps de chercheurs-I. T. A., chercheurs-enseignants, postes d'accueil non prélevés sur les postes frais,
- etc.

3 - LA RÉGIONALISATION DE LA RECHERCHE

L'une des composantes de la politique scientifique actuelle est le développement des recherches régionales.

Déjà d'excellentes équipes régionales, souvent associées au C. N. R. S., ont fait leurs preuves et ont bénéficier de contrats passés avec divers ministères et souvent avec des conseils régionaux. L'autonomie donnée à ceux-ci modifie les dimensions du problème et il convient d'en préciser les avantages, les limites et les modalités possibles.

1) Les avantages d'une politique de régionalisation de la recherche

Les Sciences Sociales sont inégalement présentes dans le pays avec une concentration parisienne excessive :

– dans certaines régions et pour certaines disciplines : pas de véritables équipes importantes, peu de chercheurs ;

– en revanche, dans la région parisienne : formidable concentration d'hommes et de moyens.

Il serait donc utile de créer ou de développer de bonnes équipes régionales pour mener à bien des recherches typiquement régionales (recherches *sur* la région) ou ayant un domaine national ou international (recherches *dans* la région).

Le rôle des conseils régionaux peut être très fécond en accordant à bon escient les crédits nécessaires à de nouvelles équipes ou en complétant les crédits nationaux (par exemple ceux du C. N. R. S.).

2) Les risques à éviter

Il serait toutefois néfaste que toutes les régions veuillent tout faire dans tous les domaines : les doubles emplois risqueraient d'être démultipliés ; au niveau national, les moyens seraient gâchés ou saupoudrés.

Les implantations régionales ne peuvent réussir que s'il y a numériquement une *masse critique et des relations disciplinaires et interdisciplinaires* bien étudiées. Elles ne devraient pas rompre les attaches avec Paris et les autres points forts (1*) et les liaisons avec les universités sont indispensables.

3) Les modalités : concentration et coordination systématiques

Les conseils régionaux étant autonomes, ils sont libres de définir les programmes scientifiques qu'ils soutiennent et de fixer les crédits qui leur sont accordés. Il est nécessaire que les projets et résultats fassent l'objet d'informations systématiques entre les ministères de la Recherche et de l'Éducation nationale d'une part et les conseils régionaux d'autre part.

Quant aux crédits de l'État (mission de la recherche, C. N. R. S.) accordés aux équipes régionales actuelles et futures, ils pourraient être davantage focalisés sur les programmes nationaux et internationaux de ces formations, ce qui n'empêcherait d'ailleurs pas le C. N. R. S. d'aider des programmes typiquement régionaux.

Une large information et concertation réciproques permettraient d'éviter les doubles emplois et les gâchis, alors que les conseils régionaux, le C. N. R. S. et la mission de la recherche ne disposent pas de moyens illimités.

4 - DIMENSION INTERNATIONALE DES RECHERCHES

Le rayonnement scientifique international de la France doit être développé, tout le monde le souligne, mais les lacunes subsistent et les moyens ne sont pas adéquats.

Schématiquement, on peut distinguer trois types de problèmes :

– les recherches françaises sur des pays étrangers : les aires culturelles ;

– la concertation scientifique internationale : contacts scientifiques ;

– les publications françaises à l'étranger.

1) Les aires culturelles

Ce terme (mal choisi) correspond aux pays étrangers qui font l'objet de recherches françaises. Tantôt la demande émane des autorités françaises, tantôt la demande vient des pays étrangers.

(1*) Les réseaux R. C. P. et G. R. E. C. O. pourraient être utiles.

a) La demande française : pays développés et sous développés

Les autorités françaises souhaitent que des recherches soient entreprises dans telle ou telle aire, dans tel ou tel pays pour consolider des recherches déjà commencées ou pour faire démarrer des recherches nouvelles.

L'accord des pays est nécessaire et une équipe associée au C. N. R. S. a beaucoup plus de chances qu'une autre pour y travailler.

Il est certain qu'il y a encore beaucoup de pays à prospecter et les perspectives potentielles du futur plan pluriannuel sont très vastes. Encore faut-il que le plan pluriannuel soit accompagné de moyens suffisants (notamment emplois de chercheurs, formation spéciale de ceux-ci, crédits de mission-terrain) sur lesquels nous reviendrons.

b) La demande étrangère de coopération : pays sous-développés

Le pays étranger demande une aide technique qui fait l'objet d'un accord national de coopération, généralement assorti des moyens nécessaires.

Cette demande peut porter sur des domaines très divers, notamment en sciences sociales (contrats internationaux, sociologie politique, préhistoire et histoire, géographie, etc).

Il est évidemment difficile de prévoir les appels d'offres plusieurs années à l'avance, bien que certaines équipes soient familiarisées avec ces contrats de coopération.

2) Les contacts scientifiques internationaux

Ces contacts interviennent lors de réunions internationales (congrès, colloques, tables rondes, ou simples voyages) qui ont lieu en France ou à l'étanger. Il sont très féconds et permettent d'augmenter l'audience internationale de la France.

Malheureusement, les obstacles sont nombreux :

– lorsque le colloque a lieu en France, les crédits accordés par les organismes scientifiques sont faibles ou refusés, en raison du contingent budgétaire insuffisant affecté à cette finalité ;

– lorsque la réunion internationale a lieu à l'étranger, les crédits de mission sont dérisoires ou nuls, en raison du contingent budgétaire affecté à cette finalité ;

– a fortiori, le séjour d'un chercheur auprès d'un organisme scientifique étranger se heurte aux mêmes difficultés, à moins d'être pris en charge (voyage et séjour) par cet organisme.

Le plan pluriannuel doit prévoir ces contacts internationaux en les accompagnant de moyens décents.

3) Diffusion des publications françaises à l'étranger

Ce problème sera abordé infra avec l'ensemble des publications.

*
* *

II.– LA COMMUNAUTÉ SCIENTIFIQUE : RAJEUNIE, INFORMÉE, STRUCTURÉE

Sans une communauté scientifique *vivante et dynamique*, les recherches se sclérosent et, dans un monde en perpétuel mouvement, déclinent. Trop de chercheurs notamment les universitaires, ne participent pas à la vie scientifique, coupés des recherches en cours ou en projet. Enfin, le potentiel scientifique est insuffisamment mobilisé au sein d'équipes.

Ces phénomènes, fréquents en sciences sociales, doivent être corrigés (rattrapage et développement) : l'entrée des jeunes candidats valables dans la communauté doit être facilitée par des moyens accrus et des changements de procédures (parag. 1), les informations doivent systématiquement circuler (parag. 2), la mobilisation des enseignants et chercheurs au sein d'équipes doit être favorisée (parag. 3).

1 - UNE COMMUNAUTÉ RAJEUNIE PAR DE NOUVEAUX RECRUTEMENTS

Le problème sera abordé sous l'aspect des moyens et en débordant le cadre du C. N. R. S.

1) Recrutement de chercheurs : rattrapage et croissance dynamique

Les idées générales sont les suivantes :

– le candidat à un emploi de chercheur ou d'enseignant-chercheur n'a peut-être pas les qualités requises pour un recrutement définitif. Un candidat amplement pourvu de diplômes, parfois très bons, n'est peut-être pas doué pour la recherche ;

– un volant de moyens suffisants prévus par le plan pluriannuel, doit permettre au cours d'un stage de formation, ni trop court, ni trop long, de tester les candidats : allocations de recherches, attaché de recherche, assistanat.

a) Allocations de recherches distribuées par la D. G. R. S. T.

L'idée, a priori, était très intéressante de permettre aux étudiants de 3ème cycle de se former à la recherche et de prouver leurs aptitudes scientifiques, notamment en soutenant une bonne thèse de doctorat de 3ème cycle.

Le système a fonctionné depuis plusieurs années et n'a pas donné satisfaction, notamment dans plusieurs disciplines de sciences sociales :

– la thèse de 3ème cycle n'est généralement pas achevée deux années après le D. E. A. (ce qui entraîne des dérogations) ;

– le nombre des allocations est trop limité en sciences sociales : il est extrêmement faible dans certaines disciplines ;

– le choix discrétionnaire de l'allocation par le responsable de D. E. A. n'est pas toujours heureux ;

– souvent le responsable du D. E. A. ne participe, en sciences sociales, à aucune formation de recherches.

Les remèdes minimaux devraient être les suivants :

– augmentation du nombre de recherches en sciences sociales, notamment dans les disciplines où le nombre actuel est statistiquement infime ;

– révision du mode de recrutement actuel : instance collégiale locale et peut-être d'une partie des allocataires par les sections du C. N. R. S. ;

– affectation des allocataires à une formation de recherche, associée ou non aux C. N. R. S.

b) Accroissement du stock des *attachés de recherche au C. N. R. S.* : rattrapage et croissance dynamique

La procédure actuelle (rapporteur, audition par une commission, délibération en section) donne des garanties a priori très sérieuses et doit être conservée, même si elle est pesante pour les membres des sections.

Le recrutement des attachés de recherche pour 4 ans (avec examen au bout de 2 ans) accompagné d'un traitement honorable permet au jeune candidat de se former à la recherche auprès d'une formation et de prouver ses aptitudes scientifiques.

Toutefois des mesures, qui relèvent des moyens et de la procédure, sont préconisées :

–accroissement du stock des attachés par création annuelle et *régulière* d'emplois frais, avec rattrapage initial ;

– passage *facilité* au grade stable de chargé, lorsque l'attaché a confirmé les qualités (par exemple soutenance d'une bonne thèse) ;

– la règle des 27 ans (2) doit être profondément transformée (3).

---

(2) Les candidats doivent avoir 27 ans au maximum pour pouvoir être recrutés comme attachés de recherche : le pourcentage des dérogations est très faible et s'amenuisera.

(3) Le comité sectoriel des sciences sociales a proposé en juin 1981 l'âge de 30 ans, avec dérogation permanente de 50 %.

c) Assistanat des universités

L'assistant n'est pas dans la même situation que l'attaché : il doit avoir des aptitudes pédagogiques et doit assurer une charge d'enseignant.

Le problème de l'assistanat futur est très important, mais ne sera pas abordé pour deux raisons : le statut de cette catégorie fait l'objet de réflexions au Ministère de l'Éducation nationale ; le plan pluriannuel du ministère de la Recherche ne s'occupera pas de ce problème.

d) Recrutement direct dans le grade de chargé de recherche au C. N. R. S.

Ces recrutements sont actuellement possibles lorsque les candidats sont des chercheurs confirmés : ils peuvent être nommés pour un stage d'un ou deux ans, à l'issue duquel il peuvent être renouvelés sans limitation de durée. De même théoriquement dans les universités, un candidat docteur peut être recruté maître-assistant sans avoir été assistant.

Cette pratique (qui s'est développé avec l'application de la règle des 27 ans) doit rester possible, à condition que ces recrutements *n'aient pas lieu aux dépens des promotions du grade d'attaché à celui de chargé, ce qui* soulève un problème de moyens.

e) Échanges I. T. A.- Chercheurs au sein du C. N. R. S.

Certains ingénieurs de recherche sont d'*authentiques* chercheurs ayant fait leurs preuves. La procédure actuelle qui limite ces échanges doit être assouplie ou renplacée, en gardant le contrôle scientifique exercé par la section.

f) Cas particulier de *postes d'accueil au C. N. R. S.* : importance statistique très faible

Le poste d'accueil permet à un enseignant chercheur rémunéré sur un emploi permanent de se consacrer exclusivement à la recherche pendant un nombre limité d'années, en complétant et achevant ses travaux. Cette technique peut être utile dans certains cas et dans certaines disciplines.

Le nombre des postes d'accueil devrait être *augmenté, à condition* que ces postes ne soient pas prélevés sur l'accroissement régulier des postes de chercheurs créés.

g) Cas particulier des *conventions de travail* au C. N. R. S. : importance statistique malheureusement devenue très faible

La convention de travail a pour objet précis l'exécution d'un programme de recherche. Elle n'est pas réservée aux jeunes chercheurs et ne dure en principe que 4 ans au maximum.

Malgré la modicité de leurs montants (4), les conventions de travail ont rendu de grands services dans le passé, en aidant des chercheurs, confirmés ou non, à achever un projet. Parfois, elles ont constitué un tremplin pour de jeunes candidats qui sont entrés ensuite dans la carrière de chercheur ou d'enseignant-chercheur.

Le système a été matraqué au début de 1981 par la direction générale du C. N. R. S., car les bénéficiaires constitueraient «une sorte de catégorie de hors statut», alors que par ailleurs les hors statut ont été intégrés. Cette comparaison n'est pas judicieuse.

Il conviendrait de *rétablir* le système des conventions de travail, sous le contrôle scientifique des sections, ce qui soulève un problème de moyens.

2) Recrutement d' I. T. A. et collaborateurs techniques d'université type C. N. R. S.

a) Accroissement important de stock : rattrapage considérable et croissance dynamique

Les I. T. A. du C. N. R. S. collaborateurs techniques d'université sont une des bases des formations de recherche (lorsqu'elles en ont) et sont très utiles à la bonne exécution des programmes. Malheureusement, aucun poste créé ne leur a été affecté depuis environ 8 ans par le C. N. R. S. !

Certes un grand nombre de postes ont été créés et utilisés pour des intégrations de hors statut, mais les disciplines et formations ont bénéficié très inégalement de ces intégrations.

La situation actuelle est *très souvent dramatique*, sauf pour quelques équipes :

– les très bonnes formations anciennes (existant il y a plus de 8 ans), qui ont considérablement augmenté leurs programmes et activités, n'ont eu aucun I. T. A. ou collaborateur technique supplémentaire ;

– les très bonnes formations récentes (créées depuis 8 ans) n'ont pas reçu un seul emploi créé d'I. T. A. ;

– les récentes équipes universitaires n'ont pas de collaborateur technique d'université.

Une des plus grandes priorités du plan pluriannuel devra être (après avoir réglé en 1982 le problème des surnombres), *de créer des emplois d'I. T. A. chaque année*, notamment en Sciences Sociales, ce qui nécessite des moyens importants.

L'affectation de ces emplois frais se ferait selon trois critères :
- haute valeur des équipes,
- taille des équipes,
- stock déjà existant des emplois d'I. T. A.

b) Procédures à réaménager d'urgence

---

(4) Le bénéficiaire d'une convention de travail perçoit au maximum 13 000 F par an.

1-Recrutement rapide dès qu'un emploi d'I. T. A. devient vacant

La procédure actuelle est beaucoup trop longue et les emplois restent vacants pendant des mois, ce qui gêne énormément les bénéficiaires. Il faut un nouveau système avec appels d'offres et nominations *rapides*.

2 - Recrutement des étrangers

Les étrangers peuvent actuellement être recrutés comme chercheurs mais non comme I. T. A. : cette anomalie doit être supprimée.

2 - UNE COMMUNAUTÉ SCIENTIFIQUE INFORMÉE : COMMUNICATION SYSTÉMATIQUE DES PROGRAMMES ET PROCÉDURES

La communauté des chercheurs est dispersée au sein de nombreux organismes qui, parfois, n'ont d'ailleurs pas pour vocation principale la recherche. Or, souvent, dans certais domaines, une grande partie de cette communauté ignore les programmes scientifiques achevés, en cours ou en projet.

Une enquête a montré que, dans certaines disciplines, moins de 10 % des professeurs et maîtres-assistants participent à des formations propres ou associées au C. N. R. S. (5).

Quant au 90 % restant, une solide information en mobiliserait une partie, s'ils connaissaient les programmes et les procédures ; en attendant, ils mènent des recherches individuelles, souvent excellentes, dans leur spécialité.

Réciproquement, les organismes ne relevant pas des ministres de la Recherche et de l'Éducation nationale ignorent les chercheurs et enseignants et leurs formations.

Une meilleure communication serait très utile : coordonner les programmes sans esprit de monopole, éviter les recherches parallèles qui parfois s'ignorent (avec gaspillage de matière grise et d'argent), utilisation maximale des compétences et des moyens matériels, etc...

A ces maux actuels, deux remèdes généraux, qui nécessitent des moyens, pourraient entraîner sinon une coopération active, tout au moins une information réciproque : rassemblement systématique des informations (enquêtes, banques de données) et diffusion systématique des informations (bulletins biannuels, répertoires biennaux).

1) Collecte systématique des informations par disciplines : enquêtes, banque de données

Une enquête systématique sur les programmes par discipline doit être lancée. Il faut chercher les informations et non les attendre. Pour ce faire,devraient être recensés tous les programmes achevés, en cours ou en projet :

---

(5) Bien plus, une grande partie d'entre eux ne connaissent pas les programmes réalisés dans d'autres universités et les programmes assurés en dehors des universités et du C. N. R. S.

– C. N. R. S. : tâche relativement facile au sein des sections et déjà réalisée par certaines d'entre elles ;

– universités et autres établissements d'enseignement et de recherche : avec l'aide de la mission de la recherche et enquêtes sur le terrain ;

– administrations centrales et services qui leur sont rattachés : leurs programmes sont très importants et souvent peu connus ;

– contrats avec les organismes régionaux. Des moyens assez faibles sont nécessaires pour cette enquête : vacataires ou un I. T. A. de haut niveau ou un chercheur affecté a cette tâche (à mi-temps).

Quant au stock agé en banque de données, logiquement le C. D. S. H. (6) pourrait remplir cette charge à condition que, pour chaque discipline, les programmes soient soigneusement choisis, en liaison avec des représentants des sections. Aucun moyen complémentaire ne serait nécessaire.

2) Diffusion systématique des informations par discipline : bulletin biannuel, répertoire biennal

Certes les membres de la communauté scientifique pourront consulter la banque de données, mais il faut les informer systématiquement à la base.

Un bulletin léger, biannuel et par discipline, pourrait contenir les informations des six derniers mois : liste des programmes, index des responsables et index des mots-clé. Il serait envoyé par le C. N. R. S. aux spécialistes de la discipline et aux partenaires sociaux intéressés (7).

Un répertoire, biennal (ou triennal) et par discipline, pourrait comprendre deux parties :

– une partie relativement stable au fil des années : guide pratique indiquant avec concision et clarté les procédures (formes d'aides et procédures : pour le C. N. R. S., les universités et les administrations centrales et organes qui leur sont rattachés) ;

– une partie évolutive recensant tous les programmes de la discipline en France, avec un système décimal permettant des mises à jour. Cela permettrait de suivre l'évolution de la recherche dans la discipline, de déceler les points forts et les lacunes.

Ce répertoire serait envoyé par le C. N. R. S. aux spécialistes de la discipline intéressés et aux partenaires sociaux intéressés (8).

---

(6) Centre de documentation des sciences humaines.

(7) Notons au passage le Courrier du C. N. R. S., la Lettre du C. N. R. S. et le Bulletin M. S. H.-Informations ne contiennent que des informations ponctuelles, n'ont pas une diffusion efficace et de toute façon ne correspondent pas au but cherché.

(8) L'actuel Annuaire des sciences humaines édité annuellement par le C. N. R. S. est volumineux (800 pages environ) et utile, mais présente des inconvénients :
- l'index des «concepts» (mots-clés) est mal conçu pour certaines disciplines ;
- les informations fournies par les formations ne sont pas toujours fiables ;
- listes laconiques des revues et collections, aucune information sur les actions programmées et les aides individuelles ;
- la diffusion est restreinte ;
- rien sur les activités hors C. N. R. S.

Si, au moins au départ, la charge d'un bulletin biannuel et d'un répertoire biennal était trop lourde, le C. N. R. S. pourrait envoyer un seul document : un répertoire annuel.

Pour les programmes pluri-disciplinaires, il suffirait de demander, comme le font les libraires, aux membres de la communauté, quels documents ils souhaitent recevoir.

Quant aux programmes pluri-disciplinaires, ils figureraient sur plusieurs bulletins et répertoires.

Le coût de ces publications serait pris en charge par le service des éditions du C. N. R. S., avec une formule de publication la moins onéreuse possible.

3 - COMMUNAUTÉ STRUCTURÉE EN ÉQUIPES

Certes une grande partie des universitaires font et feront de la recherche individuelle : maintes recherches personnelles sont brillantes, de nombreux collègues de petites universités sont très isolés avec aucune équipe correspondant à leur spécialité dans un rayon de 100-200 kilomètres.

Cependant la mobilisation peut être tentée et des efforts doivent être faits : l'information systématique sera un moyen psychologique important (v. supra parag. 2) et il faut les encourager à former des équipes.

Cela pose trois problèmes liés aux moyens : condition et extension des très bonnes équipes actuelles ; accroissement du stock des formations ; maintien des aides individuelles.

1) Consolidation et extension des très bonnes équipes actuelles

De nombreux collègues universitaires et chercheurs, membres de très bonnes équipes existantes, ont été *découragés* au cours des dernières années : crédits (fonctionnement, missions et vacations) en diminution réelle ; jusqu'à la rallonge budgétaire de 1981, ces très bonnes équipes actuelles ont trop souffert. Si on souhaite éviter les départs au sein de ces équipes et si on veut que de nouveaux membres y participent, il faut une politique de croissance des moyens :

- *rattrapage* pour couvrir l'inflation de ces dernières années ;
- moyens complémentaires permettant une *politique dynamique* ;

2) Accroissement du stock des formations

Au cours des dernières années, de nombreuses formations candidates de très bonne valeur n'ont pas eu le sort qu'elles méritaient :

– au sein du C. N. R. S. : le nombre des nouvelles équipes était faible (à moins de supprimer des équipes existantes) , la naissance de nouvelles équipes enlevait des crédits aux formations existantes (en régression financière) ;

– au sein des universités : la faiblesse des crédits ne permettait pas une véritable expansion, les équipes nouvelles agréées recevaient souvent un maigre crédit.

Comment mobiliser la partie non engagée de la communauté scientifique avec des perspectives aussi minces d'avenir ? Souvent, après une, deux ou trois demandes, les candidatures (prises en considération) ont été retirées.

Certes l'accroissement du stock des formations n'est pas un but en soi et il faut éviter les doubles emplois et les équipes «bidons». Mais il faut prévoir des moyens pour accroitre le stock des formations en comblant les lacunes scientifiques, lorsque le potentiel humain et des projets de haute valeur existent.

A ce sujet, il faudrait modifier les règles de procédure qui parfois ne permettent pas de connaître tous les moyens des formations (existantes ou candidates) et leur faisabilité.

3) Structuration seconde : les fédérations d'équipes en GRECO et GIS (9)

Regroupements volontaires d'équipes unies par une communauté d'intérêts, elles permettent de poursuivre un programme scientifique (pluri-disciplinaire, inter-universitaire), de gérer en commun certains équipements collectifs nécessaires à la recherche (bases de données, publications, gros équipements), d'organiser des activités communes (séminaires, formation permanente, tables rondes, etc...), de faciliter les résultats de la recherche, etc... Elles permettent de mobiliser des équipes strictement universitaires.

Leur rôle est pourtant limité : les équipes participantes devant fournir des contributions prises sur leurs moyens, mais cette participation ne pouvant être que faible (crédits en diminution réelle) ; la faisabilité du GRECO dépend de la dotation complémentaire apportée par le C. N. R. S. Quant aux GIS, leur création dépend, en l'absence d'immeuble universitaire disponible, de la politique immobilière du C. N. R. S. et de la mission de la recherche.

En soi, la création d'un GRECO, GIS ou réseau n'est pas une source créative, puisqu'il regroupe des formations préexistantes. La source de vie est d'abord venue des équipes de base, le GRECO pouvant consolider et améliorer (à condition de ne pas étouffer les équipes parallèles et le pluralisme des écoles).

L'effort de structure fédérale ne doit pas faire perdre de vue qu'il est essentiel de conserver les petites et moyennes formations (qui jouent séparément et au niveau national un rôle fondamental dans la recherche française) et de leur permettre l'accès aux moyens lourds de documentation.

---

(9) G. R. E. C. O. : Groupe de recherches coordonnées, fédérant des formations travaillant sur un même thème général ;
G. I. S. : Groupement d'intérêt scientifique mettant en commun des moyens marétiels (locaux, gros équipements, fonds scientifique, etc).

Dans un plan pluriannuel de croissance, la création de GRECO (qui coûtent cher) ne doit pas limiter la croissance en moyens des équipes non fédérées.

4) Cas des aides individuelles du C. N. R. S. à maintenir

Les crédits des aides individuelles ont été matraqués dans le budget 1981 du C. N. R. S. A priori, cette politique semblerait justifiable : le C. N. R. S. aide des équipes et non des individus.

Mais la politique de diminution systématique des aides individuelles est en très grande partie erronée, car les aides individuelles correspondent le plus souvent à de véritables équipes :

– équipes prises en considération, mais non classées en rang utile en raison des moyens insuffisants du budget ;

– équipes ne possédant pas la taille d'une E. R. A., mais ayant des activités scientifiques importantes ;

– équipes s'occupant de la publication d'une revue, qui disparaitrait s'il n'y avait pas un crédit et un I. T. A.

Rarissimes sont les aides strictement individuelles et celles-ci sont alors généralement accordées à un chargé ou maître de recherches du C. N. R. S.

Le matraquage des aides individuelles est donc excessif : leur octroi et leur renouvellement sont parfois le seul moyen de débloquer les situations. *Les aides individuelles doivent donc être maintenues.*

*
* *

III.– LES MOYENS LOURDS DES SCIENCES SOCIALES

IDÉES GÉNÉRALES

1) Le développement des sciences sociales ne passera pas par la simple augmentation du volume des moyens au niveau de l'ensemble des sciences. *Un quota au sein de la croissance doit être réservé aux sciences sociales*, quota évidemment variable selon les catégories de dépenses.

2) L'accroissement doit correspondre à une dynamique réelle :

– *d'une part rattraper le retard de ses dernières années* (diminution des crédits en francs constants, insuffisance des créations d'emplois) malgré la rallonge 1981 ;

– d'autre part, permettre aux très bonnes formations actuelles et aux futures très bonnes formations d'avoir les *moyens d'un développement*.

3) Si les sciences exactes, avec leurs caractères spécifiques ont besoin de moyens lourds, notamment en gros équipements, les sciences sociales, en raison de leurs caractères propres, ont *aussi besoin de moyens lourds*. Au cyclotron, au navire océanographique, à l'accélarateur de particules, au gros laboratoires de biologie, correspondent les *fonds scientifiques, les publications, les missions, les vacations et même les équipements lourds classiques*.

Les méthodes de travail ne sont pas les mêmes dans toutes les sciences, elles ne sont même pas les mêmes au sein de toutes les sciences sociales. Il faut tenir compte des réalités et ne pas renouveler les erreurs passées.

4) L'amélioration des procédures serait en outre indispensable, notamment la banalisation des crédits au niveau des équipes, le contrôle financier a priori, etc.

1 - FONDS SCIENTIFIQUES DES SCIENCES SOCIALES : ÉQUIPEMENTS LOURDS PRIORITAIRES

Les sciences sociales sont en grande partie des sciences d'érudition et d'archives et les fonds scientifiques y ont une importance vitale. Or ces fonds se dégradent de façon alarmante depuis plusieurs années et un accroissement des moyens en «équipement» est prioritaire. Dans certains cas et certaines villes, des moyens complémentaires d'infra-structure pourront permettre de créer des GIS.

1) Les fonds scientifiques sont des équipements lourds pour les sciences sociales

Les sciences exactes ont des appareillages coûteux et indispensables qu'il faut remplacer au bout de quelques années (parce qu'ils sont usés ou périmés) par d'autres appareillages coûteux. Sans ces appareillages, ces sciences ne peuvent fonctionner.

Les sciences sociales ont des collections coûteuses indispensables qu'il faut entretenir : elles sont coûteuses, mais à moyen et long terme beaucoup moins coûteuses, car on complète les collections et on ne jette pas les anciens ouvrages. *Sans ces collections, ces sciences ne peuvent vivre*.

Les dépenses pour l'entretien des fonds scientifiques ne doivent plus être considérées comme des dépenses de fonctionnement, mais *comme des dépenses d'équipement* (dépenses lourdes, mais moins lourdes qu'en sciences exactes).

D'ailleurs, de manière limitée, la mission de la recherche admet que certains crédits d'équipement (programme triennal) peuvent être affectés à l'entretien des collections.

2) Dégradation alarmante des fonds scientifiques dans les sciences sociales

Au cours des dernières années, la dégradation est accélérée : l'achat de périodiques est parfois abandonné, les nouveaux ouvrages scientifiques importants ne

peuvent être achetés. La conjonction «crédits de fonctionnement en régression réelle» - «hausse des prix des éditeurs» - «variation défavorable du francs français sur le marché des changes» aboutit à une situation très alarmante.

Le phénomène est général :

– les bibliothèques universitaires n'ont plus assez de crédits et doivent les consacrer aux ouvrages à caractère pédagogique, ce qui est compréhensible, c'est-à-dire aux étudiants des deux premiers cycles. En outre, les bibliothèques des jeunes universités ont un retard qui ne sera jamais comblé ;

– les universités, les facultés et U. E. R. voient leurs salles de recherches (réservées aux chercheurs et étudiants de 3ème cycle) se dégrader, bien qu'elles consacrent une part (plus ou moins importante) de leurs crédits de fonctionnement normal à l'achat d'ouvrages scientifiques. La régression réelle des crédits de fonctionnement et la hausse réelle des charges incompressibles entraînent une diminution de cette part ;

– l'ancien ministère des universités a toujours refusé des crédits de fonctionnement pour l'entretien des collections scientifiques des bibliothèques universitaires ;

– les universités ont consacré une part variable de leurs crédits de recherche en fonctionnement aux fonds scientifiques, mais cela au préjudice des autres activités de recherche ;

– les formations de recherche (aidées par le C. N. R. S. et l'université) ayant un besoin vital d'ouvrages scientifiques ont utilisé pour ce faire une partie de leurs crédits de fonctionnement, mais ceux-ci ont diminué de valeur réelle (jusqu'à la rallonge de 1981) ;

– enfin, les emplois de documentaliste sont insuffisants, le plus souvent inexistants.

En conclusion, des fonds scientifiques locaux qui avaient atteint une valeur précieuse et étaient vitaux pour les équipes se sont dangeureusement dégradés au cours des dernières années.

La création de quelques GIS dans certaines villes et dans certaines disciplines a stoppé ce déclin, mais au niveau national et de l'ensemble des sciences sociales, ce palliatif fut (et ne pouvait être) que très partiel.

3) Nécessité d'une politique de rattrapage et de relance

Il est fondamental que le retard en crédit soit rattrapé au plus tôt et qu'une politique de rattrapage et de croissance dynamique et régulière soit adoptée.

La création de réseaux documentaires facilement accessibles serait très utile et pratique :

– il faut que les équipes et les chercheurs sachent rapidement où se trouve tel ouvrage, sans avoir à payer une redevance coûteuse ;

– la concentration des fonds actuellement dispersés serait souvent inopportune, sauf lorsqu'un GIS est possible et volontairement créé : sinon elle gênerait les conditions de travail des équipes privées de leurs fonds et les pénaliseraient d'avoir pendant des années utilisé une partie de leurs crédits à les constituer ;

– il faut résoudre le problème de la compatibilité entre les différents fonds scientifiques et les diverses bibliothèques, avec des mots-clés judicieusement choisis pour chaque discipline.

Il faut prévoir la *création d'emplois de documentalistes*, à plein temps, selon l'importance des fonds scientifiques, et dès que ceux-ci atteignent une grande ampleur.

Dans certains cas, la création d'un GIS serait souhaitable, avec des moyens en locaux, équipements et personnels I. T. A. (10).

*

2 - PUBLICATIONS DES SCIENCES SOCIALES : MOYEN LOURD

Situation actuelle

Depuis plusieurs années, les publications (périodiques, collections, ouvrages) des sciences sociales font l'objet d'une double série de critiques, apparemment contradictoires : elles seraient à la fois pléthoriques et insuffisantes.

- Elles seraient pléthoques

– chercheurs, enseignants et praticiens sont de plus en plus décontenancés devant l'augmentation constante du rythme et du nombre des publications, devant leur dispersion et leur spécialisation, devant leurs coûts ;

– les organes publics distributeurs de crédits (notamment la mission de la recherche et surtout la Direction générale du C. N. R. S.), comparant les coûts des publications en «sciences exactes» et en «sciences sociales», estiment qu'au sein de celles-ci les publications sont trop nombreuses (11), trop volumineuses, parfois contestables quant à la qualité de leur contenu et surtout trop coûteuses (12) ;

– à titre temporaire et en attendant d'être mieux éclairée, la Direction générale du C. N. R. S. a décidé de maintenir la valeur nominale des crédits de publication : de ce blocage durant plusieurs années, il résulte une diminution très importante des crédits (mis à part les éditions propres au C. N. R. S.) et une épée de Damoclès au dessus des publications des sciences sociales.

---

(10) Les G. I. S. ne résolvent qu'une partie des problèmes, même s'ils sont très utiles :
- ils ne peuvent être implantés que dans les très grandes agglomérations ;
- ils ne peuvent regrouper que des formations ayant un minimum d'affinités ;
- ils nécessitent des locaux et des emplois d'I. T. A. ;
- leurs crédits de fonctionnement pour l'achat de collections doivent également augmenter.

(11) Au sein du C. N. R. S., une ou deux revues en astronomie, en physique, en biologie ; 90 en sciences sociales et humaines.

(12) Au sein du C. N. R. S., les budgets des publications sont de 12 000 F pour la physique nucléaire ; 1,2 million pour les sciences de la terre ; 2,7 millions pour les sciences de la vie ; 6,4 millions pour les sciences sociales.

- Elles sont insuffisantes

– d'excellents travaux ne sont pas publiés : thèses de doctorat d'État, articles, résultats de recherches passées sous contrat, etc ;

– malthusianisme des éditeurs privés, guidés par des préoccupations de rentabilité commerciale et hésitant avant de publier (ou refusant de publier) certaines thèses ou des ouvrages théoriques ou d'érudition. Leurs débouchés ont d'ailleurs diminué : diminution des crédits réels des bibliothèques et autres fonds scientifiques, faibles achats des étudiants en raison de l'usage abusif des polycopiés, prix de vente élevés, etc ;

– éditions universitaires, (collections, revues) éprouvant de grandes difficultés et survivant avec peine, la tranche C3 de la mission de la recherche n'étant pas suffisante. La parution d'une nouvelle publication régionale se heurte généralement à d'énormes difficultés matérielles ;

– les revues d'audience nationale et internationale qui survivent (parfois difficilement) sont encombrées d'excellents manuscrits en attente : il faut parfois un délai de 2 ou 3 ans pour la publication et les responsables demandent aux auteurs des coupes sombres dans le texte (qui est dénaturé). Dans certaines disciplines, publier 40 ou 50 pages est devenue une gageure ;

– les publications sont mal diffusées en France et surtout à l'étranger.

Il est donc nécessaire de faire le point, malgré la diversité des sciences sociales : les publications sont un *moyen lourd prioritaire pour les sciences sociales*, (comme le sont les équipements lourds des sciences exactes) ; les procédures de publication doivent être révisées.

1) Les publications : moyen lourd prioritaire pour les sciences sociales

a) Double fonction : outils de diffusion, outils de production

En aval les publications sont des outils essentiels de diffusion pour les recherches achevées. Les très bonnes recherches non publiées sont inutiles et perdues pour la communauté scientifique : elles ne doivent pas rester polycopiées et confidentielles. Les publications sont les *témoignages visibles* des activités scientifiques des équipes et des chercheurs et permettent le rayonnement international de la pensée française, notamment si elles sont des contributions à l'étude des pays étrangers.

En amont, elles constituent des *outils essentiels pour la production de recherches futures*, car elles sont des tremplins pour de nouvelles activités scientifiques et évitent des recherches faisant double emploi. Assurément, les recherches sont nourries de réflexions personnelles et collectives, mais elles s'appuient sur des travaux antérieurs connus. En outre, les revues contiennent généralement un important appareil bibliographique et des comptes-rendus critiques précieux pour les lecteurs.

b) Caractéristiques différentes des publications en sciences «exactes» et en sciences «sociales»

La comparaison numérique des coûts de publication est une méthode artificielle qui ne va pas au cœur des problèmes. Il faut au contraire analyser les besoins et coûts globaux.

- Spécificité des publications en sciences «exactes»

– en termes budgétaires globaux, les sciences exactes ont besoin de gros appareils et de technologie très coûteux ; leurs productions scientifiques s'appuient sur des équipements matériels souvent très lourds ;

– leurs publications utilisent des sigles brefs et internationalisés (mathématiques, physiques, chimie, biologie, etc) et des raisonnements techniques : elles peuvent être peu nombreuses et peu volumineuses. Un article de 4 - 10 pages peut correspondre à une profonde innovation, à une découverte.

- Spécificité des publications en sciences sociales

– aux gros équipements des sciences exactes correspondent les publications et les fonds scientifiques des sciences sociales ; aux laboratoires des premières correspondent les bibliothèques scientifiques irriguées notamment par de nouvelles publications de haute qualité ; aux grands coûts des sciences «exactes» correspondent les coûts relativement moins élevés des sciences «sociales» ;

– si les publications des sciences sociales sont plus nombreuses et volumineuses, cela est dû à l'objet de leurs analyses et à leurs méthodes de raisonnement. Elles étudient des phénomènes sociaux extrêmement complexes et nombreux dans le temps et dans l'espace ; les relations sociales ne peuvent être résolues en formules mathématiques, les faits et les observations sont multiples et peuvent entraîner de multiples interprétations, les phénomènes humains et sociaux sont en perpétuelle évolution dont il faut discerner les causes. Les hypothèses doivent être vérifiées et prouvées en tenant compte des différents facteurs. Enfin, le pluralisme des écoles de pensée, qui doit être conservé, est très fécond.

c) Nécessité d'une politique de croissance des publications

Il est inconcevable de mener une politique scientifique en dédaignant et négligeant les publications. L'existence même du C. N. R. S. et de la mission de la recherche est inimaginable sans une véritable politique de publications bien adaptée aux différents secteurs scientifiques.

A quoi servent les chercheurs et les formations, les traitements et crédits qui leur sont accordés, si les résultats de leurs travaux restent confidentiels. Accroître le nombre des chercheurs et formations sans augmenter les crédits de publication n'a aucun sens.

Au sein du C. N. R. S., la banalisation sectorielle de tous les crédits au sein d'une enveloppe globale sectorielle n'est pas une solution en soi : le transfert de «crédits de formations» au profit des «publications» peut correspondre à des rajustements partiels, mais ne correspond pas à une politique globale de la croissance, surtout si les «crédits des formations» ne sont pas suffisants. La politique de croissance des publications en sciences sociales devrait prendre deux formes complémentaires simultanées.

Doivent être accrus les crédits des publications considérées désormais comme des moyens d'équipement lourd. Une politique pluriannuelle de relance (C. N. R. S., Mission de la recherche) devrait comprendre :

– un *rattrapage* pour la stagnation nominale des dernières années ;

– un *taux régulier de croissance* pour permettre à la fois le développement des revues et collections actuelles de haute qualité, la publication de nouvelles recherches de haute qualité, faire face à la hausse des coûts.

En outre, l'affectation d'I. T. A. aux revues de haute qualité est très utile : des créations d'emploi (et compléments de demi postes actuels) sont nécessaires, car la permanence d'un I. T. A. (ou technicien type C. N. R. S. dans les universités) est probablement l'élément le plus efficace pour promouvoir la qualité et la régularité de la parution des revues et collections.

2) Révision des procédures actuelles : effet accélérateur

L'effet bénéfique de la politique de relance budgétaire pourrait être accéléré par la révision de certaines procédures et méthodes.

a) Thèses de doctorat d'État

Elles ne peuvent être subventionnées que par le ministère de l'éducation, le C. N. R. S. ne leur accorde aucune aide, alors qu'il peut subventionner (et même éditer) des thèses de IIIe cycle, ce qui n'est scientifiquement pas justifié.

Une révision des règles actuelles est nécessaire, car d'excellentes thèses de doctorat ne sont pas publiées, alors que bien souvent ce sont des recherches fondamentales. Les grandes collections françaises de thèses, qui n'ont pas d'équivalent à l'étranger, sont en péril. Une concertation entre les deux ministères est nécessaire, avec peut-être une instance scientifique commune. En sens inverse, il faudrait que le volume des thèses (ou tout au moins la partie destinée à la publication) soit raisonnable. C'est une question de mesure : la sélection doit être qualitative, quantitative, adaptée au sujet traité.

b) Résultats des recherches sous contrat

D'excellentes recherches restent limitées à quelques exemplaires dactylographiés, qui ne sont pas toujours facilement accessibles et souvent ne sont pas mentionnés dans les bibliographies : elles restent dans les archives d'un ministère, d'un conseil régional, d'une équipe. C'est un gâchis scientifique et financier énorme (les crédits souvent considérables des contrats n'ayant pas de prolongement pour la communauté).

Une large concertation, préconisée d'ailleurs par le projet Recours et le conseiller De Baecque, devrait avoir lieu entre les ministères et conseils régionaux qui ont distribué les contrats d'une part et les organes dispensateurs de crédits de publication et leurs instances scientifiques d'autre part.

c) Harmonisation et simplification des diverses formes d'aides accordées par le C. N. R. S. pour les publications

La situation actuelle est très complexe au sein du C. N. R. S. :

– aide (crédits, parfois I. T. A. affecté) à des formations (GRECO, LP, LA, ERA) chargées d'un annuaire, d'une revue, d'une collection (qui peuvent en outre être édités ou subventionnés par le C. N. R. S.) ;

– aide (crédits, parfois I. T. A. affecté) à une RCP chargée d'une revue ;

– aides individuelles (crédits, parfois I. T. A.) affectés à des responsables scientifiques de périodiques ou collections ;

– subventions à des éditeurs privés ;

– éditions propres du C. N. R. S. ;

– subventions à des colloques internationaux avec édition de leurs actes.

Ajoutons que les sections du C. N. R. S. ne sont pas consultées à la même session pour donner leur avis sur ces aides : ces avis sont morcelés sur 8 sessions, sans politique possible d'ensemble.

La sectorialisation des crédits de publication au sein du C. N. R. S. est une bonne mesure à condition qu'elle soit complétée : pour avoir une idée générale de tous les problèmes, ceux-ci doivent être examinés au cours d'une même session.

d) Diffusion améliorée des ouvrages scientifiques français

Les éditeurs scientifiques français (publics ou privés) ont réalisé des progrès au cours des dernières années. Diffusion des catalogues, annonces et réseaux de distribution fonctionnent assez bien en France.

Le problème le plus délicat est la diffusion internationale dans les pays non francophones :

– réseaux de distribution : une politique commune des éditeurs devrait être envisagée même si des pays sont difficiles à pénétrer. Cette politique est fondamentale pour les revues et ouvrages portant sur les pays étrangers et les problèmes internationaux ;

– problème de la langue : c'est un handicap certain, la langue anglaise étant dominante dans de nombreux pays. Des palliatifs pourraient être imaginés faute de mieux : résumés en langue étrangère en tête de la publication, ou en feuilles intercalaires (ce qui existe déjà parfois), ou même volume de résumés couvrant plusieurs ouvrages, plusieurs numéros de revues ; traduction en langue étrangère de certains ouvrages et revues de portée internationale (ce qui nécessite des moyens complémentaires en crédits en emplois, mais serait scientifiquement très efficace).

La M. I. D. I. S. T. doit avoir étudié tous ces problèmes, mais ses analyses et conclusions ne sont pas connues.

e) Enfin concertation accrue entre les équipes de direction des publications et les instances scientifiques par discipline

L'ordre du jour pourrait porter sur les problèmes suivants :

– services communs (abonnement, vente, publicité, fichiers), notamment pour la diffusion hors de France ;

– longueur (parfois excessive) des ouvrages et articles ;

– etc.

3 - MISSIONS DE TERRAIN ET DE RENCONTRES : MOYEN LOURD

Ici encore, la situation, différente selon les disciplines des sciences sociales, est très mauvaise.

Au C. N. R. S. :

– les crédits de mission ont stagné ou diminué depuis 4 ans en valeur nominale : ils ont donc beaucoup diminué en valeur réelle (la rallonge budgétaire de 1981 ne les a pas touchés) car les coûts ont considérablement augmenté ;

– alors que le C. N. R. S. déclare vouloir encourager les recherches sur les aides culturelles, aucun effort réel n'est fait pour accroître les crédits de mission ;

– les missions sur le terrain en métropole ne sont pas prises en considération. Il en est de même pour les crédits octroyés aux universités.

De son côté, le ministère des relations extérieures a diminué lui aussi leurs crédits. Il y a peut-être eu des abus : c'est possible et ce sera à vérifier, mais la situation générale est devenue très critique et il convient d'analyser la situation et de proposer des mesures.

1) Double fonction des missions

Schématiquement, les missions correspondent à deux buts scientifiques : terrain, rencontre.

a) Les enquêteurs sur le terrain à l'étranger et en France, qui entraînent des frais de déplacement et des frais de séjour.

Les enquêtes sur le terrain à l'étranger (ethnologie, relations internationales, géographie, préhistoire, anthropologie, etc) sont vitales. Les recherches menées en France sur des pays étrangers ne peuvent être que des travaux de seconde main, parfois utiles (si on a une documentation très riche). Mais la plupart des recherches exigent que les chercheurs aillent sur le terrain : *c'est vital*.

Le C. N. R. S. veut promouvoir les recherches sur les aires culturelles, c'est-à-dire les pays étrangers : Europe du Nord, Pays de l'Est, Amérique du Nord, Amérique Latine, Afrique, Moyen-Orient, Extrême-Orient, etc. D'ailleurs certaines équipes actuelles travaillent exclusivement sur terrain étranger. Mais le C. N. R. S. *n'accorde pas les moyens correspondants en crédits de mission*.

Faut-il éviter d'engager de nouveaux chercheurs spécialisés pour une aire culturelle en sachant qu'ils n'auront pas de moyens pour effectuer convenablement leur programme ? Doit-on éviter d'accepter les programmes d'équipes travaillant sur le Japon, l'Inde, l'Amérique Latine, l'Afrique ? Ou bien le C. N. R. S. est-il enfin décidé à accorder des moyens ?

Les enquêtes sur le terrain en France sont également nécessaires, alors que le C. N. R. S., depuis 1981, refuse de les prendre en compte et laisse les équipes se débrouiller avec leurs crédits de fonctionnement (par ailleurs en diminution réelle !). Raison : les crédits généraux de mission étant insuffisants, les crédits pour les missions en France sont supprimés.

Signalons la grande variété des missions sur le terrain selon des disciplines : fouilles (préhistoire, en liaison avec l'archéologie ; géographie physique) ; enquêtes (ethnologie, anthropologie, sociologie, science politique), relevés de terrain (géographie), analyse des données d'archives (sciences économiques, relations internationales, histoire) etc.

b) Rencontre avec la communauté scientifique

Les rencontres scientifiques internationales comprennent la participation effective de chercheurs français à des tables rondes, colloques, séminaires organisés à l'étranger et de brefs séjours auprès d'organismes scientifiques étrangers. Ces activités sont fondamentales pour développer des échanges scientifiques de niveau international et améliorer le rayonnement international des équipes, des chercheurs, de la France.

Le C. N. R. S. veut promouvoir les relations scientifiques internationales, mais n'accorde que très peu de moyens :

– les équipes qui ont déjà l'habitude de travailler à l'étranger n'ont que des crédits de mission stagnant depuis des années (donc une diminution réelle). Certaines équipes ne peuvent assurer qu'un voyage aller et retour par année !) ;

– il est délicat de demander à des organismes étrangers de prendre en charge les frais de voyage et de séjour des chercheurs français ;

– faut-il que les chercheurs paient ces frais de leurs deniers ?

– dans l'étude sur la surface internationale d'une équipe, ou d'un chercheur, il faudrait ajouter la rubrique longue des invitations refusées, faute de moyens.

Quant aux rencontres en métropole, elles sont moins coûteuses mais non moins utiles et plus fréquentes, avec diverses formes : travail commun au sein de GRECO et RCP, dont les réunions sont obligatoires ; participations à des colloques, congrès et tables rondes.

2) Augmentation des crédits de mission : moyen lourd en sciences sociales

Les crédits de mission, bloqués nominalement depuis plusieurs années, doivent être substantiellement augmentés pour rattraper le retard et participer à la croissance générale du budget de la recherche.

3) Simplification des procédures

– Le C. N. R. S. doit admettre que les missions sur le terrain et les missions pour les rencontres scientifiques *existent en métropole*.

– Le C.N.R.S. doit prendre en charge les frais de séjour comme les frais de transport.

– Le mécanisme des règles administratives pour le calcul des frais doit être assoupli.

– La banalisation des crédits attribués à une formation doit être admise.

4 - VACATIONS : DÉPENSES LOURDES EN SCIENCES SOCIALES

Au C. N. R. S., le problème des vacations est également crucial et le matraquage des crédits injustifié. En 1980, la réduction des crédits fut tellement dramatique que le Directeur du secteur des sciences sociales dut transformer une partie importante des crédits de fonctionnement au profit des vacations, en perdant au passage 40 % pour charges sociales, ce qui n'a pas empêché une diminution nominale de 32 % par rapport aux crédits de 1979. Les crédits ont encore diminué en 1981. *En valeur nominale*, baisse de 50 % depuis 1979 ! Au sein des universités, stagnation nominale au cours des dernières années.

1) But des vacations en sciences sociales

Il faut traiter des quantités, souvent colossales, d'informations élémentaires : préparer les données et nourrir les banques de données. Il faut ajouter les traductions.

Une part de plus en plus importante des sciences sociales repose sur des sondages et des enquêtes : les types sont divers (qualitatifs et quantitatifs) ; les sujets abordés et les populations étudiées variables ; le volume irrégulier. Ce sont des tâches au coup par coup, selon les besoins, et elles doivent être effectuées rapidement, en étant souvent confiées à des étudiants de 3e cycle. Les chercheurs et I. T. A., d'ailleurs trop peu nombreux, ne peuvent accomplir des tâches très absorbantes et groupées par périodes : le recours à des vacataires occasionnels est indispensable.

L'exécution d'un programme de recherches nécessite parfois l'utilisation de volumineuses archives (passées ou contemporaines) dont il faut extraire les données utiles. C'est un travail temporaire, très prenant qui ne peut être accompli par les chercheurs et I. T. A., trop peu nombreux et occupés par d'autres tâches (codage, interprétation, vérification et rédaction) : le recours à des vacataires occasionnels est ici encore indipensable.

Le volume des documents de base et des publications scientifiques rédigées dans différentes langues étrangères s'accroît d'année en année. Chercheurs et I. T. A. ne peuvent être tous des polyglottes, alors que la traduction des documents essentiels est nécessaire. Il arrive, en sens inverse que les résultats de programmes français sont envoyés à l'étranger. Ici encore le recours à des vacataires, occasionnels ou temporaires, est fort utile.

2) Accroissement vital des crédits de vacation

En raison de l'insuffisance des collaborateurs techniques dans les sciences sociales, du caractère temporaire mais nécessaire des tâches à confier à des vacataires, il faut un accroissement substantiel des crédits de vacation pour les ramener dans un premier temps à leur niveau réel de 1979.

3) Procédure

Une banalisation des crédits de fonctionnement et de vacation au sein des équipes doit être rendue possible, mais ne résoudra pas le problème financier en soi si les crédits de fonctionnement sont insuffisants.

5 - ÉQUIPEMENTS A DÉVELOPPER DANS LES SCIENCES SOCIALES

Les sciences sociales ont des besoins en gros équipements et les progrès technologiques actuels et futurs les accroitront. Ces besoins sont variés et sont les suivants :

1) Équipements courants de plus en plus coûteux et parfois lourds

Fichiers, classeurs, rayonnages, machines à écrire, etc.

Le sous équipement actuel de certaines formations et de leurs chercheurs confine à *l'extrême pauvreté*. En outre, on sous-estime le plus souvent la capacité des sciences sociales d'utiliser des méthodes statistiques et expérimentales d'observation qui sont coûteuses. Il est important de tenir compte des besoins liés au recueil des données. Les techniques d'enregistrement nécessitent actuellement des appareillages complexes et coûteux (magnétoscopes, traitement informatique, etc).

La modicité des crédits d'équipement (en régression réelle avant la rallonge de 1981) ne permet plus les achats adéquats. Ces crédits doivent faire l'objet d'un rattrapage et d'une croissance dynamique.

2) Informatique

L'utilisation croissante et bénéfique de l'informatique pour la documentation et pour la recherche nécessite l'acquisition minimale d'équipements. Il faut y rattacher les heures de calcul qui sont actuellement considérées comme des dépenses de fonctionnement.

3) Locaux : locaux nouveaux avec infra-structure

Dans de nombreux cas, la situation des locaux consacrés à la recherche est *lamentable* : le ratio «mètre carré / chercheur» est souvent *infime* et de nombreux chercheurs doivent travailler chez eux à leurs frais.

Quelques équipes associées situées sur les campus universitaires sont hébergées dans des conditions acceptables. Si la situation en région parisienne (et surtout à Paris) est *préoccupante*, en province le sort de certaines équipes est *pitoyable*.

Le travail en équipe perd de son sens si chercheurs (C. N. R. S. ou enseignants) et I. T. A. ne disposent pas de locaux et de possibilités matérielles de se rencontrer facilement. Il faut une *politique immobilière* scientifique des ministères de la Recherche et de l'Éducation nationale : *c'est vital* !

Au programme des constructions nouvelles doit être raccroché celui de la création de GIS : dépenses de construction et dépenses d'équipement.

II.– A PROPOS DU BUDGET DE LA RECHERCHE POUR 1982

Le lecteur trouvera ci-après un document qui porte généralement sur l'action publique en matière de recherche . Nous reproduisons deux extraits importants de l'avis présenté, au nom de la Commission des Affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi de finances pour 1982, par Monsieur Jean-Pierre Sueur (Documents de l'assemblée nationale, 1981-1982, n. 471, p 9 à 12).

LE C. N. R. S. ET LES UNIVERSITÉS

Le potentiel de recherche des universités est étroitement imbriqué à celui du C. N. R. S. L'association des formations universitaires au C. N. R. S. et la représentation des membres de l'enseignement supérieur au Comité national de la recherche scientifique sont les instruments les plus manifestes de cette liaison. Au total la part assumée par le C. N. R. S. dans le financement des activités de recherche des universités était évaluée à environ 30 % en 1980.

Mais la répartition des moyens financiers entre le C. N. R. S., d'une part, et la Mission de la recherche, de l'autre , ne permet pas une évaluation claire de l'ensemble des moyens dont les diverses formations de recherche disposent, selon qu'elles appartienent en propre au C. N. R. S., ou qu'il s'agit de formations des universités qui lui sont associées ou non.

Il est donc absolument nécessaire d'améliorer, formaliser, développer, la coordination entre la Mission de la recherche aux universités et le ministère de l'Éducation nationale, d'une part, le C. N. R. S. et le ministère de la Recherche et de la Technologie, d'autre part.

Les deux ministres –de l'Éducation, de la Recherche et de la Technologie– ont mis en place un comité de coordination qui veillera à ce que les moyens affectés de part et d'autre permettent au C. N. R. S. et aux universités de définir et de mener des politiques harmonisées avec leurs vocations respectives et de tirer un bénéfice réciproque du potentiel fortement structuré sur les plans sectoriel et thématique du premier, et des capacités plus régionalisées et décentralisées des secondes.

Pour 1982, la croissance des crédits de la Mission de la recherche aux universités est de plus de 28 %, croissance très importante, mais plus faible que celle prévue pour le C. N. R. S. (plus 32,5).

UN NOUVEAU BUDGET
UNE PROGRESSION CONSIDÉRABLE

Les chiffres qui vont être cités sont significatifs d'un effort financier qui n'avait pas été consenti en faveur de la recherche depuis de nombreuses années.

Le projet de *budget civil* de la Recherche regroupe l'enveloppe interministérielle de recherche (programme de recherche fondamentale et exploratoire et programmes de recherche finalisées) et les programmes de développement technologique.

Ce projet de budget s'élève pour 1982 à 25,41 milliards de francs –hors financement sur le budget annexe des P. T. T., contre 19,6 milliards de francs en 1981. Le taux de croissance est de 29,6 % : il est presque le double de la croissance enregistrée entre les budgets de 1980 et 1981, qui était de 16,8 %. Encore faut-il rappeler que le budget de 1981, le dernier du septennat précédent, avait été salué comme un budget de renaissance, en rupture avec des années de vaches maigres, puisque le tournant du déclin de l'effort de recherche nationale a été pris en 1971.

Le regain considérable des crédits de recherche va donc mettre fin à un processus cumulatif de dégradation en cours depuis dix ans. Les moyens de travail des équipes vont être restaurés par la hausse des crédits de soutien des programmes.

L'effort en faveur des programmes technologiques (applications spatiales, programme minier sous-marin, énergie solaire, agence de l'informatique, grands programmes aéronautiques. A. N. V. A. R.) est important, puisque la progression des autorisations de programme est de 35,8 %. Ce chiffre est une moyenne, qui masque la diversité de l'effort selon les secteurs. Si le programme électronucléaire n'augmente que faiblement en autorisations de programme (3 %) et diminue même en crédits de paiement, les six autres programmes technologiques voient leurs moyens considérablement accrus. Il faut noter que cette observation est valable aussi – et surtout– pour les crédits de paiement : c'est le seul cas où les crédits ne sont pas en retard sur les autorisations de programme, ce qui marque la priorité accordée par le budget au développement technologique par rapport à des recherches moins finalisées. A cet égard, il faudra être attentif à ce qu'un tel déséquilibre ne perdure pas , la progression de la recherche fondamentale étant nécessaire à celle du développement technologique, l'inverse étant d'ailleurs, dans une certaine mesure, également vrai.

UNE PROGRESSION INÉGALE

On touche ici à une faiblesse de ce budget globalement satisfaisant : les autorisations y progressent sensiblement plus que les crédits de paiement.

1 - Cela est vrai d'abord pour les dotations d'ensemble du budget civil de la Recherche :

- autorisations de programme : 12 702 100 millions de francs (plus 36 %)
- crédits de paiement : 10 753 694 millions de francs (plus 23,7 %)

2 - L'écart avec le budget du ministère de la Technologie et de la Recherche (où sont inscrites plus des trois quarts des dotations du budget civil de recherche et de développement technologique) :

- autorisations de programme : 8 591 500 millions de francs (plus 30 %)
- crédits de paiement : 7 050 594 millions de francs (plus 16 %)

3 - L'écart est à peine atténué pour les dotations de l'enveloppe interministérielle de recherche (dont 84 % sont inscrites au budget du ministère de la Recherche) :

- autorisations de programme : 6 023 millions de francs (plus 26 %)
- crédits de paiement : 4 999 millions de francs (plus 15 %)

L'inégalité de progression des crédits de paiement et des autorisations de programme peut être vérifiée dans le cas de deux grands organismes de recherche.

* Dans le cas du C. N. R. S., les autorisations de programme augmentent de 32,5 %, et les crédits de paiement deux fois moins : 14,9 %. Deux postes augmentent d'un taux inférieur à l'inflation : les crédits sur l'équipement moyen des laboratoires. Les A. T. P. (actions thématiques programmées) augmentent de 41 %.

* Dans le cas de l'I. N. S. E. R. M., les autorisations de programme augmentent de 31 %, les crédits de paiement de 22,35 %.

R. R. J. 1982
Pages 41 à 127

MÉTHODES DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

PRÉSENTATION

Par C. ATIAS

Pourquoi un numéro spécial de cette rubrique méthodologique ?

L'apprentissage des méthodes juridiques était traditionnellement considéré comme allant de pair avec l'acquisition des connaissances. Aucune propédeutique particulière ne paraissait nécessaire. Ne l'est-elle pas devenue ?

Il faut se persuader que les études de droit demandent des qualités et une formation particulières. N'est pas juriste qui veut . Et des méthodes de travail propres aux juristes doivent évidemment être inculquées aux étudiants dès les premières années.

Depuis trente ans, la formation primaire et secondaire des Français a considérablement évolué. D'une part, elle s'est répandue ; les élèves qui atteignent le niveau du baccalauréat et peuvent ainsi accéder à l'université sont beaucoup plus nombreux. Spécialement l'augmentation du nombre des étudiants en droit depuis une quinzaine d'année pourrait bien, à elle seule, avoir engendré des difficultés de méthodes. D'autre part, des secteurs entiers de la connaissance ont disparu des programmes au profit d'autres, ou ont fortement décliné.

Ces matières en voie d'abandon sont celles sur lesquelles s'appuyait autrefois l'initiation au droit ; ce sont celle qui donnaient une culture générale et préparaient à la réflexion critique. Ainsi, l'étude des langues mortes, latin et grec, améliorait la connaissance de la langue française ; elle entraînait à l'analyse de texte. Ces langues sont aujourd'hui beaucoup moins enseignées ; d'excellents élèves les ignorent. La philosophie préparait à la recherche des fondements et développait l'esprit critique ; elle a manifestement perdu la place éminente qu'elle occupait antérieurement. L'histoire qui fournissait des exemples, des expériences révélatrices, est présentée d'une manière très renouvelée ; comme celui de la littérature, son enseignement semble ignorer résolument les filiations et les tendances.

A l'inverse, l'étude des sciences exactes s'est fortement développé.

Cette évolution bouleverse fondamentalement l'apprentissage de la logique. L'ancienne analyse logique qui prolongeait l'étude grammaticale a disparu ; en revanche, la théorie des ensembles, naguère considérée comme le domaine réservé de certains savants spécialisés, est désormais présentée aux élèves des premières années de l'enseignement primaire. Le changement est donc profond.

Les Universités en ont-elles tenu compte ? Les Facultés de Droit ne semblent pas avoir véritablement réfléchi sur les conséquences que pouvait avoir ce renouvellement complet de la formation préuniversitaite des étudiants. Il est vrai aussi qu'elles auraient tort de s'adapter systématiquement à toutes les modifications, même manifestement erronées, des programmes ou des méthodes des écoles et des collèges.

Il est néanmoins certain que le genre d'étudiants accueillis en première année d'université guide dans une certaine mesure, la détermination du type d'enseignement à dispenser. Il est permis d'affirmer que le contenu des études secondaires s'est considérablement éloigné de ce que réclame l'initiation aux études de droit, telle qu'elle est conçue à l'heure actuelle.

C'est pourquoi, l'enseignement des méthodes devient, en Faculté de Droit, de plus en plus important. Il ne paraît plus possible de laisser les étudiants se former eux-mêmes, en observant l'exemple donné par les enseignants et en pratiquant ces méthodes sous la direction d'un assistant.

La Revue de la Recherche Juridique a voulu, à la fois, favoriser une réflexion des enseignants sur ce point, leur proposer des documents de travail et fournir aux étudiants quelques conseils.

S'il est aisé de démontrer l'utilité de ce type de réflexions, il est beaucoup plus difficile de passer à la rédaction. C'est pourtant ce qu'ont tenté un certain nombre de collègues : qu'ils en soient remerciés !

Une première contribution constitue une présentation générale des études de droit (C. Mouly).

Monsieur le Professeur André Tunc que nous tenons à remercier ici pour son aide nous offre ensuite une réflexion tout à fait importante sur le cours magistral notamment. Deux contributions (MM. Fabre et Cadoux) livrent encore aux étudiants des conseils plus spécialement conçus pour l'étude du droit constitutionnel. Une méthode de travail (Melle B. Vial et M. C. Atias) pour le droit civil, le droit commercial est également proposée. Monsieur le Professeur Michel Dagot était particulièrement bien placé pour dresser une sorte de bilan des modalités d'accès à la profession de notaire ; nous lui sommes très reconnaissants d'avoir accepté de compléter ainsi fort utilement cette rubrique de doctorats ; des conseils y sont également donnés par ailleurs, pour la présentation des mémoires ou thèses .

Enfin, il est apparu indispensable de faire place à des perspectives plus nouvelles. Nous tenons à remercier Monsieur Bonneau d'avoir bien voulu nous confier un document qu'il utilise dans son enseignement de l'École Polytechnique.

Cette rubrique s'efforce donc d'aborder toutes les étapes de l'enseignement universitaire en Faculté de Droit. Ce tableau général des méthodes de travail en usage dans nos maisons n'est ni exhaustif, ni indiscutable. S'il pouvait aider quelques étudiants au cours de leurs études, il aurait rempli son office. S'il provoquait quelques

réactions –les critiques et suggestions sont à adresser à C. Atias, Faculté de droit et de science politique d'Aix-en-Provence, 3 avenue Robert Schuman, 13628 Aix-en-Provence Cedex–, il aurait une certaine utilité ; une publication ultérieure d'un document plus complet pourrait d'ailleurs être envisagée. Ainsi continuons-nous, dans le domaine particulier de la pédagogie, notre effort de prévision et de préparation de l'avenir, c'est-à-dire de recherche prospective.

COMMENT ABORDER LES ÉTUDES DE DROIT
(Ou : Un mode d'emploi des études en droit)

Par C. MOULY
Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

Avertissement

Il est en général très dangereux de suivre un conseil ; cela devient même périlleux lorsque celui qui donne le conseil (par exemple un professeur) ne court pas les mêmes risques que celui qui l'écoute (par exemple l'étudiant lors de l'examen de fin d'année) ! C'est pourquoi je me garderai d'un conseil, préférant présenter une sorte de mode d'emploi des études de droit. Les quelques observations qui suivent s'efforcent de décrire la finalité des études de droit, de présenter une façon de les concevoir et d'en tirer un profit. En ce sens, dégager les principales caractéristiques du droit, c'est indiquer les points de convergence de vos efforts, donc indiquer un «mode d'emploi».

– o O o –

Le droit est, pour partie, l'art de trouver *une solution* à un conflit d'intérêts, l'art de régler une situation. Chaque protagoniste concerné par le conflit va chercher à justifier sa prétention ; même en dehors d'eux une personne (le légiste, l'interprète, l'étudiant en droit) peut exposer un point de vue sur la situation, peut proposer une solution. Toute personne intervenant ainsi doit d'abord *concervoir* la solution qu'elle préconise et ensuite *l'exprimer*. Ces deux étapes, conception (I) et expression (II) constituent les deux phases inéluctables de toute activité juridique et chacune appelle quelques observations.

I. – LA CONCEPTION D'UNE SOLUTION JURIDIQUE

Le droit est bien plus un raisonnement qu'un ensemble de connaissances.

- Les techniques de raisonnement restent ; une méthode de réflexion, une méthode de présentation sont toujours utilisables.

ex : La méthode d'analyse d'une décision de justice sera utile pendant toute une carrière professionnelle ; la façon de présenter une argumentation servira à l'étudiant qui présente un exposé, à l'avocat qui plaide, au cadre qui présente un rapport.

- Au contraire, les connaissances de détail se périment : les règles de détail sont changeantes et elles sont d'ailleurs consignées dans des ouvrages. Il est bien plus important de savoir *où* chercher et *comment chercher* que de savoir par cœur. «Pourquoi apprendre ce qu'il y a dans les livres, puisque ça y est ?» S. Guitry.

ex : La loi régissant les sociétés commerciales a été refondue en 1966 : bien que cette volumineuse réforme soit relativement récente et ait été longuement mûrie auparavant, elle a subi depuis 1966 plus d'une modification par an.

Donc le droit est un *raisonnement* (parag. 1) alimenté par des *connaissances* fondamentales (qui doivent être connues) et des connaissances de détail (à trouver dans les sources documentaires) (parag. 2).

1 - LE RAISONNEMENT

Le raisonnement juridique, même s'il n'est pas entièrement original, se caractérise par un *contenu* (A) qui lui est propre ; ce particularisme permet de *proposer* des règles à ne pas oublier (B).

A - Contenu

1) But

Le raisonnement a pour but d'étayer une proposition (une solution possible) par une argumentation qui emporte la conviction. Toute proposition est censée apporter une amélioration, un mieux. En généralisant, on pourrait avancer qu'il n'est au pouvoir de l'homme que de proposer ; et même le législateur n'échapperait pas à la règle !

ex : Ainsi un étudiant fera une proposition d'explication de règle légale ou jurisprudentielle, explication qui permet d'appliquer cette règle, qui permet donc de résoudre un conflit ; un avocat proposera une solution au juge, un jurisconsulte proposera une réforme, un juge proposera une solution à la communauté juridique, solution qu'il motive pour lui donner plus de force. Raisonnons par exemple sur le droit de se faire avorter . Le législateur propose une règle (le droit complet de l'avortement ; la prohibition de l'avortement ; un droit limité à certaines hypothèses) que la communauté peut rejeter, à terme, grâce à un vote politique plus général, grâce à une résistance profonde des juges, grâce à une inapplication massive de la loi, ou au contraire avaliser, adopter pleinement. Le même raisonnement pourrait être développé à propos des clauses abusives dans les contrats ; de l'inviolabilité du domicile, etc...

2) Moyens

Il y a plusieurs modèles préconstitués de raisonnement. Les juristes, friands de technique, ont développé et affiné ces modèles qui déterminent plus ou moins précisément tantôt le cadre du raisonnement (la démarche intellectuelle suivie par l'auteur), tantôt son contenu (l'argumentation).

a) La démarche intellectuelle

– L'une des constructions intellectuelles les plus utilisées en droit est le syllogisme. Né des réflexions de Parménide et d'Aristote, il développe une démonstration en deux temps (les prémisses) qui aboutit à une conclusion nécessaire. Ce syllogisme est, en théorie, appliqué par les juges français dans chaque décision judiciaire : la règle de droit (majeure), les faits (mineure), l'application du droit aux faits (conclusion) constitueraient les temps forts de la démarche intellectuelle d'un jugement. L'analyse des décisions de justice française montrera combien ce cadre est trop étroit, trop rigide (V. J. Carbonnier, droit civil t. 1, n. 4). L'étude de la doctrine montrera comment une erreur dans une des prémisses fausse l'ensemble de la démonstration.

– La philosophie cartésienne, essentiellement méthodologique, dégage deux moyens successifs de parvenir à la connaissance de la vérité : *l'intuition* (conception qu'on se fait d'une situation à la seule lumière de la raison, d'un examen attentif) puis la *déduction* (raisonnement plus technique où l'esprit, partant des connaissances certaines fournies par l'intuition, en tire les conséquences nécessaires). François Gény reprend l'idée dans son analyse du «*donné*» (le constat de la réalité et les règles d'action qui s'en dégagent naturellement, à l'état brut) et du «*construit*» (la mise en œuvre des règles données par transformation, amélioration, affinement, pour tous les cas où la règle brute ne suffit pas).

– La dialectique, que le marxisme a instauré en système, est également une méthode de pensée qu'utilise les juristes. La dialectique repose sur le postulat que le réel est un ensemble complexe de forces en opposition constante, de contraires dont les rapports évoluent sans cesse. Pour elle, le raisonnement qui veut décrire la réalité et son contexte doit adopter la même construction. Dans cette théorie, le point de départ est vrai. Mais il faut se garder de la simplification et de l'excès. Une des manies les plus critiquées des juristes français est de chercher à tout force deux idées qui s'opposent pour construire leur plan.

– La démarche classique du juriste est présentée comme une succession d'inductions et de déductions. De l'ensemble des faits et des règles, le juriste induit une règle générale (un principe ou une catégorie) qu'il appliquera ensuite à tous les cas concernés pour les résoudre (pour certains seul le législateur peut induire une règle générale, la communauté des juristes se contentant de déduire de la loi les solutions concrètes). Cette démarche repose sur la création et l'utilisation des catégories juridiques et de la qualification.

– La démarche intellectuelle en droit peut encore s'inspirer de démarches scientifiques ou littéraires, comme le modèle : analyse-synthèse, proche du précédent.

– Lassés de ces hésitations, parfois même de ces querelles de méthode, certains prônent le pragmatisme à l'anglaise, faisant une méthode de l'absence de méthode. Le réalisme et l'intuition sont, dans cette optique, les meilleurs guides du juge et du juriste. Une étude comparative des raisonnements judiciaires français et anglais sera très instructive. Elle permettra de mieux comprendre la méthode française (le syllogisme judiciaire : la règle, les faits, l'application du droit aux faits) et la méthode anglaise (la démonstration des avantages de la solution est bien plus importante que la règle qui pourrait la justifier ; et d'ailleurs la règle n'existe pas toujours).

Il y a toutefois un danger à trop étudier le seul raisonnement judiciaire : il n'est constitué que de thèses entièrement opposées qui ne s'enrichissent pas mutuellement. L'argumentation judiciaire est une argumentation destructrice de la thèse adverse ; elle n'a pas pour but d'engendrer une théorie médiane ; elle n'est pas constructive (Bachelard dirait qu'elle n'est pas une philosophie du non).

Le cadre tracé, encore faut-il le remplir.

b) L'argumentation

– La rhétorique énumérait les différents arguments qu'il est possible d'utiliser et déterminait l'ordre de leur présentation (argument a contrario, a fortiori (ou à plus forte raison), a priori (par analogie), a coherentia, de justice, d'opportunité...). Si son aspect formel a disparu, elle nous a légué quelques uns de ses plus beaux fleurons.

– La nouvelle logique juridique s'efforce d'analyser le raisonnement juridique «pour une meilleure compréhension du rôle de la raison dans l'action». L'École belge de Chaïm Perelman fait surtout porter son effort sur le raisonnement judiciaire, sur l'interprétation devant le juge et par le juge de la règle légale. Il serait tout aussi possible d'étudier le raisonnement effectué devant le législateur pour aboutir à une règle légale (voir les travaux du centre de philosophie du droit d'Aix ; Revue de la Recherche Juridique n. 8, 9 et 10 (1979-1981)). Dans chacun des deux cas il y a une procédure qui canalise les argumentations et, au terme, une décision qui tranche, ... provisoirement.

– La logique déontique se propose de créer une logique propre au droit ; inspirée de stucturalisme et de mathématique, elle veut intégrer tout à la fois les incertitudes du droit et la nécessité d'un raisonnement et d'une argumentation.

La pluralité des méthodes, le foisonnement des conceptions, la complexité des problèmes ne doivent pas décourager. Avant même de choisir il est utile de préparer son choix grâce à quelques opérations simples.

B - Propositions de méthode

1) Correctement formuler la question

La base de toute la construction intellectuelle qu'est le raisonnement doit être saine. Pour cela il faut accorder le plus grand soin à la façon dont le problème sera présenté : la mesure et l'origine de la difficulté, sa qualification, son contexte, ses enjeux, la forme et la portée de la question, tout mérite attention. Pour souligner l'importance de cette première phase, on a pu dire que «l'important pour l'homme de science n'est pas de trouver la solution mais de bien poser le problème». Le droit devient sous cet angle, et par paradoxe, l'art de poser les questions plus que celui de les résoudre.

Poser la question consiste à :

– dégager *le* problème à résoudre,

– écarter les problèmes qui seront traités séparément,

– éclairer le contexte *du* problème qu'on veut résoudre,

– orienter la recherche de la solution dans une voie.

2) Démontrer chaque solution

La force de conviction d'une démonstration est bien supérieure à l'affirmation de la solution sans démonstration. Une opinion ne peut devenir du droit que si elle est justifiée par une argumentation convaincante. Ne jamais se contenter de répondre à une question par oui ou par non mais toujours expliquer le *pourquoi* de la solution.

3) Conserver un esprit critique

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 à partir de documentations extérieures et à partir de la simple logique. Il pourra alors forger son opinion personnelle, avoir sa propre appréciation de la valeur d'une solution législative, jurisprudentielle ou doctrinale.

2 - LES CONNAISSANCES

Il faut ici encore en examiner *le contenu* (A) avant d'arrêter une *méthode* (B).

A - Contenu

Un certain volume de connaissances est nécessaire pour alimenter le raisonnement. Ces connaissances sont fournies par les codes et textes de lois, les revues, les ouvrages de doctrine, les recueils de jurisprudence et le cours. Il n'est pas nécessaire d'en ingurgiter tout le contenu. Il vaut mieux simplement savoir utiliser toutes ces compilations de règles, de théories et de solutions, savoir les manipuler, savoir où trouver les éléments du raisonnement. Pour cela, deux obligations : connaître les lignes essentielles de *chaque matière* et connaître les *instruments de recherche*. La connaissance des règles de détails fournit seulement un gain de temps, non un avantage définitif.

1) L'essentiel de chaque matière

Le droit forme un tout. Il n'y a pas de droit autonome, de matière totalement coupée des autres.

ex : Le droit civil des contrats ne peut être séparé du droit des contrats commerciaux, du droit des contrats administratifs, du droit du contrat de travail ou d'assurance, du droit des contrats internationaux, du droit fiscal ; le droit des contrats pénètre parfois le droit de la famille (le mariage est-il un contrat ?

Le contrat entre époux), la procédure civile (contrat devant le juge, arbitrage) le droit pénal (abus de confiance) le droit constitutionnel (la règle d'un contrat est-elle de la compétence de la loi ou de celle du règlement ?) etc... La même remarque pourrait être faite pour des notions plus techniques et étroites comme la signature ou la plus-value, ou plus large comme la fraude.

Toutes les matières que séparent les besoins de l'enseignement sont donc des branches d'un tout unique. Pour bien raisonner, il faudrait posséder les connaissances essentielles de chaque matière, sous peine de ne construire qu'un raisonnement incomplet. Cette nécessité souligne combien est nécessaire l'effort de *comparaison* entre les différentes branches du droit, entre les droits des différents pays, entre les différentes conceptions philosophiques, morales ou juridiques d'une même situation. Si les limites de l'esprit humain ne permettent pas d'atteindre l'objectif d'une connaissance universelle de l'essentiel, il est toutefois nécessaire de s'y efforcer.

2) Les instruments de recherche

Il consistent essentiellement aujourd'hui en ouvrages imprimés. Les cassettes, disques, films, microfiches, n'ont pas encore une grande diffusion en droit.

Ces ouvrages sont de plusieurs sortes, classés suivant leur contenu (ouvrages de doctrine, encyclopédies, codes, recueils de jurisprudence) ou leur présentation (livres, encyclopédies ou dictionnaires sous reliure mobile mis à jour plusieurs fois par an, revues périodiques : hebdomadaires, mensuelles, timestrielles...). La découverte et l'apprentissage s'en font surtout en bibliothèque.

ex : Voir les Méthodes générales de travail de Monsieur Henri Mazeaud, Paris, Montchrétien, 1977, coll. Nouveau guide des exercices pratiques, p 69 et s.

B - Proposition de méthode

1) Faire des choix

La principale difficulté qui attend le chercheur, lorsqu'il veut déterminer l'essentiel des connaissances qu'il doit posséder, est de savoir ce qui est essentiel, ce qui est superflu ou accessoire. Où est la limite, quel est le critère ? Faire des choix est le travail le plus délicat, le plus astreignant, tant pour celui qui veut apprendre que pour celui qui veut expliquer ou démontrer. La raison en est qu'il n'y a pas de critère.

ex : Tel étudiant qui sortira de composition en affirmant : «J'ai tout su» risque de se tromper non sur les connaissances qu'il a exprimées mais sur le choix de celles qu'il n'a pas exprimées. Tel avocat qui plaidera un argument plutôt qu'un autre, tel auteur qui appuiera sa démonstration sur une raison plus que sur d'autres peuvent effectuer un choix erroné. L'art est bien plus de choisir que de développer. Ceci explique pour partie l'importance du plan dans un exposé car le plan exprime un choix dans la démonstration.

2) Avoir une vision complète

Connaître l'essentiel, c'est aussi prendre en considération toutes les étapes de la solution d'une situation juridique. La *chaîne des connaissances* va du principe à l'exécution :

PRINCIPE ⟶ REGLE GÉNÉRALE ⟶ DROIT INDIVIDUEL ⟶ ACTION ⟶ EXÉCUTION

– *Le principe* : l'idée morale ou philosophique qui inspire de nombreuses règles.

ex : 1 - Égalité de tous les citoyens

2 - Droit d'être entendu avant d'être jugé

3 - Obligation de respecter ses engagements

– *La règle générale* : la règle qui s'applique à tous les sujets de droit. Cette règle peut être formulée en termes plus ou moins généraux, mais son application sera toujours générale.

ex : 1 - Égal accès aux services publics.

2 - Règle *audit alteram partem* affirmée par le Conseil d'État ; N. C. P. C. art. 14 et 15 (principe du contradictoire) ; jurisprudence sur l'exclusion d'un membre d'une association.

3 - Code civil art. 1134 ; pour le bail : obligation de payer le loyer : C. Civ. art. 1728.

– *Le droit individuel* : le droit qu'a chaque sujet de droit, en vertu de la règle générale, de se conduire conformément à cette règle et d'obtenir des autres qu'ils respectent envers lui cette règle.

ex : 1 - Droit de prendre l'autobus urbain, dans des conditions identiques à celles des autres usagers de même situation.

2 - Droit de répondre aux derniers arguments de l'adversaire.

3 - Droit de demander la résiliation d'un contrat de bail pour inexécution.

– *L'action en justice* : droit de saisir une juridiction pour que le juge aprécie le bien-fondé de la prétention de se conduire d'une façon conforme à la règle et d'en imposer aux autres le respect.

ex : 1 - Action ouverte devant le Tribunal administratif (après demande gracieuse) pour se faire reconnaître le droit de prendre l'autobus.

2 - Requête adressée au juge de la mise en état pour obtenir la communication forcée d'une pièce produite par l'adversaire.

3) Action en résiliation du bail devant le Tribunal de grande instance

– *L'exécution* : technique permettant d'imposer aux autres le respect d'un droit, sanction ou non par une décision de justice.

ex : 1 - Notification du jugement à l'administration ; action en responsabilité contre la puissance publique en cas de refus d'exécution ; astreintes.

2 - Demande ou injonction du juge de la mise en état de communiquer la pièce ou, en cas de refus, de la retirer du dossier.

3 - Notification du jugement , expulsion par huissier assisté de la force publique.

* 1ère remarque : aux divers degrés de cette chaîne des connaissances se greffent les réflexions philosophiques et sociologiques.

* 2ème remarque : suivant la situation ou la préoccupation qui l'anime, l'auteur du raisonnement aura tendance à négliger un ou plusieurs maillons de la chaîne.

ex : L'étudiant sera plus enclin à ne connaître que les principes et les règles, à la rigueur le droit individuel ; l'avocat connaitra mieux les règles, les droits, les actions et un peu l'exécution.

S'il est nécessaire d'adapter ses connaissances aux conditions de travail (l'étudiant qui compose sans document doit avoir en tête des règles qu'il pourrait aisément trouver dans un code ou un ouvrage : le conseiller qui doit répondre, à brûle-pourpoint, aux questions de la clientèle connaît par habitude un ensemble de règles de détails) il ne faut jamais perdre de vue la relation qui unit les différents maillons de la chaîne des connaissances et il faut s'efforcer, chaque fois que possible pour sa culture, d'embrasser l'ensemble de ces éléments.

La solution que le juriste aura conçue grâce à ses connaissances et à son raisonnement, il lui faut encore l'exprimer pour que les autres puissent en avoir connaissance.

II. – L'EXPRESSION D'UNE SOLUTION JURIDIQUE

Afin de communiquer avec autrui, de communiquer à autrui le raisonnement qu'il a conçu, le juriste est amené à s'exprimer. L'expression nécessite, tout autant que la conception, un effort. Effort de se faire bien comprendre, effort pour emporter la conviction que la solution préconisée est bonne et que sa valeur est liée à celle de son auteur.

Un arsenal de moyens d'expression, écrite ou orale, est à la disposition des juristes. Si cet arsenal n'est pas complet (on n'a guère vu de réunion publique, de spot publicitaire) il est assez varié. Chaque moyen d'expression obéit à son code, à ses règles propres : la dissertation diffère du commentaire de texte, et au sein du commentaire de texte il faut nuancer selon qu'il s'agit d'une loi, d'une arrêt ou d'un passage de doctrine ; la rédaction d'actes diffère du cas pratique, l'exposé oral de la plaidoirie. Chacun de ces exercices fera l'objet, durant vos études, d'une présentation et d'applications.

Seuls nous intéresseront ici les caractères communs à ces différents modes d'expression : tous visent le même but (parag. 1) par des moyens identiques (parag. 2).

1 - LE BUT

L'essentiel, dans la communication avec autrui, est de *convaincre*. Et pour aboutir à ce résultat, recherché par tout discours, il faut d'abord s'être fait comprendre.

Toute personne qui s'exprime, et l'étudiant en droit plus que tout autre, est jugée sur ce que le destinataire du message a compris. L'étudiant est jugé sur ce que le correcteur lit dans sa copie et non pas sur ce qu'il sait. Ce n'est pas au lecteur, à l'auditeur de faire l'effort de démêler un exposé confus, de traduire un langage hermétique ; c'est l'orateur qui doit parler clairement, c'est l'auteur qui doit écrire simplement.

Pour se faire comprendre, le juriste qui s'exprime doit redévelopper le raisonnement qu'il a conçu pour lui-même afin d'aboutir à la solution, à l'explication, à l'interprétation qu'il propose. Plus ce raisonnement sera limpide, plus sa force de conviction sera grande.

2 - LES MOYENS

On peut en indiquer deux : la clarté et la logique.

A - Clarté

Nul n'est parfait, en ce domaine moins qu'en d'autres. Un constat de simple bon sens peut toutefois servir de base de réflexion. En droit, le principal instrument de communication reste le langage ; ce langage ne doit pas être déformé sous peine d'induire en erreur le lecteur ou l'auditeur. En conséquence, il est bon :

– de s'exprimer correctement : soigner l'écriture ou la prononciation ; respecter les règles élémentaires de grammaire ; adapter ses phrases au style écrit ou oral.

– de s'exprimer simplement : ne pas recherche les tournures trop inhabituelles ou les termes ésotériques. Même dans un vocabulaire technique comme celui du droit, il est possible d'éviter le jargon.

Mieux même : la préoccupation *permanente* d'un juriste qui s'exprime doit être de faciliter au maximum la compréhension de ses paroles ou de ses écrits. Tout effort dans la présentation, le contenu ou la forme qui peut augmenter la commodité de l'audition ou de la lecture est le bienvenu. Plus le lecteur trouve d'agrément, plus il se laisse convaincre par l'argumentation.

B - Logique

Pour se faire comprendre, il est nécessaire d'amener le lecteur à la conclusion qu'on veut proposer et faire admettre : cette conclusion doit être acceptée par le lecteur et non pas lui être imposée. Pour qu'il l'accepte, il doit avoir suivi les étapes du raisonnement ; ces étapes doivent s'être enchaînées, de façon qu'il ait pu, avec l'auteur, former lui-même son raisonnement.

Pour éviter de dérouter le lecteur ou l'auditeur, et même pour le préparer au raisonnement qu'il va effectuer en même temps que l'auteur développe son exposé, il faut annoncer la démarche qui sera suivie : c'est le rôle du PLAN. Le plan, que les juristes français affectionnent particulièrement, n'est donc qu'un moyen : moyen de présenter *et de* canaliser *le raisonnement :*

– présenter le raisonnement, c'est-à-dire *annoncer* à l'avance les principales étapes, séparer *les idées, les arguments qui articulent la démonstration.*

– canaliser le raisonnement, c'est-à-dire empêcher les *retours* en arrière, éviter les *digressions* afin de centrer les développements sur le sujet traité.

CONCLUSION

Faire du droit, c'est donc essentiellement acquérir une méthode de réflexion et d'exposition. Cette méthode, qui reste quand on a tout oublié, seule une pratique constante peut permettre de l'acquérir, de la développer, de l'adapter et de la perfectionner. Cet exercice (nouveau ou non) ne peut être maîtriser que par l'entraînement. Saisissez donc les occasions de pratiquer, de vous juger vous-même (grâce à l'enregistrement) ou de vous faire juger (exercices en groupe, en T. D.) pendant vos études, avant que la vie professionnelle ne vous juge.

RÉFLEXIONS SUR LES MÉTHODES D'ENSEIGNEMENT

Par A. TUNC
Professeur à l'Université de Paris I - Panthéon - Sorbonne

Les propos qui suivent ne s'écartent-ils pas un peu de l'objectif de ce numéro spécial ? Les responsables de la Revue de la Recherche Juridique –une revue d'un genre unique en France– indiquent qu'ils destinent ce numéro aux étudiants, afin de leur donner des conseils de méthode leur permettant de mieux tirer profit de leurs études. Mes réflexions s'adressent à la fois aux étudiants et aux professeurs, et principalement même à ces derniers. J'espère pourtant qu'elles susciteront de la part des uns et des autres une réflexion leur permettant d'améliorer nos méthodes d'enseignement, ce qui entre, en définitive, dans l'objectif de ce numéro.

Ma mise en cause de nos méthodes d'enseignement est venue d'une question qui m'a été posée il y a déjà trente ans. On me permettra, sans autre préambule, de rappeler cette question, puis d'indiquer la réponse que j'y ai apportée et les résultats de mon expérience.

I. – LA QUESTION

Il y a une trentaine d'années, Arthur von Mehren, titulaire de la chaire de droit comparé de l'Université de Harvard, m'exprimait sa surprise à l'égard de nos méthodes d'enseignement.

A la fin de ses études, son université lui avait permis, pour se former à ses futures fonctions, de passer quelques années dans les universités européennes. Il avait, en particulier, étudié pendant un an à Paris et suivi le cours de droit civil de troisième année, qui était donné par un grand civiliste. Ce professeur était le co-auteur ou, plus exactement, le continuateur d'un excellent et très classique manuel de droit civil, et son enseignement oral était fondé sur ce manuel.

D'où la question d'Arthur von Mehren : «Vos étudiants ne savent-ils donc pas lire ? Comment se fait-il que vous leur fassiez perdre leur temps et le temps de leurs professeurs en obligeant ces derniers à répéter ce qu'ils ont antérieurement publié ? On ne peut certes pas reprocher à un professeur de reprendre son manuel, puisque celui-ci était destiné aux étudiants mêmes auxquels il s'adresse. Ce serait de sa part un artifice d'essayer de présenter les choses autrement. Mais ne serait-il pas possible au professeur de demander aux étudiants d'étudier chaque semaine par

eux-mêmes une tranche de son manuel et d'employer dans l'amphithéâtre d'autres méthodes d'enseignement, qui seraient beaucoup plus fructueuses pour les étudiants et beaucoup plus intéressantes pour lui ?».

Je ne sais si ceux qui liront la question d'Arthur von Mehren trouveront qu'elle est sans fondement. Quant à moi, il m'est apparu qu'elle méritait réflexion. Des sculpteurs nous montrent les étudiants du Moyen Age prenant des notes aux pieds de Thomas d'Aquin ou d'Abélard. Depuis ce temps, l'imprimerie a été inventée. Si nos étudiants de troisième année ne sont pas capables de lire par eux-mêmes un ouvrage de droit, c'est que les études juridiques ne leur conviennent pas.

A partir de cette réflexion, j'ai expérimenté d'autres méthodes d'enseignement (1).

II. – MA RÉPONSE

A vrai dire, le cours magistral ne me semble pas le moins du monde inutile en première année et même sans doute l'année suivante.

A un étudiant qui ignore tout du droit, il me semble très profitable de suivre un cours magistral. La parole porte plus que le livre. En écoutant un bon professeur, l'étudiant s'initie donc à la manière de penser du juriste d'une façon non seulement plus facile et plus vivante, mais plus fructueuse pour lui. Cette méthode le laisse dans une attitude passive, c'est vrai. Mais l'inconvénient paraît faible au début des études.

A partir de la seconde année peut-être et, en tout cas de la troisième, il me semble en revanche que nous devrions rompre avec cette méthode. Elle constitue à mes yeux, comme aux yeux d'Arthur von Mehren, un gaspillage de temps. J'aimerais que le professeur puisse parfois donner un cours d'une heure, ou même de trois heures ou plus, sur une notion intéressante, une idée, une institution nouvelle. Mais j'aimerais aussi que, parfois, il arrive sans avoir rien à dire et simplement pour répondre aux questions des étudiants ou discuter avec eux de ce qu'ils ont étudié. D'autres fois, il commenterait un arrêt ou leur exposerait le contenu de documents. Ce seraient là, me semble-til, des méthodes demandant à l'enseignant un plus gros effort, mais rendant en même temps son effort plus intéressant. Surtout, elles exigeraient des étudiants une participation active à leur propre formation et leur donneraient une vue du droit plus vivante, plus profonde et plus proche des réalités. Elles donneraient aux étudiants de licence et de maîtrise une formation les rapprochant de celle des étudiants de troisième cycle.

Depuis plusieurs années, je propose cette méthode de travail aux étudiants auxquels j'enseigne les grands systèmes de droit contemporains. Dès la première heure, je les préviens que je me refuse radicalement à faire cours. Je les prie d'acheter soit le manuel de René David, soit mon cours polycopié qui est publié par l'Université

(1) Comparer : L'enseignement du droit aux États-Unis et en France du point de vue de sa méthode, Rev. int. dr. comp. 1954, p 515.

à prix coûtant et sans que je reçoive aucun droit d'auteur. Simultanément, je mets à leur disposition une fiche portant le programme de travail et leur indiquant quelles matières nous étudierons chaque semaine. Je leur explique pourquoi j'emploie cette méthode et je leur indique que le «cours» sera essentiellement consacré à répondre aux questions qu'ils voudront me poser pour clarifier le manuel ou le document polycopié et à discuter avec eux des différentes observations qu'ils voudraient présenter. Bien entendu, pour le cas où l'auditoire n'aurait pas beaucoup de réaction, j'apporte toujours des documents ou des arrêts que je commenterais durant le temps libre.

C'est également la méthode que j'emploie depuis quelques années pour les cours de droit anglais et de droit américain des sociétés anonymes. Pour le premier, j'ai publié un manuel et passé un accord avec l'éditeur. Celui-ci vend à mes étudiants l'ouvrage à prix réduit, étant donné que je renonce moi-même à tout droit d'auteur. Pour le droit des États-Unis, mon cours, beaucoup plus sommaire d'ailleurs, est ronéoté par les soins de l'Université et vendu à prix coûtant. Dans ces conditions, je n'ai pas de scrupules à demander à mes étudiants, soit de consulter ces ouvrages, soit —ce qui est infiniment plus pratique et relativement peu coûteux— de les acheter. Les heures que je passe en face d'eux sont donc utilisées à répondre à leurs questions, à souligner l'importance d'une idée ou d'une institution et, éventuellement, à rendre compte des derniers développements du droit.

Cette méthode est-elle un succès ? Je ne saurais l'affirmer, mais je vais m'en expliquer plus en détail.

III. – L'EXPÉRIENCE

Mes étudiants de grands systèmes de droit contemporains sont évidemment étonnés du genre de travail que je leur propose. Je crois que, dans l'ensemble, ils en sont très satisfaits au début. Parfois même certains sont enthousiastes et me proposent de développer la méthode, de créer des groupes de recherche pour approfondir des questions.

L'enthousiasme ne tarde pas à décroître. Je me trouve en effet en présence d'étudiants m'expliquant qu'à leur grand regret, ils ne pourront pas venir au cours, du fait, par exemple qu'ils sont salariés. Ils me demandent s'ils ne sont pas condamnés à l'échec à la fin de l'année. Je les rassure très franchement, en leur disant que la seule connaissance du manuel de René David ou de mon cours polycopié est suffisante. Il apparaît donc clairement que la participation au «cours» est un luxe.

De ce fait, les étudiants se rendent mieux compte encore lorsque commencent les travaux dirigés, c'est-à-dire quinze jours seulement après le début de l'année universitaire. J'organise nos travaux dirigés de manière à ce qu'ils ne fassent pas double emploi pour les étudiants avec le «cours». Cependant, les travaux dirigés chargent leur emploi du temps et je vois les effectifs de l'amphithéâtre fondre graduellement. Bien entendu, les vacances de Noël entraînent une nouvelle démobilisation.

Je précise que, jadis, je traitais d'abord, après une assez longue introduction générale, des droits anglais et américain avant de passer aux droits socialistes. Les droits socialistes sont un sujet qui intéresse particulièrement les étudiants, d'autant plus que j'estime totalement vain et contraire à la réalité scientifique de prétendre qu'étudiant les droits socialistes, nous allons faire du droit sans faire de politique. Les effectifs se maintenaient donc à un certain niveau jusqu'au bout. Actuellement, nous avons été obligés de commencer les travaux dirigés par les droits socialistes, parce qu'ensuite les étudiants sont divisés en anglophones et germanophones. Pour coordonner l'enseignement en amphithéâtre avec les travaux dirigés, je suis donc obligé de commencer moi-même par les droits socialistes. C'est ensuite seulement que j'arrive aux droits anglais et américain. Ces derniers me semblent très intéressants sur le plan technique, plus intéressants même que les droits socialistes. Mais ils sont à peu près dépourvus du piment de la politique. Et je termine souvent le semestre avec un auditoire que je pourrais qualifier de très sélectionné, en ce sens qu'il est à la fois très motivé et fort peu volumineux.

Je serais donc le dernier à prétendre que le bilan de l'expérience est entièrement positif.

La situation heureusement est différente pour l'enseignement des droits anglais et nord-américain des sociétés anonymes. La matière est suffisamment difficile et suffisamment technique pour que je conserve les effectifs jusqu'au bout. La méthode, dans ces matières, me semble vraiment fructueuse, à la fois pour les étudiants et pour le professeur. Nous avons, soit à ces cours, soit à plus forte raison aux séminaires qui suivent, des discussions qui me semblent véritablement intéressantes. Si je devais tout enseigner de A à Z, je serais loin de pouvoir souligner de la même manière les idées-forces ou les institutions originales.

La méthode que j'emploie depuis quelques années est ainsi un demi-échec. Je crois pourtant qu'elle mériterait la réflexion de mes collègues et des étudiants. L'échec me semble tenir pour une part aux habitudes de ces derniers, qui n'osent guère poser de questions, qui n'ont pas pris dans nos facultés l'habitude de réagir personnellement, qui attendent qu'on leur dicte quelque chose pour qu'ils enregistrent passivement. Sans reprendre des propositions plus ambitieuses, que pourtant je ne renie pas (2), je voudrais au moins proposer un modeste changement à nos habitudes. La Faculté de droit d'Aix a la chance de posséder dans son corps enseignant des professeurs particulièrement brillants. Peut-être réussiront-ils mieux que moi à susciter l'intérêt de leurs étudiants.

---

(2) Sortir du néolithique, Dalloz 1957, chr. 71.

DROIT CONSTITUTIONNEL ET TRAVAUX DIRIGÉS

Par le Recteur M.-H. FABRE
Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-en-Provence

Le droit civil et le droit administratif se prêtent mieux que le droit constitutionnel à des épreuves pratiques, à la préparation desquelles les travaux dirigés sont officiellement destinés. Il est en effet moins aisé de faire commenter un jugement ou de poser un problème concret en droit constitutionnel que dans les autres disciplines. La jurisprudence du Conseil constitutionnel, cependant, vient fournir désormais certains matériaux au constitutionnaliste, mais la difficulté n'est que partiellement levée, car le commentaire au fond des décisions du Conseil constitutionnel intéresse généralement davantage les libertés publiques que le droit constitutionnel proprement dit. Cependant j'ai pris parti de réserver une large part des séances de 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, formation que postule «la composition théorique» ou dissertation classique, 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.

L'importance que j'attache au commentaire de textes me pousse à formuler à son endroit trois observations.

1 - Le texte à commenter doit être scrupuleusement choisi de telle sorte que le plan du commentaire s'en dégage nécessairement, faute de quoi on risque un commentaire sans rapport avec le texte, bref qui n'en soit pas un. Par exemple l'article 1er de la loi du 20 novembre 1873 emporte un commentaire en deux parties, tandis que la déclaration bien connue de M. Poher sur le sénat du 11 octobre 1977 sera commentée en trois parties.

2 - Le commentaire systématique d'une constitution article par article (par exemple la constitution du 4 octobre 1958) pourra former une excellente technique d'étude. Encore faut-il qu'il ne soit que l'autre bout de la lorgnette, j'entends que pour qu'il donne tous ses fruits, l'enseignement théorique de la constitution l'ait précédé.

3 - Le commentaire pourra porter non seulement sur un texte bref (un ou quelques articles constitutionnels) mais encore sur la totalité d'une constitution qu'il s'agira de qualifier eu égard aux grands principes, (par exemple : qualifier le sénatus-

consulte du 8 septembre 1869). Ou encore le commentaire se déguisera sous la forme d'une comparaison à établir entre deux constitutions, la première devra être qualifiée par rapport à la deuxième (par ex : vous relèverez pour chaque article constitutionnel qui suit, les ressemblances et, éventuellement, les différences entre la constitution Togolaise du 30 décembre 1979 et la constitution française du 4 octobre 1958).

D'autres épreuves pratiques que le commentaire sont concevables. Voici une liste de mécanismes intellectuels dans un ordre gradatif :

1 - Rechercher à travers le texte d'une constitution l'application de certaines techniques constitutionnelles. Il y aura intérêt à conduire la recherche d'abord d'une manière analytique, article par article, paragraphe par paragraphe, puis à passer à la synthèse en regroupant les différents articles selon un plan conceptuel.

Par exemple : dans quelle mesure le fédéralisme des États (fédéralisme classique) est-il consacré par la constitution des États-Unis du 17 septembre 1787, ou par la constitution fédérale suisse du 29 mai 1874 ou par la loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 ?

– Dans quelle mesure le fédéralisme des peuples (fédéralisme stalinien) est-il adopté par la constitution fédérale yougoslave du 21 février 1974.

– Dans quelle mesure les techniques de séparation des pouvoirs se retrouvent-elles dans les lois constitutionnelles de 1875 ou dans la constitution du 27 octobre 1946, ou dans la constitution des États-Unis de 1787 ?

– Dans quelle mesure le principe de souveraineté du peuple inspire-t-il le projet de constitution de 19 avril 1946, ou comment les principes de souveraineté nationale et de souveraineté du peuple se combinent-ils dans la constitution du 27 octobre 1946 ?

2 - Corriger les erreurs de droit ou de fait qui ont été volontairement glissées soit dans un canevas constitutionnel totalement imaginaire (à propos de l'application d'une constitution française ou étrangère) soit dans une perspective d'histoire constitutionnelle (par ex : à propos du fonctionnement historique de la constitution du 4 novembre 1848).

3 - Appliquer les différents types de scrutin à une élection législative, c'est l'exercice pratique par excellence. En particulier, à partir des suffrages exprimés en 1973 (ou 1978, ou 1981) dans un ou quelques départements, utiliser la représentation proportionnelle et confronter les résultats qu'on en obtient avec ceux de l'élection législative au scrutin nominal.

4 - Redresser le système d'une constitution compte tenu des insuffisances techniques ou historiques qu'elle a révélées. Les thèmes suivants seront par exemple, proposés aux étudiants :

– Rendre la constitution des U. S. A. de 1787 la plus présidentielle possible.

– Député libéral en 1830, vous êtes prié d'apporter à la charte de 1814, outre les modifications historiques que celle-ci a subie, toutes autres qui vous paraitraient indispensables à l'établissement officiel du régime parlementaire.

– Supprimer dans le texte de la constitution du 4 novembre 1848 les modalités qui ont permis l'échec historique (N. B. : ne pas toucher au gouvernement présidentiel).

– Compte tenu de l'affaire du Watergate, faire des propositions tendant à amener la constitution fédérale du 17 septembre 1787, par suppression, modification, ou adjonction, en sorte qu'à l'avenir un autre scandale, s'il se produisait, ne puisse plus emporter les mêmes conséquences constitutionnelles, directes ou indirectes.

5 - Transformer le système d'une constitution, étant entendu que cette transformation se limitera au minimum indispensable (il ne s'agit pas de refaire une constitution totalement nouvelle).

Par exemple :

– Substituer le fédéralisme classique au fédéralisme stalinien dans la constitution fédérale soviétique du 7 octobre 1977.

– Substituer le gouvernement parlementaire à la dictature dans la constitution fédérale soviétique du 7 octobre 1977.

– Substituer le gouvernement présidentiel au gouvernement parlementaire dans les lois constitutionnelles de 1875.

– Substituer le gouvernement parlementaire au gouvernement présidentiel dans la constitution des États-Unis du 17 septembre 1787.

– Assouplir la constitution des 3 - 14 septembre 1791.

– Indiquer à propos de certains articles (qui sont donnés à l'étudiant) de la constitution du 4 octobre 1958, l'interprétation et l'application qui pourraient en être faites de telle sorte qu'une lecture parlementaire se substitue à la lecture gaulliste dans le fonctionnement des institutions de la Vème République, sans pour autant qu'il y ait lieu à révision constitutionnelle.

6 - Obtenir de l'étudiant un travail essentiellement positif et constructif, avec des thèmes tels que :

– En 1815, Napoléon Ier charge B. Constant de rédiger l'acte additionnel aux constitutions de l'Empire. On vous demande de préparer le rapport que B. Constant adresse à l'empereur pour lui expliquer les raisons d'adopter ce projet.

– Vous êtes expert en droit constitutionnel auprès d'un candidat à la présidence de la République ; celui-ci vous charge d'établir un projet de discours sur la défense (ou la condamnation, des institutions de la Vème République.

– Dans la querelle éternelle des partis politiques autour du scrutin pour l'élection des députés, montrez quel est le système préférable.

– Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, vous interrogez à l'oral un étudiant sur le rôle constitutionnel de Léonid Bréjnev. On vous prie de rédigez les questions qu'implique l'interrogatoire et de noter sur 20 la valeur de celui-ci.

– Rédigez article par article la constitution d'une république parlementaire en prenant pour modèle d'organisation des pouvoirs publics les lois constitutionnelles de 1875 (l'étudiant n'en possèdera pas le texte).

S'agissant de l'organisation des T. D., je préconise résolument la centralisation. Cela signifie :

1 - que les étudiants des différents groupes fassent chaque semaine un exercice identique, fixé par le professeur en fonction de l'avancement du cours.

2 - que le professeur expose lui même aux chargés de T. D. le contenu et la méthode des exercices dans une séance préparatoire couvrant trois ou quatre semaines au maximum. Une telle méthode présente un inconvénient : les étudiants des premiers groupes risquent de «refiler» la solution de l'exercice à leurs camarades des groupes ultérieurs. Mais outre que le chargé de T. D. débusquera les tricheurs, ce défaut est largement compensé par l'unité de formation dont bénéficieront les intéressés.

CONSEILS ET MÉTHODES - DROIT CONSTITUTIONNEL

Par Ch. CADOUX
Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-en-Provence (1)

En guise d'introduction à ce recueil de textes qui sera un document de travail essentiel pour ceux qui choisissent le Droit Constitutionnel en épreuve pratique, on voudrait donner ici quelques informations sommaires et conseils.

L'expérience montre, en effet, que les étudiants qui entrent en première année d'Université sont souvent déroutés à la fois par les matières et par les méthodes (ou absence de méthodes ?) d'enseignement. L'adaptation est plus ou moins longue et difficile, elle est toujours «faisable».

Comment travailler ?

Il n'est peut-être pas inutile de rappeler les points suivants :

– S'informer tout d'abord sur le «système général», en consultant les brochures insérées dans le dossier d'inscription, le guide de l'étudiant et aussi... les camarades ayant déjà effectué cette première traversée.

– Se mettre au travail dès le début de l'année, sans oublier que l'enseignement universitaire ne court que sur 25 semaines et que les mois et les jours passent bien vite. Difficile de rattraper les semaines perdues.

– Organiser son travail, c'est-à-dire se donner une méthode de travail : répartition du travail dans la semaine, lecture nécessaire, prises de notes au cours, préparation des séances de T. D. et des «colles», sans négliger pour autant ni le sport ni les distractions indispensables. Un étudiant «organisé» peut faire beaucoup de choses tout en travaillant sérieusement.

– Se donner une discipline personnelle en raison même de l'absence de contraintes qui caractérise l'enseignement supérieur. L'assistance obligatoire aux séances hebdomadaires de travaux dirigés est l'unique contrainte véritable. Ce n'est pas énorme ! Pour le reste, l'étudiant est libre de disposer de son temps comme il l'entend. A lui de jouer !

---

(1) Avec la collaboration de M. Chérot, Assistant à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-en-Provence

– Savoir qu'un cours, toujours limité dans le temps –les heures sont de cinquante minutes– ne peut apporter que des éléments de base pour la réflexion, qu'il doit être complété par le travail personnel (lecture, analyse critique, mise à jour éventuelle en cours d'année, lecture de la presse). Incontestablement, il y a, en première année surtout, un effort à faire pour la connaissance d'un vocabulaire plus ou moins spécialisé (et parfois politisé). Ne pas hésiter, si on en a le courage, à faire son petit «lexique personnel» pour les mots et les expressions les plus importants. Il faut toujours savoir de quoi l'on parle si l'on ne veut pas parler à tort et à travers (ce qui est toujours regrettable à l'examen).

– Savoir aussi qu'on ne peut jamais (enseignant et a fortiori étudiant) tout savoir, et qu'il faut distinguer le principal de l'accessoire. L'effort de mémoire –qui s'effectue essentiellement par un travail régulier en cours d'année– est nécessaire, mais il est, contrairement à des idées reçues, sans doute moindre en droit qu'en d'autres disciplines. Il ne s'agit pas d'apprendre par cœur, mais avec discernement et liberté d'esprit : il faut connaître les techniques et les faits, le jugement reste libre. Un enseignant ne demande pas (ou, en tout cas, à notre avis, ne doit pas demander) la «répétition de son cours», mais une connaissance intelligente de la matière qu'il a enseignée –en posant bien sûr comme axiome qu'il ait fait un cours intelligent...–.

– Ne jamais hésiter à solliciter informations ou explications auprès des enseignants, soit à l'issue du cours, soit en séance de T. D.. Le Professeur n'aura jamais réponse à tout mais il pourra, sans doute, aider à surmonter les difficultés passagères. C'est d'ailleurs son rôle !

Et le plan ?

Voilà la grande question ! Celle qui en tout cas préoccupe, à juste titre, l'étudiant en vue de l'examen. Il faut en souligner l'importance, mais sans verser dans l'exagération : il y a sur ce point des idées toutes faites qu'il faut dissiper quelque peu.

Effectivement, un devoir écrit est une «composition» (comme on disait jadis) qui exige un certain *ordre* dans l'exposé des idées, donc un plan. Mais il ne faut pas tomber dans l'excès de formalisme. Il n'y a jamais «un seul bon plan» pour un sujet, mais il y toujours une manière plus ou moins intelligente –ou simplement habile– de développer un sujet. C'est à cet exercice, notamment au cours des T. D., qu'il faut s'entraîner. Le problème du plan se présente d'ailleurs de façon différente selon le type de l'épreuve écrite. En ce qui nous concerne, nous ferons les suggestions suivantes.

A - L'épreuve théorique

(Les étudiants qui ont choisi le Droit Constitutionnel en matière de T. D. n'auront pas à composer sous cette forme en Droit Constitutionnel).

Il s'agit, selon la terminologie française, d'une dissertation écrite en trois heures sur un sujet choisi par le candidat entre deux thèmes ou questions qui lui sont proposés, et qui peuvent être soit très différents l'un de l'autre, soit très voisins. Cela est laissé à l'initiative du professeur.

Ce type d'épreuve exige un plan précis, bien structuré, puiqu'il s'agit de développer au mieux quelques idées à propos d'une institution, d'une règle juridique, d'un régime politique, etc.

La tradition classique dans les facultés de droit est (ou était) celle du plan en deux parties (I, II) chacune comprenant deux sous-parties (A, B), elles-mêmes subdivisées en deux points (a, b), chacun comprenant un 1/ et un 2/...

N'exagérons pas, surtout en première année de DEUG ! Personne n'impose un tel corset, d'autant plus que l'étudiant n'a que trois heures pour penser... et rédiger. Pratiquement, voici nos recommandations :

– Faire une introduction pour situer le sujet (sans remonter systématiquement à l'antiquité ou plus haut dans le temps), pour signaler quelques points se rapportant au sujet mais qui n'appellent pas de développement particulier, pour évoquer certains aspects du problème, pour préciser éventuellement la terminologie ou indiquer le sens dans lequel on conçoit le sujet (surtout si celui-ci est posé de façon très large). Terminer l'introduction par une *annonce précise* du plan retenu (en deux ou trois lignes, et non pas en une page plus ou moins incertaine). Il s'agit tout simplement d'annoncer au lecteur (et correcteur) de quoi l'on va parler sur le fond. Selon une bonne technique, l'annonce du plan peut très bien être faite en une seule phrase.

– Le développement du sujet peut se faire en deux ou trois parties, en fonction des deux ou trois idées principales que l'on estime devoir exposer à propos du thème retenu. Ne pas aller au-delà de trois parties car l'exposé risque alors de prendre l'allure d'une simple énumération et non pas d'une réflexion.

En fait, l'expérience, ou l'habitude française, montre que la plupart des sujets peuvent être traités correctement en deux parties, que l'on peut toujours trouver deux idées directrices pour amener le sujet. Cela ne condamne pas pour autant le plan en trois parties (plan chronologique, par exemple en trois périodes bien distinctes, ou plan dialectique du type thèse - antithèse - synthèse).

Il est préférable, à notre avis, de donner un titre à chaque partie, même très simple (du type ressemblances / différences s'il s'agit d'une comparaison, ou avant / après s'il s'agit d'une évolution historique, ou encore conditions / effets, Statut / pouvoir, etc). Cela donne un fil conducteur qui est utile aussi bien pour l'auteur de la composition que pour le correcteur.

Dans un plan bien conçu, le passage de l'une à l'autre partie s'impose de lui-même. C'est la fameuse transition. Ou bien l'on transite correctement, ou bien l'on se contredit ou se répète (ce qui est signe, évidemment d'un mauvais plan).

A l'intérieur de chaque partie, ne pas se croire obligé de faire deux sous-parties (A,B). On peut aussi bien en faire trois (A, B, C) si le développement l'impose, voire plus. Inutile, en tous cas pas indispensable de donner des sous-titres. L'essentiel est de répartir en paragraphes distincts les différents éléments qui viennent à l'appui du développement de chaque partie.

– En ce qui concerne la *conclusion*, pas de formalisme excessif non plus. Si tout a été dit auparavant, pas besoin de «faire une conclusion». Si, au contraire, on réserve pour la fin son jugement personnel, il faut alors l'exprimer, mais en quelques lignes et non pas en plusieurs pages.

Ce qu'il faut éviter, c'est aussi bien de faire une conclusion très longue et très vague qui semble (par erreur ou précipitation) contredire ce qu'on a exprimé précédemment ou de donner au lecteur l'impression que l'on s'arrête brusquement en cours de route... et qu'on le laisse en plan !

Pour ma part, j'aime assez qu'on me fasse comprendre, en quelque lignes ou moins, que c'est «fini».

- Deux défauts majeurs à éviter dans une épreuve écrite

Les répétitions (sinon la contradiction) .. qui suscitent en marge de la composition ces redoutables appréciations du correcteur : «déjà dit» ou «vous vous contredisez».

Les barbarismes (faute de syntaxe) et les fautes d'orthographe. Il y a un seuil de tolérance pour les fautes d'orthographe qu'aucun étudiant ne peut honnêtement transgresser, même aujourd'hui. A l'époque où existait le certificat d'études primaires toute dictée comportant plus de cinq fautes d'orthographe valait zéro. C'était le bon temps ?

B - L'épreuve pratique

Les défauts majeurs que l'on vient d'évoquer y sont tout autant condamnables.

Cela dit, ce type d'épreuves est susceptible d'exercices très variés et, à titre d'exemples, nous donnons ci-après une liste en ce qui concerne le Droit Constitutionnel.

Le problème du plan est ici moins préoccupant compte tenu de la variété de ces exercices. On retiendra comme idées directrices en ce domaine :

– Nécessité de faire une introduction, fût-elle rapide, pour situer le texte à commenter, et, autant que possible, une brève conclusion.

– Nécessité de «coller» au texte à commenter, ce qui implique une analyse des idées essentielles qu'il contient et une appréciation. On n'hésitera donc pas à découper le commentaire en autant de parties ou paragraphes correspondants.

Il est possible qu'un plan en deux ou trois parties convienne à un commentaire de texte, mais il ne faut pas se croire obligé de faire ainsi. Un bon commentaire est celui qui fait ressortir les éléments importants d'un texte, quelque soit la forme utilisée.

S'il s'agit d'une série de questions, on se bornera évidemment à répondre à ces questions aussi clairement que possible.

– Ne pas hésiter, dans un commentaire de texte, à préciser tel ou telle expression, à les situer éventuellement dans leur contexte historique, politique, voire philosophique. Tout ce qui peut apporter une «explication» relève du commentaire.

– Éviter les pièges les plus fréquents dans ce genre d'épreuve : la paraphrase et l'addition en vrac de connaissances plus ou moins exactes. On les évitera à coup sûr en s'efforçant de construire le commentaire à partir des idées (ou affirmations) principales contenues dans le texte.

La paraphrase, c'est la redite, en moins bien, de ce qu'un auteur a écrit alors que le commentaire consiste à dire «ce que l'on pense» de ce qui est dit dans le texte en donnant des arguments.

Faire une comparaison, c'est dégager des ressemblances et des différences (et les approfondir) entre citations, articles, ou autres points de vue sur un problème, et non pas exposer successivement l'une et l'autre citation, article etc. Additionner, n'est pas comparer.

*
* *

Cohérence d'esprit, clarté et expression correcte sont les trois qualités fondamentales d'un devoir écrit (et aussi bien d'une interrogation orale). Cela suppose évidemment un minimum de connaissances techniques appuyées sur quelques exemples bien choisis.

Dans tous les cas, la faculté de raisonnement et l'esprit de synthèse sont plus importants qu'une connaissance encyclopédique. C'est cela qu'il faut viser par un travail intelligent et régulier, et c'est à la portée de tout étudiant décidé à travailler.

TYPES DE SUJETS «ÉPREUVES PRATIQUES» EN DROIT CONSTITUTIONNEL

I - Commentaire de texte

– Commenter l'opinion d'un auteur, ou un extrait de presse.

– Expliquer un texte, soit un ou plusieurs articles d'une Constitution, soit un passage d'un ou plusieurs textes législatifs ou projets, etc...

– Commenter et comparer deux citations d'auteur, ou deux jugements sur une institution, ou deux articles de Constitution, etc.

– Commenter et analyser un arrêt concernant un problème de droit constitutionnel.

– Étude et analyse d'une Constitution complète (pour en dégager les principaux traits caractéristiques).

II - Élaboration d'un texte

(à partir de données de base qui vous sont fournies ou indiquées).

– Élaboration d'un projet de Constitution (par exemple de type parlementaire classique). A rédiger sous forme d'articles.

– Correction de texte (par exemple on vous remet un texte de Constitution qui comporte des erreurs. Il faut les relever et opérer, article par article, la rectification qui s'impose).

– Rédaction d'un rapport (par exemple, on suppose que vous êtes Conseiller d'un homme politique qui vous demande un rapport sur tel(s) ou tel(s) point(s) de droit constitutionnel ; vous devez rédiger le rapport. Type de sujet pratique qui s'apparente à l'épreuve théorique de dissertation).

III - Questions-réponses

– Série de questions plus ou moins vastes auxquelles il faut répondre successivement avec précision en mettant l'accent sur les aspects significatifs (ce type d'épreuve oblige à aller à l'essentiel, à ne pas tout dire mais à choisir sa réponse).

– Exercices pratiques sur les modes de scrutin à partir de données de base qui vous sont fournies (c'est peut-être le seul exercice «arithmétique» qui soit possible en Droit Constitutionnel de 1ère année de licence).

MÉTHODES DE TRAVAIL POUR LES ÉTUDES DE DROIT PRIVÉ

Par B. VIAL ET C. ATIAS
Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

SOMMAIRE

Pages

CHAPITRE I

Lecture d'un texte juridique 72
Section I - Éléments de syntaxe 72
Section II - Particularités des textes juridiques 77
Par. 1er - Textes de lois 77
Par. 2 - Décisions de justice 80
Section III - Utilité d'une méthode de lecture 84

CHAPITRE II

Préparation du commentaire d'un texte de loi 85
Section I - Indices à relever 87
Section II - Analyse critique 88

CHAPITRE III

Préparation du commentaire d'une décision de justice 92
Section I - Démarche préalable 93
Section II - Analyse critique 93

CHAPITRE IV

Préparation de l'étude d'un cas pratique 100

CHAPITRE V

Rédaction d'une décision de justice 101

CHAPITRE VI

Règles générales de rédaction 101
Section I - L'argumentation juridique 101
Section II - L'introduction 104
Section III - Brèves indications sur le plan 106
Section IV - Orthographe, propriété des termes 108

PRÉSENTATION

L'étudiant en droit privé doit démontrer son aptitude à raisonner en juriste ; il est en Faculté de Droit pour l'acquérir. Devant une espèce, une décision ou un texte, sa réaction doit être, non seulement de bon sens, mais aussi de ce sens affiné de la justice que donne la fréquentation assidue des lois, de la jurisprudence, de la doctrine. Le juriste est celui qui sait profiter des indications fournies par ces guides-là et aussi par l'histoire, l'économie et la sociologie, notamment.

Le présent memento a été rédigé par deux enseignants, l'un responsable d'un cours magistral, l'autre de groupes de travaux dirigés. Son objectif est d'aider les étudiants à s'initier aux méthodes juridiques, à la *méthode juridique*. Il ne s'agit pas d'un recueil de recettes pour réussir à l'examen. La seule recette infaillible consiste à lire du droit dans les lois, les décisions de justice et dans les œuvres doctrinales, puis à réfléchir. Pourtant, ces lectures et ces réflexions seront peut-être plus faciles et plus utiles si quelques clés élémentaires sont livrées aux étudiants débutants. Ce document n'a pas d'autre ambition que de leur révéler les démarches les plus classiques et les plus éprouvées ; ce sont celles qui ont fait la gloire de l'école française de droit depuis Irnerius, «Lucerna juris».

S'ils se limitent, pour l'essentiel, aux exercices que les étudiants considèrent comme pratiques, ces quelques conseils ont une valeur générale, car il n'y a pas deux façons d'être un bon juriste.

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

– H. MAZEAUD, Nouveau guide des exercices pratiques pour les licences en droit et en sciences économiques, Méthodes générales de travail, Montchrestien, 1977, 129 p.

– R. MENDEGRIS, Le commentaire d'arrêt en droit privé, Dalloz, méthodes du droit, 1975, préface P. CATALA, 82 p.

– J.-L. SOURIOUX et P. LERAT, L'analyse de texte, méthode générale et applications au droit, Dalloz, méthodes du droit, 1980, 81 p.

CHAPITRE I.
LECTURE D'UN TEXTE JURIDIQUE

Un texte de droit français est, d'abord, un texte écrit en français et, ensuite, un texte juridique.

En conséquence, une lecture correcte suppose une bonne connaissance de la structure logique de la phrase française ; des difficultés propres à la langue juridique doivent également être surmontées.

Les indications qui suivent servent à préparer l'analyse et le commentaire d'un texte juridique. Les renseignements d'ordre grammatical et syntaxique recueillis ne doivent, *en aucun cas*, figurer tels quels dans le commentaire rédigé. Ils ont pour seul intérêt de permettre une vérification : n'ai-je rien oublié dans le contenu du texte ? Ai-je bien compris ce texte ?

SECTION I - ÉLÉMENTS DE SYNTAXE

Voici les principaux éléments de syntaxe française qui permettent de repérer les parties essentielles du «discours» et de comprendre les liaisons logiques qu'elles entretiennent entre elles !

I - Les propositions.

a) Il peut arriver qu'un texte comporte une *proposition unique*. C'est, alors, très souvent un texte important, voire fondamental qui pose un principe.

Article 372 du Code civil :
«Pendant le mariage, les père et mère exercent en commun leur autorités.»

Article 1131 du Code civil :
«L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.»

b) Plus fréquemment, le texte comporte plusieurs propositions.

1 - L'affirmation majeure est, alors, contenue dans une *proposition principale* (du moins le plus généralement).

Article 237 du Code civil :
«*Un époux peut demander le divorse, en raison d'une rupture prolongée de la vie commune*, lorsque les époux vivent séparés de fait depuis six ans.»

La proposition principale est ici celle qui indique, à la fois, l'objet de la disposition (divorce dans le cas de rupture de la vie commune) et la règle elle-même (possibilité de divorcer). Il est souvent bon de se demander quel *intitulé* pourrait être donné à la disposition ; c'est généralement dans la proposition principale qu'il faudrait le puiser.

2 - *Les propositions subordonnées* sont de diverses sortes.

Les plus usitées sont rappelées ici.

- Propositions subordonnées relatives

Elles commencent par un pronom relatif, mot de liaison entre un antécédent et la proposition elle-même.

> Article 239 du Code civil :
> «L'époux *qui demande le divorce pour rupture de la vie commune* en supporte toutes les conséquences».

La proposition relative précise et détermine le sens d'un terme de la proposition principale. Puisque celle-ci contient la règle, la proposition relative contribue à en fixer les conditions... L'époux qui supportera la charge du divorce est déterminé par référence à la position des parties dans le procès ; dans ce type de divorce particulier, le demandeur subit les conséquences de son initiative.

Il est évidemment primordial de repérer correctement l'antécédent, le mot qui est précisé par la proposition.

- Proposition conditionnelle

> Article 372-1, alinéa 1 du Code civil :
> «Si les père et mère ne parvenaient pas à s'accorder sur ce qu'exige l'intérêt de l'enfant, la pratique qu'ils avaient précédemment pu suivre dans les occasions semblables leur tiendraient lieu de règle.»

Ce genre de proposition se retrouve très souvent dans la langue juridique, notamment dans les textes législatifs ; ces propositions permettent, en effet, d'indiquer les conditions d'application de la règle, son présupposé, l'hypothèse envisagée par le législateur.

Il faut noter que le «*si*» n'est pas toujours nécessaire ; il peut être remplacé par les équivalents approximatifs : lorsque, quand.

> Article 146 du Code civil :
> «Il n'y a pas de mariage *lorsqu'*il n'y a point de consentement.»

Peu usitée dans le langage courant, cette expression a une vigueur particulière et marque l'importance de la condition mentionnée.

- Proposition complément d'objet

Cette construction est assez peu utilisée par le législateur ; mais elle se rencontre dans les décisions judicaires. La proposition dont il s'agit est un complément d'objet développé et complète le sens du verbe.

Article 232, al. 2, du Code civil :
«Il peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate *que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux.*»

C'est l'objet des constatations du juge qui est ici indiqué.

- Propositions circonstancielles d'opposition et de concession

Article 1586 du Code civil :
«Si, au contraire, les marchandises ont été vendues en bloc, la vente est parfaite, *quoique les marchandises n'aient pas encore été pesées, comptées ou mesurées.*»

Une telle formulation insiste sur le rejet d'une condition qui aurait pu sembler nécessaire ; autrement dit, une circonstance particulière –l'absence de pesage– est tenue pour indifférente ; la situation qui en résulte est assimilée à la situation générale envisagée par la loi et soumise au même régime juridique. La proposition circonstancielle de concession précise que l'affirmation principale reste vraie malgré le fait que la proposition subordonnée mentionne.

II - Les liaisons

Les prépositions, adverbes, conjonctions ont une particulière importance. Ces petits mots marquent les liens qui unissent les différentes parties du discours. Ils aident à comprendre le raisonnement en indiquant si la pensée progresse par comparaison, par opposition, par restriction, par adjonction ; ils peuvent aussi fixer le domaine d'une prescription.

1 - Mais (néanmoins, toutefois...)

Trib. gr. inst. Nanterre, Ord. J. A. M., 24 octobre 1978 ;
dame B. c. son mari.
«La forme de divorce qui a été adoptée par les susnommés est d'essence consensuelle et les conventions qui se sont nouées sont régies par l'article 1134 du Code civil, *mais néanmoins* sous le contrôle du juge.»

Ce texte oppose deux conceptions du divorce sur requête conjointe. Il affirme, d'abord, que la convention conclue entre les époux pour en régler les conséquences est soumise au droit commun ; mais ensuite il corrige cette position en révélant la particularité de ce type de convention ; elle n'est applicable qu'après un contrôle judiciaire. Ce divorce apparemment volontaire laisse, en réalité, un large pouvoir au juge.

La même opposition se retrouve dans l'exemple suivant où le principe - la présomption de paternité - supporte une exception (alinéa 2) - le désaveu.

Article 312 du Code civil :
«L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. *Néanmoins*, celui-ci pourra désavouer l'enfant en justice, s'il justifie de faits propres à démontrer qu'il ne peut pas en être le père.»

Néanmoins, est ici employé comme conjonction adversative. Il marque une opposition et une restriction. Plus précisément, il indique que les deux idées - la présomption, le désaveu - ne son pas incompatibles.

Ces oppositions sont courantes dans le langage juridique et doivent être relevées avec la plus grande attention. Il est essentiel de comprendre qu'une deuxième phrase contredit (dit l'inverse de) la première.

2 - et

Cette conjonction copulative marque une sorte d'addition d'idées.

Article 213 du Code civil :
«Les époux assurent ensemble la direction morale *et* matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants *et* préparent leur avenir.»

Pour préciser les obligations des époux, cette disposition juxtapose pour les ajouter l'une à l'autre, pour les associer, des obligations de nature différente direction morale et matérielle, éducation et préparation de l'avenir -. La même tournure est souvent utilisée dans les énumérations.

Article 232 du Code civil :
«Le juge prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle *et* que chacun d'eux a donné librement son accord.»

Il s'agit de deux conditions cumulatives. Chacune est nécessaire, sans être, à soi seule, suffisante (pour des conditions cumulatives négatives, voir article 315 du Code civil : *ni*).

3 - ou

Cette conjonction disjonctive peut marquer l'indifférence ou l'opposition.

Article 516 du Code civil :
«Tous les biens sont meubles *ou* immeubles.»

Malgré son exemplaire brièveté, une telle disposition a une signification assez complexe. Elle indique, d'abord, qu'il n'existe que deux possibilités, deux sortes de biens ; elle précise, ensuite, que le choix s'opère entre la qualification de meuble et celle d'immeuble.

Plus concrètement, le texte signifie qu'il y a des meubles, qu'il y a des immeubles, qu'il n'y a pas de biens qui ne soient ni meubles, ni immeubles, qu'il

n'y a pas de biens qui soient à la fois meubles et immeubles (la dernière signification dite exclusive du «ou» n'est pas constante).

Un autre exemple résulte encore de l'article 227 du Code civil qui, sous une apparence anodine, énumère limitativement les causes de dissolution du mariage. C'est une règle essentielle qui est ainsi posée. Seuls la mort de l'un des époux ou leur divorce peuvent détruire le lien conjugal (autre exemple : art. 330 C. Civ. qui énumère les seules sources, admises par le droit français, de la légitimation).

Dans de tels cas, ce serait une grave erreur d'interprétation que de lire ces textes comme s'ils avaient pour seul intérêt d'annoncer (cf. infra p 78) les successeurs. Pour certains de ces textes, la discussion est ouverte ; ainsi, c'est une question classique que de savoir si l'article 543 du Code civil indique certains droits réels considérés comme plus importants ou s'il énumère les *seuls* droits réels reconnus par le droit français ; c'est évidemment dans le cas où la deuxième interprétation serait retenue que cette disposition légale prendrait une réelle portée.

L'alternative est répandue dans le langage du droit ; elle peut aussi porter sur les conditions d'application d'une règle.

> Article 180, alinéa 2, du Code civil :
> «S'il y a eu erreur dans la personne, *ou* sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage.»
>
> Les deux circonstances mentionnées provoquent indifféremment la nullité.

Revêt la même signification le «ou» employé dans l'article 242 du Code civil relatif au divorce pour faute. Les faits invoqués doivent, entre autres conditions, constituer «une violation grave *ou* renouvelée des devoirs et obligations du mariage». Cela signifie que des faits graves et renouvelés peuvent être invoqués, que des faits renouvelés peuvent être invoqués, même si considérés isolément, ils ne paraissent pas graves, qu'un fait grave, mais non renouvelé, peut être invoqué ; à l'inverse, un fait qui ne serait pas grave en lui-même et qui ne serait pas renouvelé ne suffirait pas à justifier le divorce. Autrement dit, les deux conditions sont, chacune, suffisantes, sans être nécessaires ; il faudrait dire qu'elles sont alternativement nécessaires.

4 - donc (en conséquence)

> Ch. réun. 24 avril 1862 :
> «La déchéance établie par l'article 34 c. pén. ne constitue par elle-même ni un empêchement au mariage, ni une cause de nullité de l'union contractée ; elle ne touche non plus en rien à l'identité de la personne : elle ne peut donc motiver une action en nullité du mariage pour erreur dans la personne.»

C'est la conclusion d'un raisonnement qu'annonce le «donc». Autrement dit, la phrase qui le suit ne se comprend que par celles qui précèdent dont elle est la conséquence et l'aboutissement. Le cheminement de la pensée est ici déductif ; la conjonction conclusive marque le progrès réalisé par le raisonnement, son point d'achèvement, spécialement dans un syllogisme.

5 - notamment

Cet adverbe signale des exemples significatifs. Il montre, par conséquent, que l'énumération légale n'est pas limitative.

Article 457 du Code civil :
«Le tuteur ne peut, sans y être autorisé par le conseil de famille, faire des actes de disposition au nom du mineur. Sans cette autorisation, il ne peut, *notamment*, emprunter pour le pupille, ni aliéner ou grever de droits réels les immeubles, les fonds de commerce, les valeurs mobilières et autres droits incorporels, non plus que les meubles précieux ou qui constitueraient une part importante du patrimoine pupillaire.»

En dehors des hypothèses expressément mentionnées, le législateur laisse une certaine liberté d'appréciation à l'interprète ; une qualification, une formule générale, le guide dans la recherche de la raison d'être du texte. En l'absence de l'adverbe «notamment», l'interprétation peut être beaucoup plus délicate.

D'autres termes peuvent avoir une signification proche, avec une nuance complémentaire.

Article 311-2 du Code civil :
«Les *principaux* de ces faits sont :
Que l'individu a toujour porté le nom de ceux dont on le dit issu ;
Que ceux-ci l'ont traité comme leur enfant, et qu'il les a traités comme ses père et mère ;
Qu'ils ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien et à son établissement ;
Qu'il est reconnu pour tel, dans la société et par la famille ;
Que l'autorité publique le considère comme tel.»

La liste est ici ouverte, mais la conjonction de plusieurs éléments est nécessaire et ceux indiqués sont les plus décisifs.

SECTION II - PARTICULARITÉS DES TEXTES JURIDIQUES

Il ont généralement pour objet de *prescrire* une réaction à la situation qu'ils présupposent ou décrivent ; cette fonction leur donne une forme particulière et variant assez peu d'un texte à l'autre. Les juristes sont loin d'utiliser toutes les ressources de la langue.

I - Textes de loi

Ce sont généralement des textes courts. Ils comportent toujours l'indication, plus ou moins nette, des *conditions* et des *effets* d'une règle.

Article 88, alinéa 1, du Code civil :
«Peut être judiciairement déclaré, à la requête du Procureur de la République

ou des parties intéressées, le décès de tout Français disparu en France ou hors de France, dans des circonstances de nature à mettre sa vie en danger, lorsque son corps n'a pu être retrouvé.»

- Conditions :
  - disparition (lieu indifférent).
  - circonstances de nature à mettre la vie en danger.
  - corps non retrouvé.
  - requête du Procureur de la République ou des parties intéressées.
  - nationalité française (dans cet alinéa, mais voir l'alinéa 2).
- effet :
  - déclaration judiciaire du décès (V. article 91).

Toutefois, certains textes échappent à cette structure, ce sont notamment ceux qui *définissent* une institution.

Article 427 du Code civil :
«La tutelle, protection due à l'enfant, est une charge publique.» (comparer article 544, 578, ... du Code civil).

Même lorsque les textes établissent une véritable règle, ils peuvent être de genres très différents.

Certains sont, pour l'essentiel, *indépendants* des textes qui les entourent. En réalité, cette indépendance est rarement absolue. Chaque texte prend place dans un ensemble et ne se comprend qu'associé avec d'autres textes.

A. Rieg, rapport français in L'interprétation par le juge des règles écrites, Travaux de l'association H. Capitant, t. XXIX, 1978, p 81.

«Une forme d'interprétation logique consiste à regarder la disposition législative envisagée non plus isolément, mais dans ses rapports avec les autres règles de droit positif. En plaçant le texte obscur dans son contexte, sa signification apparaît plus facilement. Il suffit, là encore, de citer un exemple. L'article 1321 du Code civil dispose que «Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont point d'effet contre les tiers». Le sens du mot «*tiers*» découle de la comparaison avec l'article 1165, qui pose le principe de la relativité des conventions ; les tiers visés par ce dernier texte sont les personnes absolument étrangères au contrat, les penitus extranei ; ceux prévus par l'article 1321 ne peuvent être les mêmes, sinon la disposition serait dénuée de tout intérêt. Aussi la jurisprudence décide-t-elle que les *tiers* de l'article 1321 sont les ayants cause à titre particulier et les créanciers chirographaires des parties.»

A l'inverse, certains textes n'ont pas leur intérêt principal en eux-mêmes, ils *annoncent* les dispositions subséquentes, mais ils ont tout de même valeur énumérative.

Article 517 du Code civil :
«Les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent.»

Cette disposition indique toutes les qualifications envisageables et celles seulement qui le sont.

D'autres textes *appliquent* simplement le principe posé par une disposition précédente. (V. alinéa 2 de l'article 524).

Article 524, alinéa 1 et 2, du Code civil :
«Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds, sont immeubles par destination.
Ainsi, sont immeubles par destination, quand ils ont été placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds :
- les animaux attachés à la culture ;
- les ustensiles aratoires ;
- les semences données aux fermiers ou colons paritaires ;
- les pigeons des colombiers ;
- les lapins de garennes ;
- les ruches à miel ;
- les poissons des étangs ;
- les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes ;
- les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines ;
- les pailles et engrais.»

Enfin, le style d'un texte, sa tournure méritent d'être notés.

Le tour *restrictif* est toujours important à relever. Il est souvent marqué par l'expression «ne ... que», équivalente de seulement.

Article 340 alinéa 1 et 2, du Code civil :
«L'action *n*'appartient *qu*'à l'enfant.»

De même un texte peut laisser une plus ou moins grande marge de manœuvre aux parties ou aux juges.

Article 1627 et 1628 du Code civil :
«Les parties peuvent, par des *conventions particulières,* ajouter à cette obligation de droit ou en diminuer l'effet ; elles peuvent même convenir que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie.»

«*Quoiqu'il soit dit* que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie, il demeure cependant tenu de celle qui résulte d'un fait qui lui est personnel : *toute convention contraire* est nulle.»

Le premier est supplétif et le deuxième impératif.

Article 235, alinéa 1, du Code civil :
«Si l'autre époux ne reconnaît pas les faits, le juge ne prononce pas le divorce.»

Le commandement légal s'adresse ici au juge.

Dans cette disposition, comme il arrive souvent dans la langue législative, le présent de l'indicatif vaut un impératif.

Entendez : le juge ne doit pas prononcer...

II - Décisions de justice

A - Éléments communs à toutes décisions judiciaires

a) Règles :

1 - *Toute* décision judiciaire est rédigée en une seule phrase : elle comporte plusieurs propositions subordonnées, –séparées par des points et virgules et des tirets–, mais une seule proposition principale.

2 - T*oute* décision judiciaire expose successivement :
- les raisons pour lesquelles elle *va se terminer* par telle prise de position.
- cette prise de position.

b) Application :

1 - Sa structure simplifiée est donc la suivante :
le tribunal //, étant donné qu'il pleut (ou comme il pleut, ou parce qu'il pleut, ou compte tenu du fait qu'il pleut), // décide qu'il y a lieu de prendre son parapluie.

Toutes les propositions *circonstancielles* sont donc placées en incidente à l'intérieur de la proposition principale, entre le sujet (le tribunal ou la Cour) et le verbe (avant la proposition complément d'objet, par conséquent).

2 - Pour simplifier la lecture, l'articulation logique de la décision est accentuée :
- par l'emploi d'une formule unique pour introduire toutes les propositions circonstancielles : généralement «attendu que...», parfoirs, «considérant que...».
- par le rappel de l'ensemble de ces propositions circonstancielles et l'annonce de la prise de position (par la proposition, complément d'objet du verbe), en une formule rituelle : «par ces motifs...»

La structure développée de la décision est donc la suivante :
Le tribunal //, attendu qu'il pleut ou considérant qu'il (pleut), // par ces motifs, décide qu'il y a lieu de prendre son parapluie.

L'articulation principale de la décision est fournie par la formule-charnière (qui conclut et introduit, ferme et ouvre) : «... par ces motifs ...» et par le verbe. Ce qui précède cette charnière, s'appelle : les motifs qui sont rédigés en forme «d'attendus...»).
Ce qui suit cette liaison s'appelle : *le dispositif.*

Il faut comprendre que les parties sont surtout intéressées en pratique par le *dispositif* (qui leur donne raison ou tort). Celui qui prépare un commentaire est intéressé par les *motifs* (qui expliquent la décision, en précisant les raisons, la portée aussi).

3 - Structure des motifs

Toute décision de justice se présente, au fond, comme la confrontation de plusieurs opinions exprimées sur un même point de droit. L'important est donc de savoir reconnaître et distinguer ces diverses opinions, celle de chacune des parties, celle des juridictions inférieures éventuelles, celle du juge saisi.

Exemple :
Le tribunal //, attendu qu'il pleut (1) - attendu que le demandeur soutient qu'un parapluie est inutile dans un lieu couvert. - que le défendeur affirme qu'il reçoit des gouttes (2) - attendu que le fait de recevoir des gouttes constitue une raison suffisante pour prétendre se munir d'un parapluie (1) // par ces motifs, décide qu'il y a lieu de prendre son parapluie.

(1) Constatation ou affirmation du tribunal.
(2) Opinions de chacune des parties.

B - Éléments particuliers à chaque décision judiciaire

a) Décision de première instance (jugement d'un tribunal)

1 - Motifs :

La décision de première instance indique, dans ces *motifs* :
- Les circonstances de fait (détaillées : circonstances utiles ou non, d'importance primordiale ou secondaire).
- Les diverses phases (éventuelles) de la procédure : décision en référés par exemple.
- Les arguments du demandeur.
- Les arguments du défendeur.
- Le raisonnement du juge.

2 - Dispositif :

C'est la décision proprement dite qui tranche le litige en indiquant les droits de chacune des parties.

b) Décision d'appel (arrêt d'une Cour d'appel).

Toute partie au procès de première instance qui s'estime lésée par la décision rendue a droit de faire appel.

1 - Motifs :
- faits détaillés (généralement sélectionnés et hiérarchisés, dans une certaine mesure).
- décision de première instance.
- arguments des parties, du tribunal.
- arguments de la Cour.

2 - Dispositif :
Décision
- réformant ou confirmant celle du tribunal.
- indiquant les droits de chacun.

c) Décision de la Cour de cassation (arrêt)

Sa structure lui est propre : il ne s'agit plus de juger une affaire, mais d'apprécier *la légalité* de la décision de la Cour d'appel, à travers la critique que constitue le *pourvoi*.

Autrement dit :
La Cour, attendu que Léon reproche au tribunal d'avoir décidé qu'il convenait de prendre son parapluie, *alors* que (Léon fait remarquer que) il n'y avait pas lieu de sortir, et attendu qu'il y avait (ou non) une raison de sortir, *par ces motifs* décide...

Il faut donc tenir compte du rôle particulier de la Cour de cassation.

Ne jamais oublier qu'un arrêt de la Cour de cassation apporte une réponse au pourvoi (critique d'une décision des juges du fond).

Le premier travail à réaliser consiste à bien *distinguer* ce que dit la Cour elle-même et les éléments qu'elle reprend soit dans l'arrêt d'appel, soit dans le pourvoi.

Il faut ajouter que chaque critique du pourvoi est examinée séparément. La structure indiquée ci-dessous se répète donc, pour chacune. La Cour apprécie successivement les différents *moyens* de cassation, c'est-à-dire les différentes raisons de droit ou de fait invoquées à l'appui de sa prétention par le demandeur en cassation.

1 - Structure générale

«» Motifs (dont l'ordre varie dans une certaine mesure, cf. infra).
- faits édulcorés et résumés, essentiel de la procédure.
- décision de la Cour d'appel (*1ère opinion sur* l'affaire).
- critique du demandeur en cassation, introduite par alors que... (deuxième opinion).
- réponse du demandeur (1ère opinion complétée ou troisième opinion).
- argumentation de la Cour.

« Dispositif : Décision

– de rejet du pourvoi : déclarant légale la décision de la Cour d'appel (puisque refusant d'en admettre la critique).
Accord entre Cour de cassation et Cour d'appel.

– de cassation de l'arrêt : déclarant illégale la décision de la Cour d'appel (puisque recevant sa critique).
Désaccord entre Cour de cassation et Cour d'appel.
(cette dernière décision est généralement suivie d'un renvoi à une autre Cour d'appel).

2 - Structures particulières

« Arrêt de rejet du pourvoi :

- il ne comporte pas de visa (c'est-à-dire de référence à un texte, introduite par «vu...», d'une disposition légale qui justifierait la cassation.

- il comporte trois séries d'attendus :
  - une série évoquant le contenu de *l'arrêt* critiqué : «il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué...».
    ou
  - «selon les énonciations de l'arrêt attaqué...».
    suivent les faits, la procédure et la solution adoptée par la Cour d'appel.

  - une série évoquant le contenu du *pourvoi* :
    «Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir ainsi statué, alors que...».

  - une série développant les arguments de la Cour réfutant le pourvoi (il s'agit d'un arrêt de rejet). Venant après le pourvoi, elle s'y oppose et est donc introduite par «mais...».
    La Cour //, attendu que Léon fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir décidé qu'il devait prendre son parapluie (arrêt d'appel), alors qu'aucune occupation ne l'attirait dehors (pourvoi), *mais* attendu qu'il devait venir à la Faculté (opinion de la Cour de cassation) // par ces motifs, rejette le pourvoi.

« Arrêt de cassation de l'arrêt d'appel :

- il comporte un visa (renvoi à un texte ou à un principe de droit qui justifie la cassation de l'arrêt d'appel, parce qu'il na pas été respecté par la Cour d'appel).

Il comporte deux séries d'attendus dont la forme est beaucoup plus souple, variable :

- une série évoquant les faits, la procédure, la solution et l'argumentation de la Cour d'appel et celles des parties.
- une série évoquant les arguments décisifs aux yeux de la Cour de cassation.

Cette série est parfois introduite par la formule : «il résulte de ce texte que...» (après le visa et avant la proclamation d'une règle). L'arrêt se termine souvent par la formule : «en statuant ainsi, la Cour d'appel a violé...».

La Cour //, vu le proverbe : «après la pluie, le beau temps», attendu que l'arrêt attaqué a décidé que Léon devait prendre son parapluie, alors que celui-ci remarque qu'aucune occupation ne l'attirait dehors, attendu qu'il résulte du proverbe sus-visé qu'il est possible de ne pas utiliser un parapluie lorsqu'il pleut, attendu qu'en statuant autrement, la Cour d'appel a violé le proverbe sus-visé, // par ces motifs, casse l'arrêt de la Cour d'appel de Cherbourg et renvoie les parties devant la Cour d'appel d'Aix-en-Provence.

L'arrêt ne comporte pas le «mais attendu que...» qui marquerait l'opposition avec le pourvoi.

N. B.

1 - Ces indications n'ont qu'une valeur générale ; il arrive qu'une juridiction s'éloigne du schéma-type.

2 - Pour la rédaction, v. infra chapitre 6.

N. B.

Il est primordial de s'entraîner à repérer rapidement la *proposition essentielle*, «l'attendu» le plus important, de la décision à commenter. Cette proposition devra être recopiée dans le commentaire rédigé et ses termes principaux disséqués et observés avec minutie.

Cette proposition essentielle se reconnaît aisément ; c'est celle qui est la moins tributaire des faits particuliers à l'espèce jugée. Autrement dit, c'est la partie de la décision qui est la plus susceptible d'être généralisée. Là est l'essentiel, car commenter ce n'est pas raconter une anecdote ; commenter, c'est chercher à *prévoir* les décisions qui seront rendues dans de futures espèces plus ou moins voisines.

SECTION III - UTILITÉ D'UNE MÉTHODE DE LECTURE

Les conseils et directives précédemment donnés doivent être utilisés raisonnablement.

Il serait évidemment sans intérêt, dans le commentaire rédigé, de noter la présence d'une proposition conditionnelle, d'une conjonction adversative ou d'une conjonction copulative. C'est dans la préparation du devoir qu'il faut y être attentif.

Autrement dit, la méthode de lecture ne sert ni à rédiger, ni même à alimenter le commentaire ; ce n'est pas elle qui fournit directement les développements à faire figurer dans le commentaire. Elle permet, en revanche, de bien *dégager le sens* du texte à étudier, tout le sens et rien que le sens. Respecter la construction du texte, c'est le moyen d'éviter les lacunes - en révélant la présence d'une conjonction adversative, l'étudiant pensera à réfléchir sur l'opposition qu'elle marque : y-a-t-il par exemple, un principe et une exception ? Un argument a contrario ? ; c'est aussi la

bonne démarche pour éviter les erreurs et notamment les contre-sens. Ces remarques valent aussi pour le commentaire d'un texte de loi.

CHAPITRE II.
PRÉPARATION DU COMMENTAIRE D'UN TEXTE DE LOI

Le commentaire législatif est une technique de recherche juridique particulièrement féconde et adaptée au droit d'aujourd'hui. Elle est utile parce qu'elle permet de tenter de découvrir la raison d'être (Ratio Legis) du texte, c'est-à-dire d'en prévoir les applications ; elle est l'occasion de déduire de ces règles abstraites les solutions concrètes qu'elles ont pour objet de déclencher. Elle est encore fructueuse parce qu'elle donne l'occasion de porter une appréciation critique sur le texte examiné : aboutira-t-il à des solutions toujours justes et opportunes ? S'intègre-t-il sans difficulté à l'ensemble du droit positif ou risque-t-il de contredire d'autres dispositions ?

Commenter, c'est présenter rationnellement l'ensemble des explications, des remarques et des observations qu'un texte peut susciter, pour en révéler la signification.

Plus précisément, le commentaire législatif est la présentation raisonnée du sens des termes, des notions et des propositions, choisis par le législateur pour fixer un ensemble de règles et de solutions que le commentaire a pour fonction de rendre prévisibles.

Il faut partir de l'idée que le texte condense une multitude de conséquences ; pour les trouver, il faut s'aider du vocabulaire, de la grammaire, des règles voisines, de la logique, des solutions jurisprudentielles antérieures et postérieures à l'élaboration du texte. Il faut aussi imaginer (casuistique) toutes les circonstances de fait qui rendront le texte applicable.

Exemples publiés

Outre les merveilleux commentaires du code civil que produisit la doctrine du XIXe siècle, le commentateur débutant et le commentateur confirmé gagneront à consulter quelques excellents commentaires rédigés.

En voici quelques exemples :

- J. Carbonnier, Droit civil, T. 3, Les biens, 9e éd., 1980, n. 25 et 26 : commentaire, sous forme de glose et de post-glose, de l'article 544 du Code civil.

- G. Cornu, L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil, cours de droit civil D. E. S., 1970-1971. Les cours de droit , voir notamment les commentaires des définitions de la tutelle (art. 427 C. civ.) et du régime de participation aux acquêts (art. 1569 C. civ.), p. 44 à 50.

- J.-J. Daigre, La production forcée de pièces dans le procès civil, thèse, Poitiers, P. U. F., 1979, préface de Cl. Lombois, notamment p. 162 à 168 ; p. 176 à 182 ; p. 247 à 250.

- Ph. Rémy, Les présomptions légales dans les régimes matrimoniaux, thèse ronéotypée, Poitiers 1970 ; voir notamment, p. 2 à 121 (commentaire de l'art. 221 du Code civil) ; p. 210 à 445 (commentaire de l'art. 1402 du Code civil).

- Pour le commentaire d'un adage, cf. A. Weill et F. Terré, Droit civil, Introduction, n. 121, p. 122 à 124.

Directives pour la préparation du commentaire.

– La première étape du commentaire consiste évidemment en une lecture, particulièrement attentive, du texte à commenter. Trois lectures successives sont, au moins, absolument nécessaires avant tout autre travail. Une *première* lecture est de simple approche. Elle permet seulement d'acquérir une intelligence d'ensemble du contenu du texte et une impression générale sur sa forme et son intérêt. Une *deuxième* lecture correspond à la découverte des articulations logiques (diverses propositions, rapports entre elles, conjonctions) de la disposition à commenter. Enfin, une *troisième* lecture, lente et précise, prépare directement l'analyse mot à mot : elle a pour fonction de repérer les mots-clés, les éventuels principes...

Exemple :

Article 232 du Code civil (1ère phrase)
«Le juge prononce le divorce // s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun de époux est réelle // et que chacun d'eux a donné librement son accord...»

Première lecture :

- texte relatif au divorce (sur requête conjointe).
- rôle du juge : appréciation de la qualité de la volonté des époux.

Deuxième lecture :

- proposition principale : «le juge prononce le divorce...»
- 1ère proposition subordonnée conditionnelle : «s'il a ... est réelle.»
- 2ème proposition subordonnée conditionnelle : «et que chacun ... accord».

La première proposition fixe la règle dont les deux propositions suivantes indiquent les conditions d'application ; il s'agit de conditions cumulatives (noter le «et»).

Troisième lecture :

- Le juge prononce : texte à caractère impératif qui confirme que le divorce, même par requête conjointe, demeure une mesure judiciaire.
- Conviction : le terme laisse à penser que des preuves décisives seraient difficiles à réunir.

- Volonté de chacun des époux : c'est l'objet du contrôle judiciaire.
- réelle et libre : deux conditions exigées de la volonté des époux.

Ces indications –qui ne doivent pas figurer, dans le devoir final, telles quelles– doivent être développées et approfondies. Elles facilitent et guident l'intelligence du texte.

Le travail de préparation proprement dite du commentaire peut alors commencer ; il comporte deux étapes essentielles. Il faut d'abord, relever un certain nombre d'indices ; il faut, ensuite, élaborer une analyse critique du texte.

SECTION I - INDICES A RELEVER

Ils sont relatifs soit au contexte, soit au texte lui-même.

A - La place du texte dans l'ensemble législatif auquel il appartient est toujours très instructive : appartient-il à un code ? Si oui, a-t-il été rédigé en même temps que ce code ou y a-t-il été intégré postérieurement ? A quel genre de loi appartient-il (réforme de circonstance ou de fond ; loi de grande envergure ou réforme limitée ?)

- Relever la place du texte dans les section, chapitre, titre : noter les intitulés (comme celui de la loi) ; ils permettront de déterminer le domaine de la disposition (se demander s'il est susceptible d'extension) et peut-être les objectifs généraux poursuivis par le législateur (protection).

- Rapprocher le texte lui-même de celui qui le précède et de celui qui le suit : c'est notamment l'occasion de déterminer son genre (disposition de principe, d'application, de rappel, d'annonce)...

B - La qualité intrinsèque du texte est ensuite une donnée très importante dans la préparation du commentaire. Il est certain que beaucoup de textes ne méritent pas le commentaire. Pour décider qu'il n'en est pas ainsi et pour collecter des informations qui alimenteront l'analyse, la réflexion, la critique, il faut observer :

La longueur du texte : s'il est court, condensé, ramassé, il mérite une analyse plus fine ; il laisse prévoir une rédaction particulièrement soignée, avec des termes évocateurs et riches de sens.

- la terminologie employée et également significative : plus ou moins juridique, elle invite à une analyse plus technique ou, au contraire, plus littéraire.

- La structure grammaticale du texte doit être exploitée dans tous ses détails et dans toutes ses finesses : il faut déterminer les propositions principales, isoler et qualifier les propositions subordonnées (conditionnelles, de temps, de lieu)...

- La date de rédaction de la disposition à commenter est notable. Elle peut éclairer le sens de certains mots vieillis ; elle peut aussi inviter à rechercher d'éventuels textes postérieurs, voire des décisions jurisprudentielles antérieures et postérieures. Si la disposition a été récemment réformée, il faut comparer le texte nouveau avec l'ancien.

- Le ton du texte est également révélateur. Reconnaît-il un droit ? Accorde-t-il une faculté ? Impose-t-il une obligation ? Est-il supplétif, dispositif, impératif ou d'ordre public ?

Il faut rappeler que la langue législative a ses règles propres : notamment, un présent de l'indicatif y vaut un impératif.

SECTION II - ANALYSE CRITIQUE

Elle doit être préparée minitieusement et aussi rigoureusement que possible. Des informations sont, d'abord, à retirer du texte ; des indications complémentaires viendront, ensuite, d'autres documents.

I - Le texte

Il peut être envisagé successivement dans ses différents éléments, des plus simples aux composés.

A - Il faut examiner le sens de chaque mot

- Le sens courant peut être utile à sonder. Un dictionnaire usel sera ici l'instrument nécessaire du travail du commentateur.

- Le sens juridique des termes doit être précisément défini. Les notions juridiques sont des réserves d'imagination, en ce qu'elles enferment en un mot une multitude de solutions.

1) Il faut notamment relever *les qualifications.* Qualifier, c'est reconnaître à un fait, à un acte, à une chose ou à une personne, la *qualité* qui les fera classer dans une *catégorie* juridique déterminée et qui commandera, en conséquence, leur régime juridique (c'est-à-dire *l'ensemble* des règles et solutions qui leur sont applicables).

Adopter une qualification, c'est adopter un ensemble de solutions.

Il faut donc bien discerner la qualification :

- de la simple dénomination (choix d'un nom, sans conséquence juridique nécessaire).

- de la définition (qui crée une catégorie et prépare la qualification).

- de la distinction (qui crée une sous-catégorie, une espèce dans un genre, et permet d'affiner la qualification, en écartant généralement l'application de certaines de ses conséquences dans certaines hypothèses).

2) Il faut encore étudier très attentivement la méthode législative employée ; les notions auxquelles se réfèrent le texte peuvent être très précises et rigides, ne laissant qu'une faible marge à l'appréciation des interprètes ; au contraire, il peut s'agir de simples cadres, de directives («standards» : bon père de famille, destination, juste motif, intérêt de la famille)... Ces lacunes *intra legem* donneront une relative liberté au commentateur.

Il est également nécessaire de relever les fictions, les présomptions...

3) Plus généralement, toute cette phase de la recherche doit faire jouer systématiquement la démarche *analogique*. Il faut songer à toutes les hypothèses proches qui correspondent au présupposé de la règle, même si celle-ci ne les évoque pas expressément. Il faut découvrir les hypothèses que le législateur a voulu exclure du champ d'application de la règle (raisonnement a contrario) et se demander pourquoi.

Exemple : Dans l'article 232 du Code civil, remarquer l'opposition entre les deux alinéas ; le second envisage les divers intérêts en cause (il demande des constatations). Noter aussi que le premier alinéa (volonté réelle et libre) laisse peut-être de côté l'hypothèse d'erreur : analogie avec les articles 180, al. 2 et 1109 du Code civil.

B - Il faut examiner le sens de chaque proposition

- L'articulation logique de chacune d'entre elles sur les autres doit être soigneusement analysée. Les liaisons sont tout particulièrement chargées de signification (conjonctions et prépositions : pour, mais, donc et, ou)...

- Cette approche déjà plus synthétique doit être l'occasion d'approfondir la réflexion sur la *ratio legis*, raison d'être générale et particulière de la disposition (buts poursuivis : circonstances économiques et sociales prises en considération ; explications du choix des fins et des moyens).

Exemple : L'article 232 rappelle que le divorce sur requête conjointe suppose la volonté des époux ; mais en période de crise familiale grave, il en subordonne l'efficacité à un contrôle judiciaire préalable (à opposer au contrôle a posteriori de droit commun).

Tous ces efforts doivent aboutir à l'établissement d'un canevas d'analyse aussi complet et détaillé que possible. En voici un exemple à remplir ! Il suppose connue la question posée : les rapports entre les sources écrites du droit et les sources non écrites.

CANEVAS A REMPLIR POUR PRÉPARER UN COMMENTAIRE LÉGISLATIF

1er exemple : extrait de l'article 663 du Code civil.

Mots à commenter	Commentaires
«... suivant les règlements particuliers ou les usages constants et reconnus»	

2ème exemple : L'article 102 du Code civil

Termes à analyser	Indications à développer
LE	Principe d'unité du domicile ; limites.
DOMICILE	Distinguer domicile, résidence, habitation.
DE	Marque un lien d'appartenance : comparer l'Ancien Droit : adde élément intentionnel.
TOUT	Principe selon lequel il n'y a pas de personnalité sans domicile.
FRANCAIS	Situation des étrangers.
QUANT A	Formulation restrictive qui annonce la portée limitée de la qualification.
L'EXERCICE	Le domicile est désormais (V. l'Ancien Droit) sans influence sur la jouissance des droits (sauf en droit international privé).
DE SES DROITS	Formulation critiquable : quid des obligations ? Préciser les droits en cause.
CIVILS	Opp. le domicile électoral par exemple.
EST	Noter - qu'il s'agit d'une définition (exceptionnelle dans le Code (1)). - le caractère impératif.
AU	Ce n'est pas un lieu, mais une relation avec un lieu ; *nature* du domicile : ni une chose, ni un droit, ni une obligation. Comme le nom, un élément dépendant de la personnalité.
LIEU	Fonction du domicile ; localisation de la personne.
DE SON PRINCIPAL	Hypothèse d'une pluralité d'établissements.
ÉTABLISSEMENT	Signification : éléments matériel et intentionnel. Exception des domiciles légaux.

(1) Cf., pour une étude approfondie, G. Cornu, Les définitions dans la loi : Mélanges J. Vincent, Dalloz, 1981.

II - Autres sources d'informations

En dehors du texte lui-même, plusieurs sortes de documents sont à exploiter.

1) Les travaux préparatoires des lois

Ce sont les rapports des parlementaires et les comptes-rendus des débats (2). Ils peuvent toujours aider à déceler la ratio legis, même s'ils ne sauraient prévaloir sur un texte clair. Ces travaux préparatoires, reproduits par la librairie des Journaux Officiels (documents de l'Assemblée nationale et du Sénat et débats de l'Assemblée nationale et du Sénat), sont indiqués en référence en note d'accompagnement du texte dans le Journal Officiel Lois et Décrets et dans les revues juridiques.

2) Les textes d'application

(Décrets, arrêtés, circulaires et instruction)

Leur lecture n'apporte pas seulement des précisions de détail : il arrive que le texte d'application contredise la loi, ou, au moins, en infléchisse l'interprétation.

3) Les textes voisins

La parenté, voire l'analogie, peuvent avoir pour origine l'esprit ou le but des textes, mais aussi leurs méthodes ou leur objet. Ces dispositions voisines doivent être mises en rapport, en harmonie avec le texte à commenter. Il est important de découvrir quelles difficultés créera leur combinaison, à quelles solutions aboutira leur association.

Exemples :

(pour l'article 232 du Code civil) art. 31, D. 5, mai 1975 -

Noter que tous les autres cas de divorce comportent la constatation des circonstances à l'origine de la rupture.

Il n'est pas moins important de découvrir les *contradictions* entre des textes différents.

4) Les opinions publiées pour ou contre la situation antérieure à la réforme sont utiles à connaître. Il faut se demander si les critiques ont été entendues, si les propositions ont été suivies.

5) La jurisprudence antérieure se trouve-t-elle confirmée ou infirmée ? C'est une question traditionnelle à laquelle il importe de répondre dans toute la mesure du possible.

---

(2) V. M. Couderc, Les travaux préparatoires ou la remontée des enfers. D. S. 1975, Chron. pp 249 et 256. Adde articles du Journal Le Monde du 4 octobre 1978, p 12, spécialement : «le cheminement d'un texte législatif».
N. B. : Pour la rédaction, v. infra. chapitre 6.

6) La jurisprudence postérieure à l'entrée en vigueur du texte commenté mérite attention. Respecte-t-il la lettre et l'esprit de la disposition ? L'analyse des décisions permet aussi de trouver des cas d'application de la règle, soit les cas les plus fréquents, soit ceux qui font difficulté. C'est aussi une bonne préoccupation que celle qui porte sur l'importance du contentieux : la règle ne multiplie-t-elle pas les procès ? Cette conséquence était-elle inévitable ?

Une fois toutes ces informations collectées, la préparation du commentaire est presque achevée. Pour en faire un véritable travail de recherche juridique, il ne faut plus qu'un peu de talent et beaucoup de réflexion, un peu d'imagination et beaucoup d'intuition pour apprécier les effets directs et indirects du texte commenté : c'est le sens du droit - un sixième sens ! - qui fera percevoir la justice et l'opportunité de la règle ramassée dans la disposition légale.

Pour étude plus approfondie :

Voir J.-L. Sourioux et P. Lerat, L'analyse de texte. Méthode générale et application au droit, coll. Méthodes du droit dirigée par M. le Doyen J. Carbonnier, Dalloz, 1970.

CHAPITRE III.
PRÉPARATION DU COMMENTAIRE D'UNE DÉCISION DE JUSTICE

Le commentaire d'arrêt (de décision de justice, plus généralement) a pour but d'expliquer pourquoi les juges ont donné raison à telle partie et tort à telle autre. Il est aussi l'occasion d'examiner ce que devient la règle de droit lorsqu'il faut l'appliquer à une espèce donnée. L'objectif fondamental doit demeurer de rendre prévisibles les décisions à venir dans des espèces voisines, de passer, par conséquent, du particulier au général.

Tout arrêt ou jugement résume un raisonnement dont le commentateur doit savoir révéler les différentes étapes. Un seul mot peut évoquer de multiples arguments. Il importe de les dégager clairement. C'est le moyen d'apprécier la qualité du raisonnement du juge et d'en préciser la portée : dans quels cas pourra-t-il être effectué à nouveau ?

L'analyse a donc un intérêt majeur : elle permet de prévoir quelle attitude adopteront sans doute les juges dans d'autres hypothèses plus ou moins proches. Par conséquent, comme le commentaire de textes législatifs ou règlementaires, le commentaire d'arrêt aide à déterminer les *solutions de droit applicables.*

Un tel commentaire ne peut être réalisé qu'après une analyse très approfondie de la décision commentée. Cette étude devra aboutir à la collecte d'un certain nombre d'informations qui nourriront ensuite le commentaire. La liste qui suit est purement indicative.

SECTION I - DÉMARCHE PRÉALABLE

1) Détermination de la juridiction saisie.

Relever s'il s'agit d'une juridiction de première instance, d'appel ou s'il s'agit de la Cour de cassation.

2) Relever les textes éventuellement invoqués dans la juridiction.

3) Relever la date de la décision.

Il est nécessaire de tenir compte des réformes législatives antérieures et postérieures, des dispositions jurisprudentielles successives si elles sont connues et éventuellement des positions doctrinales, voire de certains événements historiques notables.

4) Noter le nom des parties avec leur position respective.

Cette indication servira d'abord à éviter de confondre demandeur et défendeur soit en première instance, soit en appel, soit en Cour de cassation (ne pas oublier que les positions respectives peuvent changer entre ces divers moments de la procédure).

Le deuxième intérêt de cette indication est, en cas de recherche de jurisprudence, de découvrir qu'une deuxième décision qu'on est en train de lire, a été rendue dans la même affaire.

SECTION II - ANALYSE DU TEXTE

Il faut ensuite venir au *texte lui-même* de la décision qui doit être commentée. Celui-ci fournit de très nombreuses indications ; ce sont celles qui sont la base du commentaire car –et c'est une directive fondamentale pour rédiger un bon commentaire– il faut toujours que le commentaire suive de très près la décision, la question posée, les arguments employés, le commentaire et les éléments de la décision.

Les informations à recueillir dans le texte de la déclaration judiciaire lui-même sont très variées.

I - Premières indications

1) Formulation de la solution : il faut être attentif à sa correction, à sa précision, à son caractère plus ou moins technique. Il faut savoir si le juge a été particulièrement affirmatif ou si, au contraire, sa décision paraît dubitative.

2) Détermination des faits : il faut, en premier lieu, aboutir à la position concrète du problème (tel que les parties l'ont vécu et compris).

Il faut, en second lieu, déterminer l'ensemble des *circonstances* qui ont plus ou moins influencé les juges. Ce seront les faits qui conditionnent l'application de la loi ; ce seront aussi des circonstances économiques ou sociales, non directement envisagées par la loi, mais qui ont pu peser sur la décision des juges.

3) Il faut comprendre le déroulement de la procédure dans l'affaire étudiée ; il faut relever les décisions successives rendues dans la même affaire et remarquer si elles sont en accord ou en désaccord entre elles.

4) Il est indispensable de déterminer les quelques lignes essentielles du texte –qui formulent ou sous-entendent un principe– qu'il faudra citer à plusieurs reprises, analyser et critiquer (cf. supra p 84 N. B.).

II - Solution de droit

Ceci est le point le plus délicat. Il faut d'abord établir la position juridique du problème (tel que le juriste le définit, c'est-à-dire en termes de droit, en termes de qualification juridique). Il faut ensuite déterminer quelle partie a eu raison et par conséquent, préciser la solution adoptée par les juges.

Il faut encore, et, c'est ici que le commentaire prend tout son sens, *formuler précisément la règle appliquée par les juges*, indiquer son domaine d'application, ses conditions et ses effets. Il se peut que le juge paraisse, à première vue, avoir fait purement et simplement application d'une règle légale à laquelle il se réfère. En réalité, cette règle est souvent interprétée, voire déformée ; son application est rarement neutre. Il faut enfin *définir* les termes techniques et, comme dans le commentaire de texte législatif, *qualifier* les actes, les choses et les personnes (V. supra).

Dans l'analyse de la décision, plusieurs ordres de difficultés sont à distinguer :

1) Recevabilité et bien-fondé

Pour que le juge examine le bien-fondé d'une demande, il faut, au préalable, qu'il la reconnaisse recevable. Autrement dit, il faut vérifier que le demandeur remplit bien toutes les conditions pour avoir le droit d'agir en justice. A défaut, il ne peut être entendu.

2) Preuve et fond

Il est clair qu'une décision donnant tort à l'une des parties, faute de preuve suffisante du bien-fondé de sa prétention, n'a pas la même portée qu'une décision statuant sur le fond. Cette dernière suppose que les preuves du fait étant rapportées, la règle de droit désigne directement le vainqueur du procès.

III - Le raisonnement.

Le commentateur doit recenser tout les *arguments* exposés par les parties, soit en faveur de la solution finalement adoptée par les juges, soit contre cette solution.

Surtout, il importe d'analyser très rigoureusement les arguments qui ont convaincu le juge. Certains d'entre eux sont évoqués par la décision ; il faut les développer. D'autres sont implicites ; il faut les révéler. Pour y parvenir, l'essentiel est d'opérer par analogie : n'existe-t-il pas des situations voisines pour lesquelles la solu-

tion est déjà fixée ? n'existe-t-il pas de principes généraux qui guident la recherche de cette solution ? N'y a-t-il pas de distinctions à faire dans l'application des textes ou principes ? Quelles sont les conséquences des solutions envisagées et retenues ?

Exemple :

Soit une décision qui refuse de revenir sur l'homologation judiciaire de la convention conclue entre des époux demandeurs en divorce sur requête conjointe. L'argument principal du juge est le suivant : un époux ne peut prétendre que son consentement n'était pas réel sans *contredire* l'homologation judiciaire.

Ce terme masque trois arguments que le commentateur doit faire apparaître :

- Les conventions du droit commun font l'objet d'un contrôle judiciaire a posteriori (*annulation* des contrats pour vice du consentement par exemple). La convention dont il s'agit ne peut être soumise au même régime parce qu'elle a subi un contrôle a priori (*homologation*).

- La décision d'homologation a autorité de chose jugée. Il en est ainsi bien qu'elle ait été rendue en matière gracieuse et sur des mesures essentiellement provisoires (art. 292 C. civ), parce que l'intervention du juge porte précisément sur le contrôle de la réalité du consentement donné par chaque époux.

- Il paraît difficile, compte tenu de la nature du divorce sur requête conjointe et des termes particulièrement nets de l'article 232 du Code civil, de dissocier homologation et prononcé du divorce. Contester la première, c'est remettre en cause le second.

C'est ici que doit s'exercer l'esprit critique du commentateur. Il lui faut en effet préciser la qualité des différents arguments invoqués, éventuellement les affiner, les compléter par d'autres arguments ; ce sera l'occasion de porter une appréciation d'ensemble sur la décision rendue.

Le dernier exemple donné montre bien qu'il est tout particulièrement important de réfléchir à l'*articulation logique* du raisonnement échafaudé par le juge. N'a-t-il pas escamoté ou sous-entendu, dans la rédaction de sa décision, certaines étapes de son raisonnement ? L'étudiant doit absolument les faire apparaître, soit quelles confirment la solution adoptée, soit qu'elles soulèvent des objections. Par exemple (simple), dans l'étude d'un arrêt qui semble examiner seulement la valeur probante des documents et indices invoqués par les parties, il faut toujours se demander si la question de preuve ne masque pas une question de fond. En acceptant d'étudier ces moyens de preuve, le juge n'a-t-il pas implicitement admis la possibilité de se prévaloir de la circonstance –un vice du consentement, par exemple– que les parties cherchent à prouver ? Cette possibilité n'était-elle pas discutable en elle-même ?

N. B. : Les informations essentielles viendront de **l'attendu principal** qu'il faut analyser avec autant d'attention qu'un article du Code civil.

Toutes ces informations étant réunies, le commentaire est prêt d'être rédigé ; il reste une dernière remarque à faire avant d'envisager la phase de rédaction. Il importe de *mettre en parallèle la décision commentée avec la doctrine et la jurisprudence* connues sur le point traité ou sur des points voisins.

Ce sera l'occasion de mesurer la portée de la décision commentée : est-elle novatrice ? Est-elle classique ? a-t-elle une signification limitée à l'espèce ou générale ?

Il faut toujours caractériser les décisions commentées.

De ce point de vue, il faut savoir que trois termes peuvent désigner les décisions de justice.

Il y a d'abord les *décisions de principe* ; qu'elles soient les premières à statuer sur la question ou qu'elles innovent par rapport à des décisions antérieures (on parle alors de *décisions de revirement)*, ces décisions auront une portée générale et indiquent le droit probablement pour un certain temps.

Il y a ensuite des *décisions d'application*, ce sont celles qui se contentent de respecter un principe fixé soit par la loi, soit par une décision de principe antérieure. Enfin, il y a les *décisions d'espèce* ; ce sont celles qui ne s'expliquent que par les circonstances particulières de l'affaire et dont il ne faut pas tirer de conséquences pour l'application à venir du droit.

En conclusion, un bon commentaire d'arrêt est une *explication* en fait et en droit, de la décision rendue ; il s'agit de dire pourquoi cette solution a été adoptée et d'indiquer quelles seront les solutions appliquées à des espèces voisines.

C'est pourquoi, trois *défauts majeurs* sont à éviter :

- Le premier défaut consiste à n'avoir pas su tirer parti de l'*attendu principal* de la décision commentée ; il ne faut pas oublier que le commentaire d'arrêt est un exercice tourné vers l'avenir, puisqu'il doit permettre de prévoir les décisions à venir et d'en apprécier la cohérence. Ce but ne peut être atteint que moyennant une réflexion très approfondie sur l'*attendu principal* mis en rapport avec les circonstances de fait propres à l'espèce, avec les textes de loi explicitement ou implicitement appliqués, avec la jurisprudence antérieure et postérieure sur la même question, voire sur des questions voisines.

- Le deuxième défaut est de se contenter de redire la même chose que les juges d'une autre façon : *répéter n'est pas expliquer*. La paraphrase, le simple développement verbeux et diffus, est donc à proscrire résolument. Le commentaire doit *enrichir* la décision en donnant les raisons qu'elle passe sous silence et en envisageant des situations voisines, ainsi qu'en portant un jugement de valeur (en droit et en opportunité) sur la décision commentée.

- Le troisième défaut que présentent souvent les commentaires est d'oublier la décision à commenter. *Le texte n'est pas un prétexte* : il est l'objet véritable du commentaire. Un commentaire d'arrêt n'est jamais une «question de cours». C'est

pourquoi, il ne faut pas prendre modèle sur les *notes* ou observations publiées après les arrêts dans les revues juridiques : rien n'oblige leurs auteurs à s'en tenir aux canons du commentaire ; ils préfèrent souvent se livrer à des observations, cursives ou développées, mais sans lien direct et nécessaire avec la décision.

Bibliographie sommaire :

- Henri Mazeaud, Nouveau guide des exercices pratiques pour la licence en droit. Méthode générale de travail, édition Monchrésten, cf. en particulier 48-2, 48-4 et 67 à 81.

- Roger Mendegris, Le commentaire d'arrêt en droit privé, méthode et exemples, préface de Pierre Catala, Dalloz 1975.

Application

Pour faciliter l'analyse du raisonnement élaboré par le juge, la démarche suivante peut être adoptée (comparer R. Mendegris, Le commentaire d'arrêt en droit privé, Dalloz, 1975, p 28, 44 et 45). *Trois* analyses successives de la décision seront menées distinctement, chacune ayant ses objectifs propres.

1) La *première analyse* se contentera de détailler et de distinguer les éléments apparents du raisonnement présenté dans la décision rédigée et d'en révéler les liaisons logiques.

Prenons l'exemple d'un célèbre arrêt de principe, l'arrêt Req. 13 février 1834 (Caquelard).

> La Cour ; – Sur le premier moyen, tiré de la violation des art. 544, 546, 552 et 691 c. civ., et 607 de la coutume de Normandie : – Attendu, en fait, qu'après avoir, dans ses motifs, reconnu formellement à Caquelard et à Lemoine un droit de copropriété sur la berge ou chaussée dont il s'agit, et avoir expliqué la nature et les limites respectives de ce droit, d'après les faits et les circonstances de la cause, et notamment l'origine commune des deux usines, la possession réciproque, l'intérêt commun à la conservation de la berge, la charge de l'entretenir et l'appréciation de certains actes, l'arrêt attaqué reconnaît et déclare de nouveau, dans son dispositif, le même concours de propriétaires et les limites respectives de leurs droits ; ce qui écarte l'application des art. 691 c. civ. et 607 de la coutume de Normandie ; – Attendu, en droit, que les art. 544, 546 et 552 c. civ., sont déclaratifs du droit commun rélativement à la nature et aux effets de la propriété, mais ne sont pas prohibitifs ; – Que ni ces articles, ni aucune autre loi, n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible ; – Rejette.

La première analyse aboutit à repérer quatre propositions successives. Dans une décision moins concise, les mêmes éléments se retrouveraient dans les «attendus» essentiels (cf. supra p 84 et 94).

- Première proposition : la qualification adoptée (copropriété).

- Deuxième proposition : la qualification rejetée (servitude ; comme l'article 691 C. civ. aurait interdit d'en reconnaître l'existence en l'espèce, la qualification retenue apparaît comme la seule possible pour consacrer une certaine concurrence sur l'île litigieuse.

- Troisième proposition : les textes organisant la propriété (définition, objet) sont supplétifs.

- Quatrième proposition : les textes déterminant les droits réels (art. 543) seraient-ils impératifs, –voilà la liaison logique à rétablir, en l'accentuant au besoin–, rien n'interdit de modifier la propriété.

Noter d'emblée que la Cour a esquivé la question de la liberté de création des droits réels.

2) La *deuxième analyse* cherchera à révéler tous les aspects du raisonnement juridique, notamment ceux que la décision ne révèle pas directement.

Dans l'arrêt Caquelard, il importe de comprendre pourquoi la Cour a dû se demander s'il était possible de s'échapper de la détermination légale des droits réels. Ne pouvant utiliser la qualification simple de servitude, faute de titre produit par les parties (art. 691 C. civ.), et soucieuse de maintenir l'ancestrale concurrence qui s'exerçait sur l'île, elle dut admettre l'existence d'un droit réel innomé. Qu' avait-il de différent de ceux prévus par la loi ?

Il s'agissait de propriété indivise, mais celle-ci se séparait du droit commun de l'indivision, tel que fixé par le code, pour trois raisons ; il s'agissait de copropriété perpétuelle (contra : art. 815 C. civ.) ; il s'agissait d'une copropriété accessoire à la propriété de deux autres biens (les moulins alimentés par l'eau de la rivière) ; il s'agissait d'une copropriété localisée pour chacun des propriétaires l'un ayant les saules et les aunes, l'autre ayant l'herbe et les peupliers.

Il importe ensuite de réunir l'ensemble des arguments pro et contra la thèse de la Cour...

3) La *troisième analyse* fera apparaître l'ensemble des circonstances qui peuvent avoir influencé les juges.

L'affaire Caquelard a été jugé en 1834 ; cette date n'est pas indifférente. Elle explique peut-être pourquoi, en pleine période *exégétique* (réfléchir sur la méthode d'interprétation de l'art. 543 C. civ. non cité par la Cour : oubli du pourvoi ?), la Cour de cassation n'a pas hésité à renoncer à l'individualisme du Code civil ; elle a consacré un droit d'origine féodal, fondé sur l'existence d'une communauté de voisins ; elle a ravalé le Code civil à un «droit commun de la France» (comparer art. 1393, al. 2, C. civ.) comme s'il était en concurrence avec les anciennes coutumes.

S'agissant d'une décision ancienne et en présence d'une modification législative ultérieure, il faudrait également se demander ce que la réforme du droit de l'indivision de 1976 apporte à l'intelligence de l'arrêt Caquelard. Aujourd'hui, le droit réel consacré en l'espèce serait-il toujours hors série et innomé ou rentrerait-il dans la gamme, considérablement enrichie, des modèles d'indivision ?

RAPPEL DES PRINCIPALES QUESTIONS A ENVISAGER DANS LA PRÉPARATION DU COMMENTAIRE DE DÉCISION DE JUSTICE

Les trois analyses précédemment présentées doivent permettre de répondre aux cinq questions suivantes. La préparation de tout commentaire d'arrêt passe par une réflexion approfondie sur ces divers points.

Première question : Préparation de la présentation introductive.

Exposé concret des faits et de la procédure pour en déduire la difficulté principale affrontée par les parties.

Exposé juridique précis de la question posée au juge.

Exposé du problème de droit à travers les principes en cause.

Ce sont là trois démarches complémentaires et relativement distinctes.

Deuxième question : Indiquer les arguments des parties tels qu'ils peuvent être connus.

Il ne s'agit pas de répéter le contenu de l'arrêt, mais de présenter les argumentations possibles sur la question précédemment précisée.

Troisième question : Présenter, et éventuellement critiquer en droit, le raisonnement suivi et la solution adoptée par la Cour. Analyser très précisément **l'attendu principal**.

Réfléchir, notamment par comparaison avec d'autres cas voisins, sur la valeur des qualifications employées, sur toutes leurs conséquences...

Chercher des arguments favorables et défavorables à la position retenue.

Est-elle conforme à celle de la jurisprudence dominante ?

Quatrième question : La solution adoptée par la Cour vous paraît-elle juste et opportune ?

Cinquième question : Analyse du principal texte de loi applicable et comparaison avec le raisonnement des juges.

N. B. : L'ordre des questions n'est nullement impératif. La première ne peut recevoir de réponse qu'après réflexion sur les suivantes.

CHAPITRE IV.
PRÉPARATION DE L'ÉTUDE D'UN CAS PRATIQUE

L'exercice dit de *cas pratique* consiste pour les étudiants à examiner une hypothèse concrète, les circonstances détaillées d'une espèce ; il leur est demandé d'élaborer le raisonnement qui permet de fixer le point de droit.

Leur travail s'apparente, selon les cas, à celui du notaire qui recherche le meilleur contrat ou qui fait application à une succession des règles légales de répartitions, à celui de l'avocat qui prépare la meilleure argumentation possible, ou, enfin, à celui du juge qui tranche et dit le droit entre deux parties.

Les principales difficultés de l'exercice sont les suivantes :

- la première consiste à sélectionner, dans l'ensemble des données fournies, celles qui ont une importance primordiale. Dans les circonstances relatées, certaines ne sont là que pour «faire vrai» et peuvent être à peu près ignorée ; d'autres confirment seulement la conclusion qui doit être tirée d'une ou deux précisions majeures. Ces dernières doivent être repérées avec certitude, puisqu'elles indiquent la solution du cas. Il faut expliquer pourquoi.

Pour déterminer ces considérations pertinentes, relevantes et décisives, il n'est qu'une méthode ; c'est la connaissance des règles de droit applicables et, plus généralement, du raisonnement habituellement pratiqué dans des cas semblables.

- La deuxième difficulté du «cas pratique» réside dans la détermination du style de la réponse. L'exercice part d'une hypothèse concrète (en réalité, déjà simplifiée et orientée vers la solution) ; mais il s'agit d'y appliquer une règle générale et abstraite par l'intermédiaire d'un raisonnement qui fait tout l'intérêt de l'épreuve.

L'étude du cas doit donc tenir le milieu entre deux extrêmes. D'un côté, une paraphrase des faits complétée par quelques souvenirs du cours n'a aucun intérêt. De l'autre, la récitation appliquée d'une section du cours n'est pas conforme au genre de l'exercice. L'étudiant doit montrer qu'il est apte à utiliser ses connaissances générales pour résoudre une difficulté particulière. Les questions qu'il doit se poser d'emblée sont donc :
Quelle règle veut-on me faire appliquer et quelle particularité de l'espèce en rend l'application intéressante ?

Le cas pratique ne peut être correctement résolu qu'en s'en tenant aux circonstances de fait exposées dans le sujet. Il ne faut ni les modifier évidemment, ni même les compléter. Dans la présentation de la solution, doivent être distinguées nettement les conditions qui apparaissent remplies, compte tenu des informations fournies, celles qui font manifestement défaut, celles enfin qui étaient peut-être présentes, mais sur lesquelles des précisions manquent. Ce sera notamment l'occasion de séparer les questions de fond et les questions de preuve.

Comme dans tous les autres exercices, l'étudiant doit s'efforcer de songer à toutes les qualifications envisageables, d'indiquer celles qui peuvent être retenues et celles qu'il convient d'écarter, mais aussi celles qui, en justice, auraient le plus de chance d'aboutir au fain du procès.

CHAPITRE V.
RÉDACTION D'UNE DÉCISION DE JUSTICE

Cet exercice n'est pas véritablement spécifique.

Il s'agit de l'étude d'un cas pratique rédigée dans la forme propre aux jugements et arrêts.

Pour comprendre comment la préparer, l'étudiant se reportera donc aux pages 80 et 100.

La seule particularité de ce travail est qu'il réclame un effort de concision qui ne doit nuire ni à la qualité, ni à la clarté du raisonnement.

CHAPITRE VI.
REGLES GÉNÉRALES DE LA RÉDACTION

La règle d'or est de *respecter* le sujet. Un commentaire de texte, quel qu'il soit, ne doit jamais être l'occasion de réciter purement et simplement le cours. Plus généralement, *la question de cours n'a pas droit de cité dans les études universitaires où il s'agit de comprendre et de réfléchir.*

SECTION I - L'ARGUMENTATION JURIDIQUE

1) Il importe de n'en jamais oublier l'objectif : convaincre.

Pour y parvenir, la présentation doit être claire et facile à suivre. Ce n'est pas au lecteur ou à l'auditeur de se mettre à la portée de l'exposant ; c'est à lui de leur fournir un guide suffisamment net pour qu'ils soient conduits sans effort de l'hypothèse à la conclusion.

L'auteur d'un texte oral ou écrit doit toujours le concevoir comme s'il était destiné à un auditeur ou à un lecteur non spécialement informé de la question.

Notamment, il ne faut jamais écrire l'introduction comme si le problème était résolu ; il ne le sera, pour le destinataire, qu'à la fin de sa lecture. L'introduction doit seulement préparer le lecteur à suivre la logique du raisonnement.

2) Tout l'exposé doit préparer la conclusion (qui, de ce fait, n'a même plus besoin d'être exprimée dans un dernier développement, comme en matière littéraire).

La présentation doit être logique. Le cheminement doit être linéaire, sans contradiction évidemment, mais aussi sans répétition inutile, sans incidentes qui rompent le raisonnement. Pour la même raison, il est nécessaire de bien réfléchir à l'ordre dans lequel seront présentés les divers arguments, selon qu'ils sont plus ou moins fondamentaux, plus ou moins convaincants, plus ou moins précis.

3) Chaque développement ne doit porter que sur une seule idée. C'est dire que chaque affirmation ou proposition doit être complètement exploitée, avant que la suivante ne soit envisagée. Les retours en arrière, les anticipations gênent la lecture qui manque de suivi et le lecteur conserve une impression de dispersion : il n'est pas convaincu.

Il est essentiel d'être attentif au lien logique (opposition, confirmation, nuance,...) qui unit chacun des développements à son prédécesseur et à son successeur. Aucune phrase, aucun développement n'est totalement indépendant.

Pour respecter ces règles, l'étudiant doit préparer un schéma détaillé de son travail, avant de commencer la rédaction. Il doit réfléchir à la place de chaque idée, de chaque proposition, afin d'insister sur l'essentiel –c'est-à-dire sur ce qui répond de la manière la plus convaincante à la question posée– et d'estomper ce qui est secondaire.

4) Pour traiter un sujet, il importe de conserver à l'esprit la question principale qu'il pose. Pourquoi tel texte de loi (ou telle décision) a-t-il été donné à commenter ? L'essentiel de son intérêt, sa signification majeure doivent apparaître en pleine lumière.

> Soit l'article 232 du Code civil :
> «Le juge prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que chacun d'eux a donné librement son accord. Il homologue, par la même décision, la convention réglant les conséquences du divorce.
>
> *Il peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux*».

Il s'agit de préciser, dans un cas de divorce, le rôle du juge (l'objet de son examen : réalité et liberté de la volonté des époux ; intérêt des époux et des enfants ; équilibre du pouvoir des volontés individuelles et du pouvoir judiciaire ; lien entre l'homologation et le prononcé du divorce ; ...). Nuance : «conviction» / «constate».

5) Lorsque l'argumentation porte plus précisément sur un point controversé, quelques règles d'or peuvent aider l'étudiant à la recherche, tout à la fois, de la meilleure solution et de la meilleure présentation de la démonstration qui y conduit.

- Pour combattre une thèse, il est souvent utile d'en déterminer le domaine, c'est-à-dire d'en fixer les limites.

- Il est bon d'essayer d'envisager une question sous ses différents aspects. Poser la même question de plusieurs façons, c'est souvent se mettre sur la voie de plusieurs réponses possibles ou de plusieurs arguments.

- Il est souvent opportun et éclairant de déplacer le «centre de gravité» du débat, de le porter sur un terrain différent.

- Il est toujours souhaitable de s'efforcer, non pas de récuser systématiquement la thèse adverse, mais de retenir ce que cette thèse peut avoir de profitable. C'est l'effort de synthèse proprement dialectique (au sens initial, et non marxiste, du mot).

- Une discussion juridique peut être présentée, soit sous la forme de deux argumentations opposées formellement distinctes, soit de manière un peu plus systématique par regroupement des arguments qui se répondent. Là encore, un choix est à effectuer pour trouver la présentation la plus claire et la plus convaincante.

- Il faut s'efforcer de répondre à tous les arguments de la thèse adverse.

- En revanche, il ne faut se laisser imposer ni la démarche intellectuelle (progression éventuelle des arguments), ni le classement (distinction et ordre des arguments). Il importe de réfléchir à la présentation des arguments pour adopter le raisonnement le plus convaincant.

Application

Un exemple récent de controverse doctrinale peut être utilisé comme illustration de ce qui vient dêtre indiqué.

Cf. les deux thèses opposées soutenues, à propos de l'arrêt Cass. com. 28 janvier 1980, relatif à la charge de conserver la substance de la chose sujette à usufruit (art. 578 C. civ.), par :

- Monsieur le Professeur Giverdon : se reporter à la revue trimestrielle de droit civil, année 1980, p 787, n. 2.

- M. C. Atias : J. C. P. 1980, II, 19416. (pour une troisième position, plus nuancée, cf. les observations de Monsieur le Professeur Jean-Louis Bergel : Rev. dr. immob. 1980, 144).

Dans ce cas, l'auteur des observations en réponse, parues à la revue trimestrielle de droit civil (cf. références supra) utilise plusieurs des procédés qui permettent de combattre une opinion de droit. Quelle réfutation pouvait-on en concevoir ?

- *Réaffirmation d'une règle incontestable*. L'usufruitier ne peut user de la chose dont il a l'usufruit qu'à la charge d'en conserver la substance ; c'est pour lui «une obligation essentielle». L'auteur insiste ainsi sur un principe fondamental de la matière ; il le présente comme indubitable dans son existence et dans sa portée.

Sont passées sous silence toutes les hésitations doctrinales et *législatives* relatives à la véritable signification de ce principe. Constatant que le mot «substance» avait été interprété, depuis l'Antiquité, de multiples façons, les auteurs du Code reconduisirent les difficultés, en refusant de choisir.

Est également escamoté le fait que la destruction du fonds, en l'espèce, n'avait pas la volonté de l'usufruitier pour origine (comparer les observations précitées de M. le Professeur J.-L. Bergel).

Enfin ne sont pas évoquées les décisions qui ont admis une certaine évolutivité de la substance (Grenoble, 15 février 1961 : D. 1961, 674. - Pau 18 février 1979 : J. C. P. 1980 (N), II, 256).

- *Concession à la thèse adverse dans ce qu'elle a de plus convaincant*. Le droit des biens ne peut être le droit de la stérilisation des biens. L'affirmation est immédiatement retournée par la remarque qu'en l'espèce, le bien en cause avait été détruit par l'usufruitier. Celui-ci avait, en effet, cessé d'exploiter le fonds de commerce de réparation de petit matériel agricole dont il avait l'usufruit.

Ici encore, il faut noter qu'une circonstance décisive est tenue pour négligeable. Le fonds de commerce n'avait été fermé par l'usufruitier que parce que son exploitation était de plus en plus déficitaire ; il courait, en réalité, à sa perte prochaine, principalement en raison de circonstances économiques «indépendantes de la volonté» de l'usufruitier, selon l'expression-même de la Cour d'appel reprise par la Cour de cassation. En conséquence, la mesure de fermeture, prise par l'usufruitier, apparaissait comme la plus opportune ; elle s'était «imposée» à lui, compte tenu de la situation économique du secteur.

- *Citation de l'auteur partisan de la thèse adverse*. S'il a annoncé, au début de son étude, qu'il aurait à examiner des arguments défavorables à sa propre opinion, avant de les réfuter, il est toujours possible de reprendre ces arguments ; au besoin, il est même envisageable de prétendre à la contradiction.

Cet exemple est évidemment fortement teinté de *polémique*. D'autres arguments avaient d'ailleurs été utilisés (principe d'indépendance entre usufruitier et nu-propriétaire : cf. J. Carbonnier, Droit civil, P. U. F., t. 3, Les biens, 8ème éd., 1975, n. 36 in fine, p 133. - Portée de l'arrêt : espèce ou principe ; cf. supra p96).

SECTION II - L'INTRODUCTION

C'est un passage essentiel dans tout texte juridique. Il doit cerner le sujet dans son ensemble. Au terme de l'introduction, le lecteur ou l'auditeur sont prêts à suivre le raisonnement ; ils en connaissent les éléments et ont repéré les principaux écueils.

Chaque sujet, chaque type d'exercice a son genre d'introduction propre ; mais quelques directives peuvent être données à titre général. La première est évidente : puisque l'introduction est très importante, elle ne peut être escamotée en quelques lignes. Sa longueur normale dans une copie –il n'en serait pas de même dans un mémoire de doctorat, une thèse ou un autre ouvrage de longue haleine– est d'un peu moins du tiers de l'ensemble.

Les autres indications portent sur la structure globale de l'introduction. Il serait bon de prévoir trois développements.

1) Le premier a pour fonction d'annoncer les autres éléments de l'introduction. C'est pourquoi, trois mouvements successifs sont généralement nécessaires, notamment dans un commentaire.

Tout d'abord, quelques phrases simples présentent, de manière aussi abordable que possible pour un profane, la difficulté. Il s'agit d'être clair, concis et concret.

Par exemple, un époux dont le divorce a été prononcé sur requête conjointe conteste la convention conclue avec son conjoint ; il prétend ne pas avoir réellement consenti aux mesures homologuées par le juge. La difficulté est de savoir s'il peut remettre en cause la convention et son homologation. Indiquer tout de suite, dans un commentaire de décision juridique, la solution retenue.

Ensuite, un deuxième mouvement donne une présentation juridique du problème ; il faut employer des termes et des qualifications rigoureux. C'est ici la technique juridique qui s'exprime. *Dans le même exemple*, il faudra préciser que l'époux invoque des circonstances liées, non à l'exécution de la convention, mais à sa formation. Il demande au juge de dire que cet accord est nul, faute du consentement de l'une des parties.
Il invoque donc le droit commun des conventions ; mais il se heurte au particularisme d'une convention qui est soumise à un contrôle judiciaire préalable et porte, non sur un objet pécuniaire seulement, mais sur des relations familiales.

Enfin, un troisième mouvement décrit le problème de droit dans toute son ampleur. Cette présentation globale indique les principes en cause ; c'est tout l'intérêt théorique de la question qui se révèle. Ainsi, la portée la plus large du sujet est mise en lumière ; il s'agit de prévoir toutes les conséquences, toutes les retombées, toutes les applications de la solution dégagée. *Dans notre exemple*, dégager le problème de droit dans toutes ses dimensions, c'est montrer que le divorce sur requête conjointe est à la recherche de son équilibre ; ce divorce sur consentement mutuel est-il principalement volontaire ou demeure-t-il une mesure judiciaire ? Le juge ne se contente pas d'enregistrer la convention des époux ; en l'homologuant, il change sa nature. C'est pourquoi, cette convention est soustraite au droit commun.

2) Le deuxième développement a pour caractéristique d'être beaucoup moins concis que le premier : il approfondit les remarques de celui-ci en dégageant toutes

les difficultés du sujet et tout son intérêt. Il prépare directement le *raisonnement* que va constituer le devoir, en présentant les principes en cause, leur évolution...

Il s'agit de recenser toutes les données du problème. Dans un commentaire de décision de justice, il faudra détailler les circonstances de fait et de procédure ; l'important sera de sélectionner l'important et d'oublier les détails inutiles. En tout cas, il sera utile d'évoquer les considérations économiques, sociales, morales, d'opportunité, de justice, ... qui peuvent intervenir dans la solution du problème.

Dans notre exemple, il serait bon d'évoquer notamment l'évolution du nombre des divorces, le risque de multiplication du contentieux, l'une des raisons de la réforme antérieure (l'hypocrisie des fausses lettres d'injure : l'espèce montre que, même dans un divorce sur convention, le juge n'est pas toujours informé de la vérité), le risque de tromperie d'un époux, la nécessaire stabilité des mesures prises dans l'intérêt des enfants.

3) Le troisième développement a pour fonction de conclure l'introduction sur l'annonce de la démarche qui sera suivie dans l'ensemble de l'étude. Celle-ci ne peut que se déduire de son introduction. Plus précisément, l'introduction doit commander le plan, le présenter comme la suite logique des remarques générales qu'elle contient.

N. B. : A éviter absolument :

Une première phrase trop générale : «Depuis toujours les hommes s'interrogent sur la nature du droit du preneur ou sur le divorce ...» est aussi inutile que fausse.

A respecter absolument :

Compte tenu de sa complexité, l'introduction ne peut être rédigée qu'une fois établi le plan très détaillé de l'étude, ainsi que le plan propre à l'introduction.

SECTION III - BREVES INDICATIONS SUR LE PLAN

L'élaboration d'un plan d'étude est considérée comme la difficulté la plus redoutable qu'aient à affronter les étudiants en droit. C'est en partie une fausse impression ; le plus difficile est de comprendre un raisonnement dans toutes ses hypothèses, déductions et conséquences. Qui a compris le fond ne peut échouer pour une question de plan.

1) La construction en deux parties paraît, à beaucoup d'étudiants débutants, une bizarrerie injustifiée et déraisonnable. Elle peut être démystifiée. Tout d'abord, elle n'est pas une nécessité absolue, même s'il est vrai qu'une étude en deux parties est généralement plus éclairante et plus convaincante. Ensuite, elle n'a pas d'autre raison d'être que de clarifier la présentation, de rapprocher (comparaison ou opposition) ce qui doit l'être et de séparer ce qui n'a pas de lien intéressant pour l'analyse de la question.

Très souvent, le sujet présente deux aspects ; ils fourniront les deux parties du plan. L'important est de ne pas plaquer une division toute faite sur le sujet. La construction ne peut être dégagée que d'une réflexion sur la question. C'est après avoir adopté une conception du sujet, après avoir décidé de démontrer le bien-fondé d'une idée, qu'un bon plan peut être élaboré (d'où l'intérêt limité de l'exemple qui va suivre ! Il ne faut l'utiliser qu'avec beaucoup de précautions).

2) Il est bon de donner un intitulé apparent aux deux parties de l'étude. Il doit être concis, clair et précis. Surtout, il doit bien évoquer le contenu du développement qui suit, dans ce qu'il a de particulier. Un intitulé qui conviendrait aussi bien pour une partie, pour une de ses sous-parties que pour l'autre partie est évidemment à rejeter.

Le plan a pour seul intérêt de permettre une synthèse convaincante. Toute la difficulté et tout l'art du plan consistent à découvrir les rapprochements éclairants et, à l'inverse, les divisions qui s'imposent.

3) Exemple-type de plan d'un commentaire de décision judiciaire

Introduction

- Présentation concrète, puis technique, puis globale.
  La question - le problème de droit (et sa solution).
- Les données de la réflexion : *faits* ou avantages et inconvénients économiques, sociaux, moraux ... procédure.
- L'annonce du plan.

1 - Contenu de la décision

– A – Signification immédiate :

Solution concrètement retenue - qualifications juridiques. Insister sur les particularités de l'interprétation adoptée. Commenter très rigoureusement l'**attendu principal** et le comparer aux textes de loi.

– B – Justification :

Énoncer avec précision et rigueur les arguments de droit (et de fait) qui ont convaincu le juge.

Faire le tri, parmi les arguments des parties, entre ceux qui ont été retenus et ceux qui ont été rejetés ou condamnés.

2 - Portée de la décision

– A – Par rapport aux solutions antérieures :

En quoi la décision apporte-t-elle du nouveau par rapport à la jurisprudence antérieure, aux positions doctrinales ?

Arrêt de principe ou d'espèce ?

Comparaison avec d'autres solutions établies : y-a-t-il contradiction ?

– B – Par rapport aux solutions futures :

Essayer d'imaginer l'ensemble des retombées de la décision. Dans d'autres hypothèses plus ou moins proches, que donnera la solution adoptée ? Le raisonnement suivi était-il le seul possible ? Conduira-t-il toujours à des solutions justes ?

SECTION IV - ORTHOGRAPHE ET PROPRIÉTÉ DES TERMES

Les quelques indications qui suivent sont seulement destinées à corriger certaines des fautes les plus répandues dans les copies. Il ne faut jamais oublier que, pour le juriste, la langue est un instrument de travail irremplaçable ; lorsqu'elle s'appauvrit ou s'affadit, c'est la recherche juridique elle-même qui en pâtit.

1) Expressions à éviter

- Toutes les abréviations (qui ne sont pas toujours claires pour tous et les chiffres sauf exception d'usage : date).

- basé sur...

- voire même (il faut dire : voire...)

- par contre... (dont la signification est précise et opposée de celle de : en revanche) ; dans le doute, préférer : au contraire ou à l'inverse.

- car en effet (l'un ou l'autre suffit).

- dans le but de... Préférer notamment : pour... (plus concret et plus élégant).

- comme à l'accoutumée... (il faut dire : à l'accoutumée...)

- au niveau de... ; dans le cadre de... (expressions dont le sens précis est de plus en plus oublié et dont le langage courant et le langage journalistique abusent).

Pour des explications et des compléments, se reporter soit au dictionnaire de Littré, soit aux ouvrages spécialisés.

2) Orthographe

- concurrence et occurrence.
- intéresser.
- fond du droit et fonds de commerce ou de terre.
- il résout (et non : il résoud).
- spatial (et non spacial).
- jurisprudentiel (et non jurisprudenciel).
- national (et non nationnal).

Accents :

- apparaître, connaître, paraître, ...
- événement (et non évènement).
- accents discutés : a priori et a posteriori.

Rappelons, à titre de simple recette, que l'exposé du sujet lui-même peut constituer un modèle d'orthographe pour l'étudiant qui hésiterait sur un mot. Dans le commentaire d'un texte consacré au divorce par exemple, il n'est pas admissible de mal écrire le mot divorce.

3) A noter

- De façon que (et non de façon à ce que...).
- Une partie à un contrat ou à un procès.
- M. (seule abréviation de Monsieur ; et non Mr.).
- La compréhension d'un texte, c'est *son extension* et non l'intelligence de ce texte ;
- Un contrat *stipule* (et ne dispose pas).
- Une loi *dispose* (et ne stipule pas).
- Il ne faut jamais écrire *d'une part* sans le faire suivre de *d'autre part* (et inversement).
- Il ne faut jamais écrire *en premier lieu* sans le faire suivre de *en second lieu* (et inversement).
- L'usage de la majuscule répond également à des règles précises.

RECHERCHES DE DOCTORAT
(Thèses, mémoires, ... en Droit Privé)

La difficulté majeure qu'affronte l'étudiant en doctorat, dans la préparation d'un mémoire ou d'une thèse, tient à l'ampleur de ce type de travail. Il faut bien comprendre, en effet, que dans chacun de leurs éléments particuliers, le mémoire ou la thèse ne sont pas fondamentalement différents des exercices traditionnellement proposés en D. E. U. G., licence ou maîtrise. Selon les paragraphes, l'étudiant sera conduit à réaliser soit une sorte de commentaire législatif, soit une sorte de commentaire jurisprudentiel, soit enfin, une dissertation de synthèse sur la définition d'une notion, sur une évolution ou sur une inspiration, ...

Ce qui change, de la copie d'examen au mémoire ou à la thèse, c'est le nombre de pages. Cette évidence ne doit pas être considérée à la légère. La différence quantitative est évidemment lourde de conséquences qualitatives. L'ampleur considérablement accrue du travail requiert, en effet, de la part du candidat, trois qualités essentielles. Il doit, d'abord, faire preuve d'une grande logique ; autant il est facile de ne pas se contredire sur une dizaine ou une vingtaine de pages, autant la *cohérence* d'une centaine de pages ou davantage est difficile à apprécier. L'étudiant en doctorat doit, ensuite, être doué d'une grande ténacité ; il doit savoir, en abordant ses recherches, qu'il rencontrera à certains moments des difficultés ; pire, il restera des jours entiers, voire des semaines, sans progresser, sans comprendre, sans pouvoir écrire. Il lui sera parfois bien difficile de ne pas abandonner. C'est d'ailleurs pourquoi, il devra choisir un sujet qui le porte suffisamment et avec lequel il se sent de suffisantes affinités ; c'est aussi pourquoi, il devra rédiger au fur et à mesure tous les passages qui commenceront à s'élaborer dans son esprit ; ce seront autant de bouées de sauvetage qui l'aideront à persévérer et autant de jalons pour trouver la cohérence d'ensemble de son travail. Enfin, l'auteur d'un mémoire ou d'une thèse doit être capable d'*approfondir* ses recherches. Il ne lui suffira pas de lire des textes législatifs ou jurisprudentiels, de lire tous ceux qui le méritent, il lui faudra savoir les exploiter, réfléchir sur leurs antécédents, découvrir leurs inspirations et leur raison d'être, faire sortir tout le suc, toute la saveur des mots et des phrases.

Pour parvenir à réaliser le mémoire ou la thèse, une démarche rigoureuse doit être suivie. C'est elle qu'il s'agit ici de décrire sommairement.

Disons d'emblée qu'à aucun moment, le candidat ne devra travailler seul. Avec son *directeur de recherche*, il devra former une sorte d'équipe ; le directeur sera consulté, non seulement lors de la détermination du sujet et lors de l'approbation du plan, mais aussi chaque fois qu'un conseil, une suggestion, un renseignement pourront être nécessaires.

A - DÉTERMINATION DU SUJET

Pour entamer une recherche de doctorat, il faut en avoir déterminé, maintenu, non pas l'objectif, mais le domaine, le matériel d'analyse, le sujet. C'est une étape importante et difficile à franchir.

a) Matière ou thème ? Un faux problème

Beaucoup d'étudiants hésitent entre deux démarches : celle qui ferait choisir d'abord une matière (droit civil, droit commercial, ...) et le thème ensuite seulement (nature du droit de propriété, **affectio societatis**, ...), celle, inverse, qui porterait directement sur le thème.

Il est certain que la matière préférée de l'étudiant peut guider ses premiers efforts. Son attrait pour telle ou telle branche du droit le conduira d'ailleurs à interroger un professeur travaillant dans cette matière.

Ce qui est sûr, c'est que l'étudiant ne doit pas être trop servilement attaché à ses affinités de matière. Bien souvent, le sujet retenu imposera de s'évader du secteur originaire pour raisonner par analogie, voire pour tenter une synthèse. Nombreux sont les sujets qui chevauchent la distinction du droit civil et du droit commercial, de ceux-ci et du droit pénal, voire du droit privé et du droit public, etc...

En général, le professeur à qui l'étudiant s'adresse lui proposera plusieurs sujets en rapport avec ses propres domaines de recherche. Il n'est pas exclu qu'à l'occasion de la direction d'un mémoire ou d'une thèse, le professeur responsable fasse progresser ses propres travaux ; cette collaboration intellectuelle est certainement souhaitable.

A dire le vrai, il semble bien que les meilleurs guides ne soient ni la matière, ni même la question précise (effet relatif des conventions, consentement de la victime, tolérance, ...) sur lesquelles portent le sujet. C'est plutôt son genre qu'il faut savoir choisir.

b) Les genres de sujets

Il suffit de consulter les divers catalogues de thèses pour constater l'extrême diversité des genres de sujets. Certaines caractéristiques communes demeurent pourtant.

1 - Variété des genres de sujet

Si la première variable dans l'ensemble des sujets concevables est leur objet (la question à traiter), la deuxième est la façon de l'aborder. La méthode, l'approche doivent être choisie avec soin, car selon le thème, telle ou telle démarche sera plus ou moins rentable.

De nombreux sujets se présentent aujourd'hui comme des *recherches de jurisprudence*. L'analyse des arrêts est confrontée, non seulement aux lois, mais aussi aux interprétations doctrinales. La démarche tient alors de la vérification. D'autres sujets portent sur un *principe* ou une *notion*. Il s'agira de leur donner toute la précision souhaitable, d'en déterminer rigoureusement le domaine et les conséquences, d'en rechercher l'origine et la signification, d'en éprouver les justifications ; il y aura aussi à évaluer leur importance pratique (sont-ils souvent –moins ou plus que la doctrine ne le prétend ?– appliqués par les tribunaux ? S'y réfèrent-ils expressément et dans quelles hypothèses ? Les respectent-ils ? ...). Comme les précédents sujets, *le commentaire législatif* a pour vocation d'établir et de comprendre le droit positif, il exige la définition des termes employés, l'élaboration d'une casuistique de l'application du texte, une appréciation portée sur son fondement et sur ses conséquences,... Un autre genre de sujets se caractérise par l'effort de *synthèse* qu'ils supposent. Il s'agit, alors, de rapprocher plusieurs notions ou règles pour révéler des contradictions, pour découvrir des précisions ou des lacunes ; en s'interrogeant sur la cohérence du droit, il doit aussi être possible d'enrichir certaines réflexions les unes par les autres, à condition de savoir sentir les limites de la démarche (il ne faut pas comparer l'incomparable, ni dénaturer une notion sous prétexte d'en étendre la signification du droit civil au droit pénal, par exemple). Cette voie peut conduire à la création d'une notion nouvelle ; ainsi, l'exemple du droit public peut conduire à s'interroger sur l'existence, en droit privé, d'une notion de règlement qui viendrait combler d'éventuelles lacunes de la notion du contrat. Un genre très voisin de sujet porte sur la *nature juridique* de telle ou telle institution ; l'arme principale du chercheur sera, alors, l'analogie ; mais aucune recherche juridique ne peut s'en dispenser. Enfin, un type de sujets tout à fait différent consiste en l'étude d'une *pratique* (comportement des particuliers, de certains professionnels, fonctionnement d'une institution, ...). Ces sujets-là pourront demander des enquêtes préalables, la consultation des personnes informées, éventuellement des sondages, ... Ils permettront de vérifier la valeur des affirmations théoriques et les conséquences concrètes des règles de droit. Ils seront aussi concevables sur des questions neuves, sans doctrine, ni jurisprudence, ni même législation.

Il va de soi que cette présentation des genres de sujets ne pouvait être que schématique. Chaque sujet de thèse ou de mémoire est, à lui seul, un cas ; il emprunte bien souvent les caractéristiques de plusieurs des genres indiqués ici. Cette remarque contribue à expliquer que l'extrême variété des sujets laisse place à quelques points communs.

2 - Éléments communs

Tous les sujets, ou peu s'en faut, comporteront l'obligation, pour l'étudiant, d'adopter au moins quatre démarches. Leur importance et leur ordre d'intervention varieront, mais elles ne pourront généralement pas être complètement évitées.

- Il faudra, d'abord, définir très rigoureusement et très précisément les termes du sujet. Ce sera l'occasion, non seulement de déterminer le domaine de l'étude

–le programme de recherche que l'auteur s'assigne à lui-même–, mais aussi de préparer les instruments de travail du chercheur, les concepts opératoires de la recherche. Parfois, des faiblesses, des incohérences, apparaîtront dès le moment où l'étudiant s'efforcera de se donner des définitions incontestables ; le filon sera à creuser par la suite.

- Il faudra également rechercher des *tendances*, des inspirations, des évolutions,... Généraliser ou refuser de généraliser, voilà un choix primordial en matière juridique.

- Il faudra, encore, réaliser à un moment ou à un autre des commentaires de textes législatifs ou d'arrêts. La plupart des sujets invitent à se livrer à ces exercices connus de l'étudiant ; il lui faut en profiter. Il pourra ainsi progresser et se rassurer ; il évitera aussi ces fastidieux catalogues d'arrêts trop sommairement analysés pour que leur indication puisse être utile. Mieux vaut tirer le meilleur parti de toutes les affirmations et de tous les sous-entendus des décisions et des textes les plus significatifs ; ils sont rarement très nombreux.

c) La vérification de «l'existence» du sujet

Que le sujet ait été imaginé par l'étudiant et soumis à son directeur de recherche ou qu'il ait été proposé par ce dernier, la tâche de l'étudiant est toujours la même. Il doit d'abord vérifier qu'il tient bien un sujet, qu'il y a bien matière à une recherche. Cette vérification sera l'occasion de constituer une première bibliographie et d'orienter les premières recherches.

Un premier écueil apparaît déjà ; il inquiète généralement beaucoup les étudiants qui entament une recherche de doctorat. Cette première recherche bibliographique risque d'engager la recherche dans la voie d'une compilation, voire d'une répétition des écrits antérieurs. D'où la question rituelle : parviendrais-je à l'originalité ? «Tout est dit et l'on vient trop tard» (1). Il faut dire, aux étudiants de doctorat débutants, que toutes les thèses, et notamment les meilleures d'entre elles, comportent un exposé du droit positif. Cette partie du travail ne prétend pas à l'originalité pour elle-même ; toutefois, elle est indispensable à la préparation de la démarche originale éventuellement proposée ensuite par l'étudiant. La rédaction d'un tel passage, généralement situé en début du mémoire ou de la thèse, orientera la démarche d'ensemble, distinguera le certain du discuté ; surtout par le jeu des rayons et des ombres qu'elle jettera sur l'ensemble de la question, elle rendra plus convaincante la démonstration ultérieure.

La vérification de l'existence-même du sujet est délicate. Il ne s'agit pas de se demander s'il sera possible d'écrire suffisamment de pages, mais si elles seront intéressantes à écrire et à lire. Y aura-t-il discussion ? Y aura-t-il des précisions à apporter ? ... Les conseils du directeur de recherche seront ici parituclièrement nécessaires.

---

(1) La bruyère, Les caractères, chap. 1. - Comparer Musset, Poésies nouvelles, Rolla, I. - Il est vrai que Jean Paulhan répond : «Tout a été dit. Sans doute. Si les mots n'avaient changé de sens, et les sens, de mots». (clef de la Poésie).

B - LA CONSTITUTION DE LA BIBLIOGRAPHIE

L'objectif de la recherche bibliographique est complexe. Ce travail permet de vérifier qu'il y a bien matière à une recherche ; le critère n'est pas l'inexistence d'une publication récente sur le même sujet mais la possibilité d'approfondir, de discuter, de raisonner enfin. La préparation de la bibliographie indique ces failles, ces incertitudes, ces *controverses* qui donneront son intérêt à la recherche. A l'inverse, la recherche bibliographique déterminera les *données certaines*, au moins en première analyse, c'est-à-dire celles qui sont présentées hatibuellement comme telles. Enfin, la constitution de la bibliographie sera l'occasion de réunir un fonds d'*idées* et de *réflexions générales* qui alimenteront, selon leur intérêt, soit l'introduction, soit l'ensemble du texte.

Quatre types d'ouvrages doivent être étudiés.

1 - Ouvrages élémentaires

Leur consultation approfondie, leur lecture répétée et attentive est indispensable en début de recherche. Il est bon de les lire pour quatre raisons.

- Tout d'abord, ces ouvrages offrent, sous une forme ramassée, un exposé du point de droit abordé. C'est l'occasion de cerner le sujet, de déterminer les questions qu'il suscite, les querelles doctrinales, les divergences jurisprudentielles qu'il provoque. En découvrant les points discutés, ce sont les temps forts de la thèse et du mémoire que l'étudiant peut commencer de deviner. Les solutions et règles appliquées lui apparaissent aussi.

De la même façon, des contradictions ou d'autres difficultés du même ordre pourront être repérées. Des idées générales pourront encore être retenues.

L'étudiant collectera aussi les premières références à des textes législatifs et à des décisions de jurisprudence.

- Ensuite, la consultation des ouvrages élémentaires permet de dresser la liste des mots-clés auxquels il faudra se référer pour retrouver, dans les différents ouvrages plus importants, les divers aspects du sujet. Il va de soi que ce sujet sera rarement abordé en un seul endroit de chaque ouvrage.

- Il est encore indispensable de se choisir, dès le début de ses recherches, un ouvrage préféré. C'est celui dans lequel chacun se sent particulièrement à l'aise. Ce livre qui ne quittera pas la table de travail de l'étudiant lui permettra de vérifier ses connaissances de base et lui servira de garde-fou pour éviter de sortir du sujet ou d'émettre des propositions déraisonnables.

- Enfin, la consultation des ouvrages élémentaires est un bon moyen pour parvenir à résister à l'attraction, à l'influence trop forte de certaines thèses originales.

2 - Textes

Il importe de repérer très rapidement l'ensemble des dispositions légales et réglementaires qui présentent un quelconque rapport avec le sujet. Parmi elles, il faut distinguer celles qui présentent un intérêt particulier. De la même façon, il faut relever les arrêts de principe ; bien peu de sujets exigent un dépouillement systématique de la jurisprudence sur une très longue période (hormis, bien entendu, les revues de jurisprudence), mais il est des décisions qu'il n'est pas permis d'ignorer. Parfois, il est nécessaire de connaître aussi d'autres documents (conventions collectives, contrats-types, réponses ministérielles...).

De plus, il est indispensable, pendant tout le cours des recherches, d'être attentif à l'actualité et notamment à l'actualité législative et jurisprudentielle sur sa matière et sur les questions connexes.

3 - Ouvrages détaillés

Il en est de plusieurs sortes :

- Les **grands traités** offrent, dans chaque matière, non seulement une documentation particulière complète, mais aussi des rapprochements fertiles en découvertes inattendues, des réflexions critiques, des aperçus historiques et parfois les premiers éléments de droit comparé. Pour compléter la recherche historique, il est toujours utile de remonter dans le temps d'un grand traité à son prédécesseur, voire à son édition précédente. Des comparaisons très enrichissantes sont souvent possibles.

- Les **ouvrages pratiques** présentent parfois les questions d'une façon différente de celle adoptée par les universitaires. Les divergences peuvent être l'occasion d'une réflexion intéressante ; et c'est pourquoi, ces ouvrages aussi doivent être étudiés. Les ouvrages soumis à mise à jour régulière sont à suivre pour éviter d'escamoter une réforme ou un revirement de jurisprudence (Juris-classeurs ; Encyclopédies ; Jurisprudence française ; Dictionnaires permanents ; ...).

- Les grandes **revues juridiques** doivent être dépouillées systématiquement dans chacune des matières abordées par la recherche.

- Les **mélanges** (ou études) offerts aux grands maîtres de ces matières doivent également être consultés.

- Les **travaux préparatoires** des lois, notamment, peuvent apporter d'utiles informations (origine du texte, solutions envisagées, objectif adopté, arguments invoqués ...).

- La plupart des sujets gagnent à être étudié aussi sous l'angle **statistique**, voire **sociologique** ; il est bon de s'inquiéter d'emblée de collecter ce type d'informations. Outre les revues spécialisées (Année sociologique, Sondages ...), plusieurs services détiennent des données très importantes : I. N. S. E. E., Ministères ...

4 - Un irremplaçable instrument de travail : la JUR. GEN.

Le répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit

des gens et de droit public fut publié au XIXème siècle. La première édition parut entre 1824 et 1832. Une deuxième édition qu'il faut utiliser de préférence fut commencée en 1845 et terminée en 1870 ; les frères Désiré et Armand Dalloz en assurèrent la direction. Traditionnellement désigné sous la dénomination de «Jur. Gén.», cet ouvrage demeure un instrument de recherche passionnant et irremplaçable.

Il compte 46 volumes. Le tome 1er comporte, en première partie, un «essai sur l'histoire générale du droit français» dû à D. Dalloz et H. Thiercelin et, en deuxième partie, une table chronologique complète de tous les textes et décisions mentionnés dans la Jur. Gén. ; cette table de 312 pages (sur 5 colonnes) couvre la période 1274-1870.

Le reste de l'ouvrage est présenté dans l'ordre alphabétique. Sur chaque mot, est proposé un historique de la législation (exposé des motifs, travaux préparatoires ; rapports au Tribunal et au Corps législatif, ...), un abrégé de législation comparée et, enfin, ce que les auteurs appellent la théorie doctrinale. Le droit positif est présenté de manière approfondie en partant des textes et de la jurisprudence et en exposant toutes les controverses. De manière notable, les décisions jurisprudentielles ne sont pas présentées comme des solutions toute faites. Voulant lui «restituer ... la juste part d'autorité qui lui appartient», les auteurs de la Jur. Gén. ne recherchent dans la jurisprudence que des «raisons de décider» (parag. t. 1, p XI).

Parmi les questions particulièrement révélatrices de l'intérêt de l'ouvrage, signalons en plus des mots «Propriété» (t. 58, 1857 ; 685 numéros et 147 pages) et «Servitudes» (t. 40, 1859 ; 1294 numéros et 290 pages), les mots «droit constitutionnel» (t. 18, 1850 ; 91 numéros et 112 pages), «effets de commerce» (t. 20, 1850 ; 972 numéros et 366 pages), «obligation» (t. 33, 1860 ; 5588 numéros et 1215 pages), «vol» (t. 44, 1863 ; 938 numéros et 224 pages).

Trois qualités apparaissent à la lecture de ces études particulièrement complètes et approfondies.

En premier lieu, l'ouvrage témoigne d'un considérable effort de *synthèse*. A l'inverse des ouvrages pratiques qui lui ont succédé, la Jur. Gén. procède systématiquement par analogie. Les renvois d'un mot à l'autre sont extrêment fréquents ; par exemple, la consultation du mot «volonté» renvoie aux thèmes suivants : intention, connaissance, formation des contrats, électeurs, abstention. Et que dire de l'intérêt porté aux droits étrangers ?

En deuxième lieu, la Jur. Gén. fait souvent preuve d'indépendance d'esprit. Tout en s'adressant à des praticiens, ses auteurs surent prendre parti et rejeter les théories doctrinales ou jurisprudentielles qui heurtaient leurs convictions ou étaient contredites par leurs observations. Quelle leçon pour les ouvrages pratiques d'aujourd'hui qui se veulent des parangons de neutralité et font appel au législateur chaque fois qu'une incertitude apparaît.

En troisième lieu, la Jur. Gén. mérite d'être utilisée, exploitée et pillée pour la richesse de sa documentation. Le juriste d'aujourd'hui, s'il se soucie quelque peu

des origines du droit positif, y fera de passionnantes découvertes sur le droit du XIXème siècle. Il collectera des informations introuvables sur les circonstances très précises qui ont pu donner lieu à un célèbre arrêt de principe ; il trouvera d'utiles précisions sur les positions jurisprudentielles antérieures à 1850 ; ...

La Jur. Gén. doit donc être consultée systématiquement. Bien rares y seront les recherches vaines.

C - LA RÉFLEXION

Durant tout le travail de préparation d'un mémoire ou d'une thèse, l'étudiant devra ménager de longs moments de réflexion. Après chaque étape de la recherche bibliographique, après toute étude d'un document important, le chercheur doit faire siennes les nouvelles données récoltées. Il doit les assimiler et les rapprocher de ses autres connaissances ; sur chaque point discuté, les informations obtenues permettront d'apprécier la valeur des arguments invoqués ; sur l'ensemble de la recherche, elles doivent être l'occasion de nouvelles synthèses fortes de la résolution de nouvelles contradictions. Enfin, chaque précision doit être confortée aux difficultés concrètes imaginées ou découvertes à la lecture de la jurisprudence.

Les premières lectures doivent être suivies d'un temps de réflexion approfondie. Il ne s'agit pas encore tellement de rechercher des solutions ou des questions ; il ne s'agit pas du tout de préparer un plan d'étude, car un plan de recherche doit précéder le plan d'exposition. La première réflexion permet de mesurer l'ampleur et l'intérêt du sujet. Pour y parvenir, deux efforts complémentaires doivent être accomplis.

1 - Effort de précision

Il faut déterminer rigoureusement quels termes auront besoin d'être définis, soit à titre de concepts opératoires de la recherche (en introduction, généralement), soit à titre d'objets de la recherche (concepts flous dont l'étude s'attachera à dégager le sens).

Il faut établir le catalogue des différentes qualifications mises en œuvre. Ce sera l'occasion de se livrer à des comparaisons. Le raisonnement analogique est le premier instrument de travail du juriste ; le droit commun ou d'autres branches du droit ou d'autres questions de droit connaissent-ils des qualifications analogues ou contradictoires, des démarches ou des techniques utiles ?

Plus généralement, il ne faut pas oublier qu'une règle n'a pas été correctement étudiée tant que n'ont pas été examinés son domaine, et sa signification (concrète, ratio legis ou signification en politique législative, technique).

2 - Effort d'imagination

Il est grandement préparé et facilité par les travaux précédents. Il sera poursuivi par le rapprochement systématique de toutes les règles étudiées avec les

règles comparables, même empruntées à d'autres matières ou à l'histoire (comparaison des solutions, des techniques, des qualifications, des buts ...). Il convient aussi de découvrir des hypothèses concrètes particulièrement révélatrices des qualités et des défauts de la règle. Enfin, il faut s'interroger très précisément sur la cohérence du système juridique dans lequel cette règle s'insère. Est-elle en harmonie ou en contradiction avec d'autres règles ? Et cette question doit être posée en envisageant, non seulement ses solutions, mais aussi ses qualifications, ses techniques et ses buts.

La série de ces opérations est assez longue. Elle présente l'intérêt de fournir les premiers éléments d'une recherche qui se trouvera inévitablement orientée par ses premiers moments. D'où la nécessité d'y faire preuve de la plus grande rigueur !

D - LA PRÉSENTATION

a) Le plan

En toutes hypothèses, le bon plan est celui que le sujet et la démonstration poursuivie sur ce sujet imposent. Le plan doit donc découler de la réflexion, la suivre et la porter pour la rendre aussi convaincante que possible.

Le plan a pour intérêt de donner la ligne directrice du travail. Dans la relation difficile de l'auteur (qui commence à rédiger la première ligne, au moins dans son ultime rédaction, lorsqu'il sait qu'elle sera sa conclusion) et du lecteur (qui commence à lire sans savoir où il sera conduit), le plan est le guide et le mode d'emploi. Il met en valeur certains aspects, certains rapprochements ; il en estompe d'autres.

Le plan doit être établi progressivement, par étapes successives. Il doit faire ensuite l'objet de multiples contrôles. La collaboration de l'étudiant et du directeur de son travail doit, à ce moment notamment, être particulièrement intense. Il faut d'abord vérifier qu'aucun intitulé de subdivisions n'est identique à celui d'une division qui devrait l'englober ; il faut ensuite vérifier que les distinctions entre les divisions sont bien apparentes et qu'à première consultation, le lecteur saisira l'objet de chacun des développements ; enfin, il faut travailler très attentivement à la correspondance des intitulés avec le contenu des développements. Il est également indispensable de se demander si chacun des points traités avait bien sa place dans l'étude du sujet et dans la partie où il a été étudié.

b) Rédaction

– Il faut commencer, sinon dès le tout début de la recherche bibliographique, du moins très tôt, à écrire. C'est d'abord le moyen de ne pas perdre de temps ; c'est ensuite et surtout l'occasion de prendre d'emblée l'habitude de la rédaction ; il faut s'astreindre à la discipline régulière de l'écriture. La recherche ne doit pas devenir l'alibi de la paresse et l'aliment du complexe de la «page blanche». Les thèses qui ne finissent pas sont celles qui n'ont pas commencé.

Si l'étudiant croit avoir besoin de six documents (articles ou livres) pour préparer la rédaction d'un passage et s'il n'a pu en réunir que cinq, il ne doit pas attendre d'avoir découvert cette ultime source. Il doit déjà écrire en fonction de ce qu'il a lu, quitte à rectifier ou à compléter par la suite. Il constatera d'ailleurs bien souvent qu'une référence supplémentaire n'apporte aucun enseignement de nature à bouleverser l'étude.

– Dès qu'une idée, une comparaison, une réflexion ou une référence vient à l'esprit, il faut la noter sur une fiche et la classer au bon endroit dans un dossier composé selon le plan de la thèse ou du mémoire.

– Il peut être également conseillé de soumettre rapidement, au directeur du travail, un premier essai de rédaction. Ainsi l'étudiant aura-t-il plus de temps pour corriger ses principaux défauts !

– De plus, il est souhaitable, notamment pour unifier le style de l'ensemble, de rédiger deux fois la première partie. Lorsque la première version en est achevée, une bonne méthode consiste, après avoir très précisément déterminé le contenu et la démarche des parties suivantes, de rédiger à nouveau la première partie. C'est aussi la cohérence de l'ensemble qui s'en trouvera mieux assurée (cf. supra in limine).

c) Appareil critique

La recherche achevée doit être aisée à consulter. C'est pourquoi, une table des matières très précise, et même peut-être un index alphabétique, sont inévitables. De plus, cette recherche n'en serait pas une si elle n'était pas vérifiable. C'est pourquoi, elle doit être dotée de toutes les références utiles. Il faut prohiber les affirmations dépourvues de l'indication de leurs sources, comme le recours aux sources indirectes ; sauf exception ou impossibilité, il faut consulter les auteurs eux-mêmes ou les arrêts, non les auteurs qui les citent ; par exemple, il ne faut pas se contenter de lire les sommaires d'arrêts publiés *in extenso* par ailleurs.

L'ouvrage doit enfin comporter une bibliographie détaillée et classée, c'est-à-dire facile à consulter. Ainsi prépara-t-il mieux des recherches ultérieures sur des thèmes voisins, connexes ou complémentaires !

L'ACCES A LA PROFESSION DE NOTAIRE

(Réflexions et conseils)

Par Michel DAGOT
Professeur à l'Université des Sciences Sociales de Toulouse
Notaire associé

L'un des aspects les plus contemporains de l'évolution des Facultés de droit et des sciences économiques est sans nul doute l'apparition de formations d'enseignements spécialisés. Nos prédécesseurs de la fin du siècle passé seraient sans doute surpris si, revenus dans nos facultés, ils avaient la possibilité de constater l'apparition à la fin du 2ème cycle et dans le 3ème cycle, de formations spécialisées. Est-ce un bien, est-ce un mal ?

C'est un lieu commun que de constater l'accroissement de la spécialisation dans cette fin du XXe siècle. Il l'est déjà moins de dire que si on désire, non pas que la Faculté soutienne la comparaison avec les grandes écoles (plus ou moins grandes, au demeurant) –une telle comparaison est encore trop ambitieuse–, mais qu'elle survive face aux grandes écoles, force lui est de se spécialiser quelque peu. Il est, pour qui est attaché à l'Université, quelque peu décevant et triste de constater que, même dans le domaine juridique, on a vu éclore depuis quelques décennies des écoles de formation qui, n'en doutons pas, ont déjà été, et seront de plus en plus, de redoutables concurrentes pour les Facultés de droit. Est-il besoin de rappeler l'existence de l'E. N. A. (l'École nationale d'Administration), de l'École de la magistrature, de l'École des impôts, etc. ?

Il est encore possible de se voiler la face en remarquant par exemple que l'accès à l'École de la magistrature se fait à partir d'un concours ouvert aux diplômés de la Faculté de droit. Mais qui ne voit d'abord qu'il existe une voie parallèle ? Qui ne voit ensuite que la création d'une telle école est un aveu de l'insuffisante formation de la Faculté à cet égard, même si l'accès à l'école se prépare à la Faculté ? Quelle condamnation de l'Université contient une telle création !

Dans cette analyse de l'évolution, que d'aucuns trouveront trop pessimiste, mais qui pourtant contient en germe la constatation du déclin de l'Université, un ilôt de résistance, le Notariat. Qu'en est-il en effet ?

Jusqu'en 1973, pour accéder à la profession de notaire, il n'était pas nécessaire d'avoir suivi des études supérieures, donc d'être titulaire de ce qu'on appelait à l'époque la licence en droit, de nos jours, la maîtrise en droit. La chose avait pu choquer, non sans de bonnes raisons, beaucoup de personnes. Sans doute, fallait-il

y voir une survivance d'une époque où le Droit ne changeant pas constamment et inconstamment, il était possible d'acquérir de bonnes connaissances à partir d'une pratique quotidienne. C'est là chose impossible à une époque où services compétents et services incompétents rivalisent pour édicter et faire adopter des textes souvent aussi mal rédigés les uns que les autres, surtout élaborés de manière totalement indépendante et indifférente à l'égard de ce qui se passe à côté.

En 1973, le Notariat aurait pu se contenter d'obtenir des autorités de ce pays qu'il soit nécessaire d'être titulaire d'une licence en droit pour accéder à la profession de notaire. Il aurait pu aussi envisager la constitution d'une école à vocation professionnelle destinée à compléter la formation universitaire. Loin de là, le Notariat a non seulement prévu l'exigence d'un diplôme universitaire (la maîtrise en droit) mais a également pour l'essentiel confié la formation postérieure à ce diplôme à l'Université. Quelle confiance dans l'Université !

A vrai dire, il existe depuis 1973 plusieurs voies d'accès à la profession de notaire. Elles sont au nombre de trois en réalité. L'une d'entre elles peut être mise de côté car il s'agit d'une voie parallèle permettant à des clercs chevronnés d'accéder au titre de notaire (art. 7 D. 5 juillet 1973). Il ne reste en définitive que deux voies d'accès qu'on peut qualifier de normales.

La première de ces voies est souvent qualifiée de «principalement professionnelle». Le postulant doit être préalablement titulaire de la maîtrise en droit ce qui est déjà un premier aspect de la référence, pour ne pas dire de la déférence reconnue à l'Université. Après quoi il doit entreprendre un stage professionnel dans une étude de notaire pour l'essentiel ; au cours de ce stage, il est invité (à titre obligatoire, s'entend !) à suivre des séminaires de formation, de réflexion, j'allais dire de «recentrage». L'organisation de ces séminaires est évidemment variable d'un endroit à un autre ; il n'en demeure pas moins que la règle générale est la participation de la faculté de droit locale à ces séminaires. C'est une participation analogue qu'on retrouve dans la présence d'universitaires aux jurys devant lesquels le postulant est amené à passer les examens de contrôle.

La deuxième voie ne se contente pas d'être sous l'influence de l'Université ; elle est universitaire : il s'agit du Diplôme Supérieur de Notariat qui suppose que le candidat, ayant d'abord obtenu la maîtrise en droit, obtienne ensuite le D. E. S. S. de droit notarial (dont l'organisation relève d'un arrêté conjoint du Ministère de la Justice et du Ministère de l'Éducation nationale) entreprenne le stage professionnel au cours duquel là encore il suivra des séminaires de formation ; enfin il devra soutenir devant un jury désigné par le Président de l'Université soit un mémoire soit un rapport de stage. Le diplôme supérieur de notariat est un diplôme universitaire délivré par l'Université ! L'influence de celle-ci est encore plus nette que dans le cas précédent.

Il ne faut pas pour autant opposer de manière totale et absolue les deux voies ; il est certain que l'Université ayant la maîtrise des diplômes universitaires ne peut pas ne pas tenir compte de certains impératifs mais, au contraire, doit collaborer

avec la profession notariale. Le cadre de tout ceci est une convention qui a été conclue il y a quelques années entre les Facultés de droit et le Centre national de formation professionnelle notariale. La différence entre les deux voies d'accès à la profession notariale envisagées au regard du rôle et de l'influence des Facultés de droit est peut-être plus une différence de degré que de nature. Ou si on veut placer la discussion sur le plan de la nature, on dira que dans un cas, la voie universitaire, la Faculté de droit, est maître de l'ouvrage alors que dans la voie principalement professionnelle (ou traditionnelle) elle est plus maître d'œuvre que maître de l'ouvrage. Quoi qu'il en soit, il faut souligner le fait objectivement incontestable que le Notariat a confié aux Facultés de droit la formation de ses futurs membres, à un point qu'on peut dire inégalé puisqu'il ne s'arrête pas à l'obtention de la Maîtrise en droit mais se poursuit sous une forme ou une autre jusqu'à l'obtention du titre de notaire.

Quelques conseils pratiques

1) Le choix entre les deux voies d'accès

C'est une question que se pose, que doit se poser, l'aspirant au notariat une fois qu'il a obtenu la maîtrise en droit. Il peut opter soit pour la voie dite principalement professionnelle soit pour la voie universitaire (D. E. S. S. puis stage et mémoire ou rapports de stage).

Dans l'esprit des auteurs des textes de 1973-75, la voie universitaire devait être réservée à un petit nombre, ne devant d'ailleurs être ouverte que dans peu d'établissements universitaires. Telle n'a pas été l'orientation qu'ont connue les premières années. Nombreuses sont les Facultés qui ont conclu avec le Centre national de formation professionnelle notariale une convention destinée à l'organisation du diplôme supérieur de notariat. Plutôt nombreux sont les étudiants qui l'adoptent.

Et pourtant, ce qui fait peur à beaucoup de postulants c'est la préparation d'un mémoire (ou d'un rapport de stage). Cette préparation est plus ou moins importante selon les établissements universitaires, selon les exigences du directeur, mais aussi, il faut le dire, selon les aptitudes au travail du postulant.

Ce qui explique l'attrait relatif de la voie universitaire à l'heure actuelle, ce sont les difficultés qu'éprouvent les maîtres en droit à trouver un stage dans une étude de notaire. Dès lors qu'on arrive difficilement à trouver un tel stage, pourquoi ne pas suivre les cours du D. E. S. S. de Droit notarial, en attendant ? C'est donc une motivation tout à fait extérieure qui explique au moins pour une partie le nombre d'inscriptions au D. E. S. S. de Droit notarial.

Que conseiller aux aspirants au Notariat ? Toutes les vérités n'étant pas bonnes à dire, on se contentera de les écrire, faute de pouvoir toujours les affirmer face à un interlocuteur. De ces vérités, il y en a au moins deux.

La première est que, pour un étudiant qui a conduit, jusqu'à la maîtrise en droit, des études qu'on qualifiera, sans doute par euphémisme, de médiocres, mieux

vaut s'abstenir de s'engager dans la voie universitaire. Même s'il s'agit d'un D. E. S. S., et non d'un D. E. A., il n'en demeure pas moins que pour les universitaires qui l'ont en charge, il s'agit d'un diplôme de 3ème cycle pouvant conduire éventuellement à une thèse et à l'obtention d'un titre de docteur du 3ème cycle. De là l'idée à peu près généralisée chez les universitaires qui en sont responsables du maintien d'un niveau de qualité, insoutenable pour l'étudiant qui n'a mené jusque là, que des études médiocres.

La deuxième vérité, pas bonne à dire, est qu'il existe une hiérarchie entre les deux voies d'accès à la profession notariale. Contre cette hiérarchie, se sont élevés certains organismes que, pour ne pas encourir la critique, nous ne citerons pas ici mais qui, au contraire, ont posé le principe de l'équivalence des deux voies d'accès à la profession notariale.

Cette équivalence est un leurre. On le voit bien lorsqu'il s'agit de pourvoir à la création d'une étude. Il existait autrefois un concours qui a été supprimé naguère et qui a été remplacé par le choix d'une commission ad hoc. Il suffit de regarder autour de soi ; toutes (ou presque toutes) les études créées ont été attribuées à des aspirants qui avaient obtenu des diplômes universitaires ; souvent, il s'agit du doctorat en droit. C'est là un réflexe normal pour une commission qui statue sur dossier et non sur épreuves. Comment ne pas être alors influencé par les résultats, sinon les vérifications qu'ont accomplies il y a quelques années les Facultés de droit ? A l'époque où il existait un concours, le jury pouvait toujours en référer aux résultats du concours ; il statuait sur épreuves, ce qui n'empêchait d'ailleurs pas une attribution de points destinée à favoriser les titulaires de diplômes universitaires. Avec le remplacement du concours par une commission, on ne pouvait qu'aboutir à valoriser les diplômes universitaires obtenus antérieurement.

L'équivalence est également un leurre dans l'optique où la patrimonialité des offices venant à être supprimée, le changement d'une étude pour une autre ne dépend plus de la seule convenance ou des seules possibilités financières d'un postulant, mais là encore de la décision d'une administration centrale statuant sur dossier. Ici également, il faut bien recourir à certains critères de choix. Même si elle n'est pas exclusive, la possession d'un diplôme universitaire de qualité comptera.

Or, le diplôme supérieur de notariat est un diplôme universitaire. Or, le Diplôme supérieur de notariat est un diplôme de qualité puisqu'il suppose que son titulaire a d'abord obtenu une maîtrise en droit, puis le D. E. S. S. de droit notarial, enfin soutenu un mémoire, ou un rapport de stage. Qu'on le veuille ou non, le Diplôme supérieur de notariat se situe entre la maîtrise en droit et le doctorat en droit ; il ne peut pas ne pas être pris en compte si une commission est amenée à statuer pour pourvoir un poste soit à la suite d'une vacance, soit à la suite d'un avancement dans le cas où la patrimonialité des offices aurait disparu. Il n'est donc pas exact, dans cette optique, d'affirmer le principe de l'équivalence des deux voies d'accès à la profession de notaire.

2) Le choix entre le mémoire et le rapport de stage

Dans le cadre du diplôme supérieur de notariat, le décret de 1973 donne le choix entre un mémoire et un rapport de stage. Ce dernier paraît plus abordable, plus pratique et moins long que le mémoire. Il n'en encourt pas moins des critiques virulentes.

D'abord pour qu'un aspirant au notariat soit apte à rédiger un rapport de stage, encore faudrait-il qu'il possédât une expérience suffisante pour avoir été amené à suivre un dossier intéressant susceptible d'alimenter la rédaction d'un rapport de stage. Or cela n'est pas , cela ne peut pas être avec un stage d'une durée de deux ans. C'est vraiment méconnaître la complexité actuelle de la profession notariale que de penser qu'en deux ans on peut former un notaire ! Cela relève de la plaisanterie. En tout cas, on peut être sûr d'une chose, c'est que l'aspirant au titre de notaire n'aura pas connu, au cours de ses deux ans de stage, de dossier suffisamment intéressant pour alimenter la rédaction d'un rapport de stage.

La deuxième raison pour condamner l'option admise par le décret de 1973, c'est le problème du secret professionnel. De deux choses l'une, ou le dossier devant alimenter la rédaction du rapport de stage est intéressant ou il ne l'est pas, en raison des difficultés à résoudre. S'il est intéressant, il est impensable que l'aspirant au titre de notaire en tire un rapport de stage, ce qui serait dévoiler des faits qui sont couverts par le secret professionnel relativement à une affaire que d'aucuns pourraient identifier aisément. Et s'il n'est pas intéressant, il ne mérite pas de servir de base à la rédaction d'un rapport de stage.

3) La date du choix du sujet de mémoire

On constate ici comme pour les sujets de thèse une attitude regrettable chez nombre d'aspirants au titre de notaire ; elle consiste à attendre d'avoir obtenu le D. E. S. S. de droit notarial pour se préoccuper du sujet. Comment s'étonner du retard mis pour la préparation et la soutenance du mémoire alors qu'il serait certainement préférable de choisir le sujet de mémoire dès le début du D. E. S. S. pour avoir le temps d'orienter les recherches, d'y réfléchir, de s'imprégner du sujet, etc...

4) Le directeur de mémoire

La tradition universitaire est que le «thésard» choisisse librement son directeur de thèse avec lequel il choisit le sujet de thèse et sous la direction duquel il prépare la thèse. Il semble qu'au niveau du mémoire la même tradition se soit perpétuée. Toutefois dans certaines Facultés –il en est ainsi à Toulouse– la solution est plus complexe et traduit à ce niveau également la collaboration entre l'Université et la pratique notariale qui doit marquer toute formation spécialisée. La solution toulousaine est que le candidat choisit librement le directeur du mémoire parmi les universitaires et les notaires ; mais le sujet du mémoire doit être visé pour approbation par un universitaire si le directeur du mémoire est un notaire, et par un notaire si le directeur est un universitaire. Il s'agit en fait d'un double visa, sinon d'une double direction.

5) L'importance du mémoire

S'il est un domaine où il est bien difficile d'affirmer une solution de portée générale, c'est bien celui-ci. Tout est question de sujet, de l'optique envisagée par le directeur de mémoire et le postulant, etc. C'est aussi une question d'ambiance de la Faculté intéressée : s'il est d'usage dans une Faculté déterminée d'accepter que puissent être présentés comme thèses des manuscrits d'importance réduite, une telle habitude ne peut que rejaillir sur le mémoire ; on se contentera dans un tel établissement d'un mémoire d'importance limitée.

De toute manière, l'importance quantitative du mémoire est sans doute un faux problème. Sans rappeler l'histoire de la thèse de Pasteur, au moins faut-il affirmer que la qualité importe plus que la quantité.

6) L'accès au doctorat de 3ème cycle

La question est au moins double. Comme tous les D. E. S. S., le D. E. S. S. de Droit notarial ne donne pas accès de plein droit au doctorat ; c'est-à-dire que le titulaire de ce D. E. S. S. ne peut pas prétendre automatiquement, du seul fait qu'il est titulaire du D. E. S. S., prendre inscription d'un sujet de thèse en vue de sa soutenance ultérieure. L'inscription n'est pas de droit ; elle est subordonnée à un avis favorable donné par la Faculté.

Un autre aspect du problème est le cumul du mémoire et de la thèse. Il semble que ce soit là un faux problème. On ne voit pas ce qui ferait obstacle à ce qu'un aspect particulier de la thèse en cours de préparation soit présenté, orienté, en vue de la soutenance du mémoire pour l'obtention du Diplôme supérieur de notariat. Tout est question d'espèce à cet égard, qu'il s'agisse du sujet (plus ou moins pratique, ou à orientation pratique possible, plus ou moins important pour permettre un découpage, etc) ou des relations entre le directeur de la thèse et le postulant.

CONCLUSION PROVISOIRE

On s'arrêtera ici ces digressions, non point parce qu'on a tout dit mais sans doute parce que cela peut paraître suffisant pour amorcer la discussion. Emportés comme le sont tous nos contemporains dans une vie trop active, nous manquons souvent du temps de réflexion, le plus productif parce qu'il n'est pas en apparence productif. Nous avons voulu essayer de fixer quelques idées sur l'accès à la profession de notaire, susciter la réflexion tout autant que répondre, si cela était possible, aux interrogations nombreuses sinon multiples que se posent les postulants. Ce n'est qu'une approche très symbolique ; il conviendra de remettre un jour le métier en chantier.

REMARQUES SUR LA MÉTHODOLOGIE DU DROIT (1)

Par J. R. BONNEAU
Enseignant à l'École Polytechnique

1 - Le droit peut être défini comme un ensemble de règles organisant la vie en société, imposées aux Hommes par un pouvoir (souverain, parlement, peuple). Les sources de droit procèdent de la coutume. Deux questions se posent au juristes soucieux de méthodologie : les sources de droit (actes législatifs et réglementaires) en vigueur permettent-elles de résoudre les problèmes juridiques actuels ? Les méthodes d'interprétation de ces sources de droit par les tribunaux sont-elles assez rigoureuses ?

2 - Plusieurs sources fondamentales datent du début du XIXème siècle notamment le code civil de 1804 et le code de commerce de 1807. Est-il rationnel de se référer à des règles aussi désuètes ? Les spécialistes du droit du travail en ont conscience. Le salarié pour la jurisprudence –malgré la loi de 1973 substituant, au contrat de louage de services, le contrat de travail– reste le propriétaire de sa force de travail louant celle-ci au chef d'entreprise. Les règles du droit commun de la location peuvent-elles s'appliquer au travail de l'Homme ?

3 - Mais le problème qui, pour la méthodologie juridique, présente le plus d'intérêt, réside dans l'interprétation de ces sources de droit. Malgré les apports du droit positif, le code civil apparaît encore comme le produit de la Raison. C'est un droit naturel, universel et immuable. La jurisprudence procède à l'exégèse des Codes.

Sa méthode exégétique s'appuie sur la logique formelle (arguments a simili, a fortiori, a contrario...). Le syllogisme appliqué au droit ne va pas sans danger. C'est ainsi que l'article 102 du code civil dispose : «Le domicile de tous français quant à l'exercice de ses droits civils est au lieu où il a son principal établissement». A contrario, a conclu la Cour de Cassation jusqu'en 1927, les étrangers n'ont pas de domicile (A. Weill, Droit civil, Introduction générale, Dalloz, 1970).

4 - Ce «fétichisme formaliste» (M. Miaille, Une introduction critique au droit, Maspero, 1975) n'a pas manqué d'être critiqué. On s'étonne d'ailleurs, à ce propos de l'intérêt très relatif manifesté par les juristes à la méthodologie juridique. Le professeur Villey (Philosophie du droit, Dalloz, 1975, p 9) n'écrit-il pas «Demandez sur quoi repose notre prétendue science du droit, comment se justifient nos méthodes, quelles sont les sources de nos connaissances ; qui saura répondre ?».

5 - Différentes méthodes sont utilisées pour rendre plus rigoureux l'outil juridique.

---

(1) Après que nous ayons préparé la publication de ce manuscrit, il a été publié dans la Gazette du Palais, n. 45 à 47, des 14 - 16 février 1982, p. 12.

Dès la fin du XIXème siècle, la Cour de Cassation en se satisfait plus de l'interprétation grammaticale des codes. D'où l'œuvre audacieuse de sa jurisprudence pour adapter aux mutations économiques les textes de 1804 (extension aux actions et obligations de la notion de «biens meubles» de l'article 2279 du code civil de 1804).

6 - Mathématiciens et logiciens concourent avec les juristes pour pénétrer les structures du monde des personnes morales de droit public (Groupe «Droit et Mathématiques» de l'Université Paris II) ou rationaliser les techniques d'interprétation des sources de droit (Perelman, Logique juridique, Dalloz, 1976), Kalinowski (La logique des normes, P. U. F., 1972) et Leszek Nowak (Contribution polonaise à la théorie du droit et à l'interprétation juridique. E. Bruylant, Bruxelles, 1969).

Si l'enseignement de la philosophie du droit est dispensé en France, on peut regretter le trop petit nombre de centres de recherches de méthodologie juridique. Aux U. S. A., beaucoup d'Universités ont créé de tels centres ; citons notamment celle de Columbia en Caroline du Sud, connue par les travaux de Cohen sur le calcul des probabilités appliqué en droit.

7 - Certains juristes pourraient s'interroger sur l'utilité de telles recherches. Il ne s'agit pas de faire de la mathématique décorative (comme certains économistes des années 1950), mais d'utiliser pour mieux saisir les phénomènes juridiques (tutelle et hiérarchie par exemple), des outils scientifiques tels que les ensembles et les graphes.

8 - Les mathématiques, la logique et l'histoire des sciences appliquées au droit pourraient :

- permettre au législateur ou tout au moins au pouvoir réglementaire, de créer des normes juridiques rationnelles à l'abri du contentieux.

- aider l'Administration à prendre des décisions équitables (expériences des tables de décision de l'École Nationale d'Administration).

- analyser de façon critique les méthodes de raisonnement des magistrats, des arbitres et des jurisconsultes.

9 - On ne saurait oublier enfin, l'influence de l'informatique sur le concept même du droit. La perfection de l'instrument scientifique ne va pas sans entraîner une vision nouvelle du monde interrogé. L'astronomie et les sciences naturelles en fournissent des exemples précis.

R. R. J. 1982
Pages 129 à 139

LES TENDANCES DU DROIT CONTEMPORAIN

I.– LE VRAI SENS DE LA DÉCENTRALISATION

Par Didier LINOTTE

L'actuel projet de loi relatif aux droits et libertés des collectivités locales incite, indépendamment du contenu du texte et hors de toute contingence technique de détail, à réfléchir à nouveau sur le sens actuel du concept de décentralisation dans l'organisation administrative et gouvernementale française.

*

Le débat «Centralisation - Décentralisation» plonge ses racines au cœur de la controverse sur l'organisation politique de l'État. L'opposition, bien classique, des Jacobins et des Girondins sous la Révolution française en constitue une illustration quasi mythologique.

Ce débat, avec des fortunes diverses, s'est poursuivi au XIXème puis au XXème siècle, oscillant sur les diagonales de l'échiquier idéologique. La revendication régionale et décentralisatrice fut portée par l'Action Française, anti-républicaine de Charles Maurras avant que d'être le cheval de bataille d'un P. S. U. ou d'une C. F. D. T. auto-gestionnaires.

La revendication décentralisatrice a d'ailleurs très largement, dans les programmes au moins, sembler gagner la partie, en un temps peut-être, étrange paradoxe, où la centralisation n'a jamais été aussi forte ! Mais quelle conception de la décentralisation triomphe dans les idéologies dominantes ? Le moment est venu de dire que la décentralisation telle que l'envisage la *théorie classique du droit public français*, en tant qu'aménagement des pouvoirs respectifs des collectivités territoriales et de l'État ne correspond peut-être ni à l'évolution profonde des questions actuelles d'administration ni aux aspirations exactes des citoyens.

Le débat sur la décentralisation ne peut être reconduit comme si les questions suscitées par l'organisation politique de l'État n'avaient pas changé depuis 1789. La décentralisation pouvait paraître plus «démocratique» que la centralisation en un temps ou le contrôle démocratique de l'électeur s'exerçait mieux sur ses gouvernants locaux que sur ses gouvernants nationaux. Aujourd'hui, le Président de la République est, juridiquement, et même sociologiquement peut-être, un élu plus direct que le maire d'une commune. L'accroissement des communications et des médias audio-visuels a raccourci la distance qui sépare le centre de la périphérie. L'ouverture à l'environnement international, la pression grandissante à l'intégration qu'il exerce parfois, contribuent à «remonter» d'un cran ou plus, le sentiment d'appartenance à

une communauté de citoyens. La gestion des économies modernes, la réalisation des grands projets et des grands équipements a concouru à renforcer l'interdépendance entre les niveaux locaux et nationaux dans les décisions politiques et administratives.

En revanche, le désir d'auto-détermination, de responsabilité des hommes, par rapport aux groupes, est devenu incontestablement très fort et très moteur de leurs demandes. Mais, ce n'est pas nécessairement dans une *limite territoriale* que s'exerce ce désir, en réalité beaucoup plus compréhensif.

*

Cet ensemble de considérations peut guider une triple réflexion sur le vrai sens de la décentralisation aujourd'hui.

1 - La nécessité du cumul de la centralisation et de la décentralisation (ou : Pour les types mixtes d'organisation).

Centralisation et décentralisation sont pareillement nécessaires dans un système rationnel d'administration du territoire national, en raison de leurs qualités identiques –mais pour des motifs inverses– ou de leur qualités complémentaires.

A l'avantage de la *centralisation*, il faut reconnaître la meilleure protection de *l'égalité* des citoyens et une *efficacité* parfois plus grande dans la réalisation de certaines politiques.

La remise d'importants pouvoirs de décision à des autorités locales postule, par définition, qu'elles n'en n'useront pas toutes de la même manière et selon les mêmes critères. Dès lors, les citoyens de Carpentras ou de Landerneau ne seront pas logés à la même enseigne ; comme en atteste d'ores et déjà leur situation devant la fiscalité locale, les services et équipements publics dont ils peuvent bénéficier ainsi que la jurisprudence bien connue du Conseil d'État sur les interdictions municipales des films. Lorsqu'il s'agit de gérer au mieux les moyens dont la collectivité publique dispose pour assurer les services publics, une certaine *concentration* des crédits et des opérations, pour éviter saupoudrage et gaspillage, est parfois une condition même de *l'efficacité* de leur utilisation et de leur entreprise. Dix budgets d'équipement de dix mille francs permettent tout juste à dix établissements publics d'effectuer chacun de menus travaux de peinture ou de réfection. La concentration en un budget unique d'un crédit global de cent mille francs peut permettre à l'un d'entre ces établissements de réaliser une opération sérieuse ; opération qui sera consentie l'année suivante à un autre établissement, et ainsi de suite.

A l'avantage de la *décentralisation* il faut reconnaître la meilleure satisfaction du désir de *liberté* ainsi qu'un autre ordre *d'efficacité*. L'administration décentralisée correspond, bien sûr, au désir de «self government», d'autonomie des autorités locales élues, sous le contrôle proche de leurs électeurs, par rapport à l'État. Mais en rapprochant l'administration de l'administré, en faisant mieux correspondre le cadre territorial de son action aux réalités concrètes, la décentralisation introduit également un autre ordre d'efficacité dans l'action administrative.

Pour l'ensemble de ces raisons, pour leurs qualités inverses, identiques ou complémentaires, décentralisation et centralisation sont toutes deux nécessaires à l'organisation administrative. C'est pourquoi le système français, comme de nombreux systèmes étrangers (1) d'ailleurs, combine souvent à certains niveaux des éléments de centralisation et de décentralisation. Il en va ainsi, avant l'adoption de l'actuel projet, du département et dans une certaine mesure aussi de l'échelon régional. La décentralisation projetée, bonne dans son principe, ne supprime d'ailleurs pas, loin de là, l'administration centralisée.

2 - L'inadaptation des concepts de centralisation et de décentralisation à rendre compte de la réalité politique et administrative.

Le terme de centralisation, pour ne pas évoquer celui de centralisme, évoque l'idée d'une direction unique –le centre est un point– particulièrement concentrée, homogène, cohérente, voire monolithique. Mais, dans la réalité politique et administrative il n'en va pas ainsi. En dépit d'une «présidentialisation» croissante des pouvoirs et de la fameuse montée des exécutifs, le *Centre administratif et politique de décision reste largement polycentrique*. Le cloisonnement des administrations centrales et leurs particularismes, la «séparation des pouvoirs», la diversité des institutions et des contre-poids, législatifs, juridictionnels et autres, les pouvoirs parallèles des groupes, constituent autant de raisons d'équilibres et de combinaisons complexes, dans lesquelles les considérations locales ont leur large place, et dont le vocable de centralisation ne semble pas rendre compte, dans sa signifiance courante et immédiate, tout au moins. L. Sfez a bien montré dans «Critique de la décision» les situations extrêmes de dilution où l'on pouvait aboutir. Ce n'est pas un hasard si les tentatives d'adaptations de l'appareil administratif portent d'abord sur la coordination interministérielle.

A l'inverse, la décentralisation n'est pas exempte, localement, de phénomènes de concentration des pouvoirs. Le citoyen n'est pas toujours mieux associé aux pouvoirs locaux qu'aux compétences nationales. Le centralisme peut se manifester à l'échelon régional ou départemental. Surtout, envisagée essentiellement dans un cadre terrtorial par le droit public français –même s'il n'ignore pas la décentralisation technique par services– la décentralisation repose fondamentalement sur la *distinction des «affaires locales» par opposition aux «questions d'intérêt national»*. Il est certain que cette distinction traduit une large vérité que reconnaissent bien, notamment, les sytèmes fédéraux ou fortement régionalisés. Mais et ce sera selon toute vraisemblance la difficulté de la prochaine répartition des compétences, d'une part, cette distinction ne rend pas compte de toutes les situations administratives ou politiques –en particulier de celles qui ont posé des difficultés lors de ces dernières années– d'autre part, la *distinction de l'intérêt local et de l'intérêt national est plus présente au sein de chaque question administrative qu'elle ne peut servir de critère à leur ventilation*.

L'implantation d'une centrale nucléaire, d'une voie ferrée à grande vitesse, d'une liaison autoroutière constituent autant de questions nationales et locales :

(1) V. Les compétences du pouvoir local en Europe, Actes du Colloque du Centre de Recherches Administratives d'Aix-Marseille, C. N. R. S. 1981.

nationales par les moyens qu'elles supposent, les options qu'elles impliquent ; locales parce qu'il faut bien que ces équipements soient situés quelque part, en une localité. S'agissant des questions de cet ordre, il faudra bien trouver une articulation satisfaisante entre les notions complémentaires en principe, mais aussi parfois contradictoires, que sont la planification, la nationalisation et la décentralisation. Plutôt que de déterminer des tranches de compétence nationale et locale en séparant les missions des collectivités publiques, c'est au sein de chaque mission qu'il faudrait déterminer un *degré* d'intérêt national, régional ou local. L'Éducation est une question nationale, par ses objectifs, son enjeu et son armature ; régionale, s'il s'agit de fixer peut-être l'implantation de certains établissements et des variantes de programmes ; locales, pour les questions d'aménagement ou de fonctionnement interne des établissements. L'autoroute pourrait être nationale quand on détermine son axe, régionale pour son tracé, locale pour l'implantation des rocades et des échangeurs.

Il faut donc s'efforcer de donner à la décentralisation une signification à la fois moderne et plus compréhensive qui le fasse échapper à la constitution de compétences exclusives dans un «pré carré», et mettre fin à la loi du charbonnier.

3 - Comment décentraliser aujourd'hui ?

Il est probable que, si l'on veut que la décentralisation puisse à la fois s'adapter aux exigences techniques que l'on vient de décrire et aux aspirations des Français, il faudra la bâtir plus autour des rapports de réciprocité que des cloisonnements et lui faire dépasser un cadre territorialement défini, au profit de réseaux variés, de cellules d'initiatives et de responsabilité.

Dès lors qu'il n'est pas possible dans toutes les hypothèses et même dans de nombreux cas de distinguer clairement affaires nationales et affaires locales, la bonne solution des questions administratives reposera sur la compétence partagée ou conjointe entre l'État et les collectivités locales exercée grâce à la concertation et au droit de regard mutuel de l'un sur l'autre. On peut se demander si, au lieu de supprimer toute tutelle, c'est-à-dire tout droit de regard sur la prise des décisions, il ne vaudrait pas mieux maintenir une certaine partitipation *a priori* de l'État aux décisions des collectivités locales, tout en accordant à celles-ci et en retour, voix au chapitre s'agissant de l'adoption des projets financés au niveau national ; tout comme le mode de répartition des crédits d'investissements de l'État devant les instances régionales, en avait montré la voie, mais en systématisant ce procédé. Plus que dans la suppression des contrôles, la voie est peut-être dans leur symétrie. Il faut penser à redonner vie, à tous les niveaux, à l'art. 15 de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 : la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration.

Dans les hypothèses où une décentralisation classique sera réalisée, par accroissement des compétences des collectivités locales, il faudra veiller à ce que les moyens –et pas seulement financiers– suivent les nouvelles attributions définies. La décentralisation des dossiers suppose aussi la décentralisation des hommes qui les traitent. Par conséquent, la réforme de la fonction publique – nationale et locale, car elles sont liées – est une des clés essentielles de la décentralisation.

Ensuite et surtout, décentraliser ne signifie plus aujourd'hui déplacer et répartir les questions et les pouvoirs autour des clochers, en élevant des barrières périphériques. D'autre réseaux de solidarité que les réseaux territoriaux se créent : culturels, politiques, professionnels, catégoriels. Décentraliser aujourd'hui veut dire déléguer, confier des responsabilités aux hommes et à leurs cellules, ne pas faire obstacle voire encourager l'esprit d'initiative et d'entreprise. La décentralisation s'adresse donc très largement aux unités de production, aux associations, aux groupements, aux institutions publiques même, aux individus aussi ; et pas seulement aux collectivités locales.

C'est la démarche qu'il faut accomplir mais en tâchant d'éviter au moins deux écueils.

Si la décentralisation doit s'accomplir autour de pôles d'initiative et de responsabilité, retrouvant l'idée de corps intermédiaires, supports naturels de la délégation, il faut prendre garde à ce qu'elle ne confie ni monopole ni privilège aux groupements, associations ou syndicats, délégataires des pouvoirs, faute de quoi, les personnes se retrouveront étouffées par les comités et collectifs. Le droit à la participation doit aussi impliquer le droit de ne participer à rien ou de ne participer qu'à ce qu'on veut, là où l'on veut. L'impérialisme associationniste et syndicaliste existe, il commence à s'exercer généralement par les mots :« Nous sommes tous concernés», ce qui dénie dangereusement à l'individu le droit à ne se sentir concerné que parce qu'il juge, lui-même, bon. Les réflexes bureaucratiques et centralisateurs ont la vie dure, même dans les groupements libres et le mouvement associationniste.

Par ailleurs, il convient également de veiller à ce que la décentralisation, la délégation de pouvoirs, les droits de regard mutuels et réciproques qui peuvent être confiés aux uns et aux autres n'aboutissent pas à paralyser la *décision* politique. Le risque est grand, à l'instar des États-Unis, d'aboutir, par la prolifération des «single issue groups» et des «political action committees» à une fragmentation du pouvoir confinant à l'impuissance (f. Lester Thuronn, *The zero décision society*, Basic Books, 1980).

*

Les juristes ont leur rôle à jouer dans l'établissement de modèles décentralisés, s'efforçant tant bien que mal de respecter ces principales données. Ils devraient prendre garde, en ce domaine plus qu'en tout autre, à éviter le réflexe bien français et cartésien consistant à faire primer les «ordres construits» sur les «ordres spontanés», selon l'expression de F. H. Haye (2).

---

(2) F. H. Haye, Droit, Législation et Liberté, T. 1, P. U. F. 1980, p 41.

II. – (DROIT CIVIL) : DOCTRINE ET INSPIRATION DU DROIT DES BIENS

Par C. ATIAS

Si la réflexion sur les sources et l'évolution fondamentale du droit puise habituellement des exemples dans le droit des contrats, le droit des biens semble au contraire moins proche de ce genre de préoccupations. Il est peut-être permis de le regretter ; un exemple le montrera.

Depuis 1972 (1), la copropriété des immeubles bâtis vivait sous un principe présenté comme fondamental, incontestable et inexpugnable ; le droit de disposition des copropriétaires ne pouvait être, en aucune façon, limité. La justification en était simple : aucune considération tirée de la destination de l'immeuble ne pouvait porter sur le droit de disposition. Cette affirmation était fondée sur la combinaison de deux articles de la loi du 10 juillet 1965, l'article 8 qui n'autorise les restrictions aux droits des copropriétaires que si elles sont justifiées par la destination de l'immeuble et l'article 9 qui semble exclure le droit de disposition du domaine de cette notion.

Un arrêt du 10 mars 1981 abandonne la position initiale ; il proclame qu'une clause de règlement interdisant de vendre distinctement certains lots de copropriété peut être valable ; la destination de l'immeuble peut désormais justifier une restriction au droit de disposer (2). Cet arrêt offre l'occasion d'une réflexion, double réflexion rétrospective et prospective à la fois, sur les tendances doctrinales et sur les tendances législatives en droit des biens.

a) Les tendances doctrinales

L'arrêt de 1972 avait été considéré comme disant le droit, d'une manière incontestable. Qui s'étonnera de constater que le positivisme sévit spécialement dans les matières réputées techniques ?

1 - Des auteurs considérables (3) s'étaient contentés d'exprimer quelques critiques discrètes (4), ajoutant aussitôt : «il n'en reste pas moins que, quelles que soient les réserves qu'elle peut soulever, la position adoptée par la Cour de cassation exprime désormais le droit positif en cette matière». Il est donc clair que la Cour de

(1) Cass. civ. I, 17 juillet 1972 : J.C.P. 1972, II, 17241, observ. E. - J. Guillot ; D. S. 1972, 727, note E. F.

(2) Cass. civ. III, 10 mars 1981 : Bull. civ. III, n. 52, p. 39 ; D. S. 1981, inf. rap., p. 395, observ. Cl. Giverdon.

(3) F. Givord et Cl. Giverdon, la copropriété, 2ème éd., Dalloz, 1974, n. 165, p. 155.

(4) F. Givord et Cl. Giverdon, op. cit., p. 156, note 165 (4), in fine.

cassation, même quand elle consacre une solution inopportune et contraire aux textes légaux (5), est seule habilitée à poser le droit. Aucune opinion doctrinale, si autorisée soit-elle, ne peut être opposée à la sienne ; aucune considération de justice ou d'opportunité ne peut permettre de remettre en cause l'autorité normative des juges.

2 - Il faut aller plus loin, car les méfaits du positivisme sont encore plus profonds. La logique elle-même, ou mieux l'exigence de cohérence, ne peut prévaloir sur le verbe venu d'en haut.

Voici qu'en 1979, la Cour de cassation renonce à invoquer l'article 9 de la loi de 1965 (6). Certes son arrêt emporte encore l'annulation d'une clause restreignant le droit de disposition ; mais puisque cette décision est seulement fondée sur l'article 8 qui ne fait aucune distinction entre les diverses prérogatives des copropriétaires, elle commande d'admettre que le droit de disposition est désormais soumis lui aussi à la destination de l'immeuble.

La doctrine récuse encore une fois son pouvoir. Elle ne veut pas montrer la voie à la jurisprudence ; celle-ci est libre de se contredire, de se montrer incohérente. Il n'est pas permis de tenter de l'enfermer dans son propre raisonnement et d'annoncer le revirement (7).

Il aurait donc fallu attendre une nouvelle décision de la Cour de cassation pour que le bon droit apparaisse. Qui le croira ? Ce bon droit existait ; les textes, leur inspiration, l'opportunité, la justice et le raisonnement de certains auteurs lui donnaient le caractère positif. C'est une évidence que seul le positivisme ambiant empêche de reconnaître. Dans une vue prospective, il faut espérer que de nouveaux démentis lui seront apportés ; le positivisme n'est pas la philosophie du droit de l'avenir.

b) Les tendances législatives

Cette jurisprudence nouvelle peut être l'occasion d'insister sur les caractéristiques les plus apparentes de ce bon droit des biens que notre législation permet déjà de consacrer.

1 - La doctrine dominante a multiplié les règles qui donnent au droit des biens un aspect figé, statique. Il est certain que des décennies d'écrits doctrinaux n'ont pas été sans effet ; la jurisprudence s'est parfois laissée influencer. Des évolutions opportunes et nécessaires ont été entravées.

Pourtant, la controverse demeure. En droit positif, des signes se révèlent encore d'une autre inspiration. Le droit qui gouverne les biens ne peut être la cause de leur dépérissement. C'est l'utilité des biens qui doit être sa préoccupation cardinale. Le domaine très largement reconnu à l'appréciation souveraine des juges du fond leur

(5) En ce sens, observ. J. C. P. 1977 (N), II, 18740.

(6) Cass. civ. III, 29 mai 1979 . J. C. P. 1979 (N), II, p. 237.

(7) Rapport de la Cour de cassation : J. C. P. 1981, I, 3041, n. 76, note 58.

permet d'y veiller. En réalité, loin de se référer à la volonté ou à la psychologie des parties (parties à l'acte constitutif d'usufruit ou de servitude, au contrat de location, possesseur de «bonne foi», ...), les tribunaux examinent des comportements qu'ils comparent à la pratique sociale commune et normale. C'est au nom de l'idée qu'ils se font de la bonne gestion de tel ou tel bien que, dans de nombreux cas, ils autorisent ou interdisent les initiatives des uns ou des autres. L'utilité des biens apparaît ainsi comme le guide général du bon droit en matière immobilière notamment.

La considération de la destination de l'immeuble, de ce qui est normal pour cet immeuble-là, est commune à l'usufruit (cf. la «substance» de l'art. 578 C. civ.), à l'indivision (cf. art. 915-9 C. civ.), à la copropriété des immeubles bâtis (cf. art. 8, L. 10 juillet 1965) aux sociétés de construction-attribution (cf. art. L. 212-2, al. 4, C. C. H.), aux lotissements, ... Aucune règle générale ne peut y être appliquée dans l'ignorance des particularités concrètes de chaque bien. La référence à la destination de l'immeuble est le principal jalon qu'offre le droit actuel pour la découverte du bon droit du présent et du futur.

2 - En soi, le recours à la notion de destination de l'immeuble n'a rien de bien étonnant. Ce n'est là qu'un de ces «standards» en usage dans de nombreux domaines du droit et qui imposent une appréciation empirique.

Leur fonction est, rappelons-le, de réduire, dans une certaine mesure, la distance qui sépare la règle générale de la solution particulière ; plus exactement, il s'agit de guider les juges dans l'élaboration du raisonnement qui conduit de l'une à l'autre, et corrélativement, de permettre un certain contrôle de droit. Il faudrait montrer combien ce pragmatisme-là correspond à une vision aristotélicienne du droit.

3 - Une dernière remarque plus spéciale peut être consacrée au droit de disposition en lui-même.

Méconnaissant la confusion fondamentale entre la propriété et son objet, certains auteurs proposent de dissocier la disposition (commune à tous les droits) des autres prérogatives (8). C'est oublier que seul le propriétaire, en aliénant son droit, fait sortir de son patrimoine, non seulement ce droit, mais toute la valeur de la chose. L'inévitable soumission du droit de disposition au respect de la destination de l'immeuble apporte deux enseignements qui viennent au soutien de l'analyse classique (9) de la propriété. D'une part, le droit de disposition est nécessairement soumis au même régime juridique que les autres prérogatives du propriétaire ; d'autre part, loin d'être déterminé par le droit lui-même, ce régime de l'aliénation est directement fonction de la chose. Par là se trouve justifié l'apparent illogisme de la confusion du droit et de la chose !

---

(8) Cl. Lombois, Introduction générale à l'étude du droit civil, cours de D. E. U. G., 1ère année, les cours de droit, 1980 - 1981, p. 463 et 464.

(9) Et notamment de l'éternelle étude du marquis de Vareilles-Sommières, la définition et la notion juridique de la propriété : Rev. tr. dr. civ. 1905, p. 443 et s.

Pour que ce réalisme parvienne à s'imposer en droit des biens, il n'est pas possible d'attendre des interventions législatives que tout un chacun se complaît à réclamer aujourd'hui ; il ne faut même compter sur la seule jurisprudence. Pour que la destination de l'immeuble prenne notamment toute la portée qui devrait être la sienne, il nous faudrait une doctrine plus audacieuse et plus imaginative, plus soucieuse de synthèse fondamentale que d'analyse d'espèces multiples. Peut être considéré comme un signe d'espoir l'important développement du droit comparé en ce domaine qui semblait l'ignorer jusque là (10). Ce qui est sûr, c'est que notre droit actuel est prêt à évoluer de manière satisfaisante, à la fois opportune et équitable. Il appartient à la doctrine de faire preuve de l'imagination prospective qui saura éviter de figer les règles souples dont les biens ont besoins. Une hypothèse raisonnable peut être émise pour l'avenir : que les nouveaux biens apparus, au gré du progrès technique, démontreront sans cesse davantage la nécessité de règles empiriques et évolutives.

---

(10) Développement du droit comparé ou des études de droits étrangers.

1) En français

- A. Bournias, les formes juridiques de la copropriété en droit comparé : Rev. int. dr. comp. 1979, p. 583 à 601.
- Du même auteur, formes de jouissance d'un étage ou d'un appartement : Rev. Héllénique de dr. int. 1979, p. 228 à 262.
- G. Ferme, Réflexions sur le système dualiste de la copropriété en France et sur le système unitaire suisse : Rev. d'éco. et dr. immob. 1981, n. 92/93, p. 165 à 172.
- D. Heck, La copropriété en France et à l'étranger.
- A. R. Ionasco, la propriété des étages et des appartements en droit roumain : Études H. Capitant. 1939, rééd. 1977, p. 313.
- A.Ionasco, La copropriété par appartements en droit comparé, Études R. Rodière , Dalloz 1981, p. 111.
- Et spécialement sur le droit suisse, cf. Grosser : Rev. tr. dr. civ. 1965, p. 759.
- O. Levy : La vie judiciaire, 10 au 16 nov. 1980 et L'hérault judiciaire et commercial, 14 février 1980 - Adde Inf. rap. Juillet 1976, p. 100.

2) En langues étrangères

- Sur le droit de la République fédérale d'Allemagne, cf. H. Diester, Zwanzig Jahre Wohungseigentum : Neue Juristische Wochenschrift, 1971, p. 1153 à 1158 et, du même auteur, Günstige Fortentwichlung des Wohnungseigentums : Neue Juristische Wochenschrift, 1965, p. 793 à 799.
- Sur le droit de la cf. P. Lawrence, Condominiums : louisiana law review 1975, p. 653 à 661.

Adde, pour une synthèse générale, (A. Ionasco, Copropriété par appartements et copropriété horizontale, Studia Universitatis, Babes-Bolyai, Series Jurisprudentis, Cluj, 1971 et les nombreux rapports nationaux cités (C. I. Berger, J. Bonnet-Correa, A. Bournias, J. Bürmann, G. Flattet, Cl. Giverdon, J. Limpens, M. Muresan, C. F. Parker, J. Pineau, Z. Radwanski, R. Sacco, V. Spaic, J. Wegan, J. Weisman) : rapports présentés au VIIIe Congrès international de droit comparé (Pescara 1970).

R. R. J. 1982
Pages 141 à 175

LES PAGES DU CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT

FACULTÉ DE DROIT
ET DE
SCIENCE POLITIQUE
D'AIX-MARSEILLE

UNIVERSITÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE
ET DES SCIENCES D'AIX-MARSEILLE

CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT

PROGRAMME DES CONFÉRENCES 1981 - 1982

Cycle élémentaire

Lundi 9 novembre 1981	**Pourquoi la philosophie du droit ?** par M. C. ATIAS
Lundi 16 novembre 1981	**Droit, loi et société** par M. C. ATIAS
Lundi 23 novembre 1981	**Droit et justice** par M. le Professeur J.-Cl. RICCI
Lundi 30 novembre 1981	**Droit et liberté** par M. le Professeur J.-Cl. RICCI
Lundi 7 décembre 1981	**Droit et morale** par M. le Professeur J.-M. PONTIER

2ème cycle : l'évolution du droit

Lundi 14 décembre 1981	**L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés** par M. le Professeur P. AMSELEK
Lundi 11 janvier 1982	**Hegel, l'État et le droit** par M. le Professeur B. ETIENNE
Lundi 18 janvier 1982	**Libertés économiques et libertés individuelles** par M. le Professeur D. LINOTTE
Lundi 1er mars 1982	**Les travaux préparatoires et la théorie des sources du droit** par M. le Professeur B. OPPETIT

3ème cycle : gouvernants et gouvernés

Lundi 25 janvier 1982	**L'administration, quatrième pouvoir ?** par M. le Doyen Ch. DEBBASCH
Lundi 8 février 1982	**L'autorité** par M. J.-B. D'ONORIO
Lundi 22 mars 1982	**Sur le concept de monarchie limitée** par M. le Professeur S. RIALS

4ème cycle : la méthode juridique

Lundi 1er février 1982	**Éléments pour une mythologie juridique de notre temps (suite) : le pluralisme civil en législation** par M. C. ATIAS
Lundi 8 mars 1982	**Éloge de l'exégèse** par M. le Professeur Ph. RÉMY
Lundi 15 mars 1982	**Technique de la biologie humaine** par M. le Professeur J. LEJEUNE
Lundi 29 mars 1982	**La doctrine et la constitutionnalisation des diverses branches du droit** par M. le Président L. FAVOREU

POURQUOI LA PHILOSOPHIE DU DROIT ?

(Conférence inaugurale du 9 novembre 1981) *par C. ATIAS*

La question du pourquoi de la philosophie du droit est à la fois la plus inévitable et la plus insoluble que la philosophie du droit ait eu à affronter. Elle est *inévitable* parce qu'il serait déraisonnable –apparemment au moins– d'entreprendre une réflexion de philosophie du droit, sans être préalablement interrogé sur la raison d'être de cette discipline. Avant de s'engager dans le dédale des querelles d'écoles, il faut bien se demander ce que le droit peut espérer retirer de la philosophie ; l'apport de celle-ci sera-t-il d'ordre technique ? Avec la philosophie, la rédaction et l'analyse des règles seront-elles améliorées ? Ou bien l'apport de la philosophie sera-t-il d'ordre critique ? Rendra-t-elle le droit meilleur pour l'homme et pour la société ?

La question de la raison d'être de la philosophie est donc inévitable pour le juriste qui prétend s'adonner à ce type de réflexions.

Mais cette question est aussi *insoluble*. Pour s'en convaincre, il suffit de consulter les réponses qu'obtinrent les responsables des Archives de Philosophie du Droit, lorsqu'ils posèrent à un certain nombre de sommités françaises et étrangères la question de la raison d'être de la philosophie du droit. Les résultats de cette enquête effectuée dans les années 1960 (1) peuvent être classés en deux rubriques ; il y eut, en effet, deux sortes de réponses générales et deux sortes de réponses spéciales. Les prises de position générales sont fort simples ; ou bien, leurs auteurs proclament l'absence d'intérêt, pour le juriste, de la philosophie (2) ; à la question : quelle est la raison d'être de la philosophie du droit ? La réponse est : aucune, elle n'a aucune fonction, ni technique, ni critique. Ou bien –deuxième réponse générale possible– : «la raison d'être la plus immédiate d'une philosophie du droit paraît se trouver dans la tendance à philosopher qu'on ne peut récuser, selon la formule séculaire, qu'en philosophant» (3). Autrement dit : pourquoi êtes-vous philosophe du droit ? Parce que je suis ainsi fait et que je ne puis m'en empêcher. Les adeptes et les adversaires de la philosophie du droit sont donc renvoyés dos à dos, condamnés à ne jamais s'entendre et même à ne jamais se rencontrer.

---

(1) Archives de Philosophie du Droit, t. VII, 1962.

(2) Il est vrai que ces auteurs-là furent peu invités à s'exprimer. La position de Hans Kelsen pourrait tout de même bien être celle-là dans la mesure où il «radicalise» la distinction du droit et de la philosophie du droit.

(3) H. Batiffol, Archives de philosophie du droit, t. VII, 1962. p. 91 - Comparer L. Dabin, op. cit., p. 106.

D'où l'idée de se tourner vers des prises de position plus spéciales ! Là encore, deux réponses sont concevables. Pour les uns, «la philosophie du droit a toujours existé, parce que l'idée et l'exigence de la *justice* sont innées dans l'esprit humain» (4). La justice étant une notion philosophique par excellence, si le droit a quelque rapport avec elle, le juriste ne peut que se préoccuper de philosophie ; seulement là est la faiblesse de cette thèse, elle ne peut être soutenue que si les rapports entre le droit et la justice sont incontestables ; or ils ne le sont que pour certains philosophes du droit. Les juristes positivistes refusent d'intégrer la recherche de la justice à la démarche juridique et dénient toute efficacité, voire tout intérêt, à une critique du droit positif qui serait fondée sur sa justice ou sur son injustice. C'est pourquoi, d'autre auteurs proposent une dernière présentation de la raison d'être de la philosophie du droit. Selon eux, «le droit est un produit, non pas de la nature, mais bien de l'activité humaine et, plus précisément encore, de l'esprit humain. Il est indissociable d'un certain projet de l'homme sur la société» (5). Cette réponse est-elle plus satisfaisante que la précédente ? Elle comporte la même faiblesse ; pour admettre que le droit soit «indissociable d'un certain projet de l'homme sur la société», il faut d'abord avoir établi que le droit se caractérise par son contenu de règles et de solutions et non par son aspect formel.

Par conséquent, la conclusion s'impose ; pour savoir pourquoi il faut s'intéresser à la philosophie du droit, il faut d'abord s'être intéressé à la philosophie du droit et même, plus précisément, avoir adopté une philosophie du droit. Comment sortir de ce cercle vicieux, de cette diallèle ? En démontrant qu'il n'est pas possible d'être juriste sans pratiquer, consciemment ou inconsciemment, une certaine philosophie du droit (6). Plus fondamentalement encore, il faut établir que la technique juridique, (c'est-à-dire les définitions et autres procédés en usage), a une dimension philosophique, comme la critique du droit elle-même. En définitive, il ne s'agit pas tellement de démontrer que la philosophie du droit a une raison d'être, mais de révéler que la philosophie est dans le droit. Non seulement, la philosophie est davantage qu'une distraction intellectuelle pour juristes inoccupés ou mauvais techniciens, mais encore elle est l'un des aspects nécessaires de la discipline juridique.

Elle remplit, en effet, une inévitable fonction *technique* et une indispensable fonction *critique*.

A - UNE INÉVITABLE FONCTION TECHNIQUE

La technique juridique, c'est l'art de mettre en œuvre certains procédés de droit pour parvenir à un objectif prédéterminé. Ainsi, lorsqu'il s'agit de fixer les cas dans lesquels l'auteur d'un accident de la circulation devra réparer le dommage causé

(4) G. del Vecchio, op. cit., p. 116 - Adde H. Kelsen, op. cit., p. 131 et R. Maspetiol, op. cit., p. 137.

(5) M. Virally, op. cit., p. 166.

(6) J.-L. Gardies, op. cit., p. 118 : «nul juriste n'a la possibilité d'échapper, d'une manière durable, à une prise de position méta-juridique».

à ses victimes, la technique juridique propose soit d'exiger que la victime prouve la faute commise par l'automobiliste à qui réparation est demandée, soit de présumer sa responsabilité dans toutes les circonstances où il ne parvient pas à démontrer l'existence d'un cas de force majeure. Il y a là deux procédés de technique juridique (7). Cet exemple montre qu'en apparence, il n'y a rien de moins philosophique que la technique juridique. Et pourtant, la philosophie du droit nous attend à chaque détour de la technique juridique.

Elle est incluse dans les raisonnements que les juristes élaborent ; elle est incluse dans les notions qu'ils utilisent. C'est pourquoi, il n'est pas possible d'affirmer que «la solution des questions positives ne dépend guère des options philosophiques» (8).

a) La philosophie du droit dans la technique du raisonnement juridique

Etre juriste, ce n'est pas connaître le Code ou les décisions de justice ; être juriste, c'est raisonner en juriste. Or ce raisonnement particulier –le raisonnement juridique– n'est pas neutre ; il se fonde sur certaines convictions qui le guident et l'orientent. Certes, ce raisonnement utilise principalement les ressources de la logique ; mais la philosophie du droit est la seule discipline qui puisse, à la fois, enrichir cette logique et en marquer les limites, permettre de la maîtriser.

1 - Une logique enrichie

La raison d'être de la philosophie du droit, pour le juriste, c'est d'abord qu'elle «perfectionne son sens logique» (9). La philosophie du droit, c'est une «recette anti-recette». Il faut bien reconnaître que les juristes se laissent volontiers tentés par les recettes, par les raisonnements tout faits, qu'ils réutilisent indéfiniment sans jamais les vérifier.

Un seul exemple précisera notre pensée. Il est un principe méthodologique que beaucoup de juristes affectionnent ; c'est le principe d'interprétation stricte –certains disent même : d'interprétation restrictive– des exceptions. Chaque fois qu'ils sont en présence d'une exception à une règle générale, beaucoup de juristes l'interprètent de façon à en réduire le domaine au minimum. La philosophie du droit les invite à réfléchir sur la valeur de leur démarche logique. Utilisant les enseignements de l'histoire –comme c'est souvent le cas : philosophie et histoire ont partie liée– la philosophie du droit condamne cette sorte de manie méthodologique de la restriction des exceptions. Historiquement (10), une certaine confusion s'est instaurée entre les lois exceptionnelles et les lois odieuses, contraires aux principes fondamentaux d'une bonne législation, contraires au droit naturel. Pourtant, cette confusion ne s'impose pas ; la règle exceptionnelle est une règle de droit au même titre que la règle commune et, par conséquent, elle doit être appliquée dans toute la mesure de sa raison d'être

(7) Au sens de F. Gény, in Science et technique en droit privé positif.

(8) C'est pourtant l'opinion qui fut soutenue par M. le Doyen H. Batiffol, op. cit., p. 92. Mais la richesse de ses observations ultérieures impose de nuancer cette première affirmation.

(9) G. Héraud, op. cit., p. 127.

(10) Cf. L. Robine, L'interprétation des textes exceptionnels en droit civil français, thèse, Bordeaux 1933, préface J. Bonnecase.

(11). La «*ratio legis*» est le seul critère d'application de la loi. Par exemple, les servitudes, notamment les droits de passage sur les fonds voisins, sont souvent présentés comme étant d'interprétation stricte (12) ; or ces servitudes sont instituées par la loi pour améliorer l'utilisation de certains terrains ; il n'y a aucune raison pour ne pas appliquer les articles 637 et suivants du Code civil tels qu'ils sont, dans toute la mesure de leur raison d'être qui est un certain équilibre à établir entre des terres voisines.

Loin de pouvoir restreindre systématiquement ces dispositions légales, il faut faire l'effort de raisonner distinctement pour chacune et dans chaque cas. Par là, s'enrichira la logique juridique. Ce sera aussi l'occasion de mieux la maîtriser, car la logique juridique n'est pas tout entière asservie à la logique formelle.

2 - Une logique maîtrisée

Appliquer le principe d'interprétation stricte des exceptions, c'est en réalité porter un jugement de valeur défavorable sur la règle exceptionnelle. Or ce jugement de valeur que le droit ne peut éviter n'a pas sa place dans la logique formelle.

Celle-ci ne peut-être maîtrisée par le juriste qui oublie que les règles de droit sont hiérarchisées et que leur application suppose un certain nombre de jugements de valeurs. *La théorie des sources du droit* est l'une des questions que les juristes non philosophes sacrifient volontiers, alors que tout l'édifice juridique repose sur cette théorie ; et celle-ci montre bien les limites de l'application de la logique formelle au droit (13).

Ce sont ces limites qui suscitent aujourd'hui une inquiétude. Depuis quelques années, l'informatique dont la mise en œuvre repose sur cette logique formelle est de plus en plus utilisée en matière juridique ; les lois, les décisions de justice alimentent de nombreuses banques de données. Il en résulte que des informations jusque-là introuvables deviennent aisément accessibles. La question est de savoir si nous n'allons pas crouler sous le nombre, si le droit lui-même ne va pas être bouleversé par ce changement de méthode. La place du raisonnement se maintiendra-t-elle ou évoluerons-nous vers une justice statistique ? Toutes ces informations que l'ordinateur place sur un pied d'égalité, d'équivalence, saurons-nous encore les sélectionner, et donner à chacune sa véritable importance *juridique* ? Est-ce que, par exemple, dans la région provençale, nous ne serons pas tentés de privilégier les arrêts de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, même lorsqu'ils contredisent la Cour de cassation ou éventuellement d'autres sources du droit ?

---

(11) G. Cornu, Cours de droit civil (D. E. S.), l'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil, les cours de droit 1970 - 1971, p. 211 et s.

(12) Cf. Rev. tr. dr. civ. 1979, p. 255-256, n. 19 et note 50 - Les exemples pourraient être multipliés : art. 1715 C. civ. - L. 1er septembre 1948, puis baux dérogatoires à cette loi...

(13) Ils seraient à recenser, tous ces cas où la logique cède devant les exigences de la justice ou de l'opportunité.

C'est assez dire que la méthode juridique est loin d'être indifférente au contenu même du droit. Le choix d'une méthode est évidemment d'ordre philosophique, comme le choix des concepts auxquels s'applique cette méthode.

b) La philosophie du droit dans la technique des concepts juridiques

Le juriste utilise, dans la recherche des solutions de droit, des concepts extrêmement complexes. Songez aux notions d'État, de droit, mais aussi de personne, de volonté. L'important est de comprendre que ces notions ont une histoire et comportent un présupposé philosophique dont dépendent les résultats des raisonnements qui les mettent en œuvre.

Comme l'écrivait superbement Monsieur le Professeur Michel Villey, «toute science du droit est aussi bien (ne serait-ce que parce qu'elle se bâtit sur une méthode et des principes) fille de quelque philosophie. L'histoire démontre la dépendance de nos définitions techniques par rapport à de grands systèmes généraux de philosophie» (14).

Il faut en tirer plusieurs conséquences. Il n'est pas possible de comprendre parfaitement une règle de droit en ignorant ses sources philosophiques ; celles-ci doivent être connues, comme doivent l'être ses origines historiques, les données sociologiques, ... De plus, il est impossible de raisonner en juriste sans mettre en œuvre une philosophie. Deux exemples permettront de le vérifier.

Premier exemple : le concept de personne humaine.

Les notions juridiques ne sont pas conçues pour décrire, pour respecter la réalité (15). Elles sont élaborées pour provoquer l'application de certaines règles ; elles sont dites performatives.

C'est pourquoi, par exemple, le concept juridique de personne humaine a pu évoluer considérablement, indépendamment même des découvertes de la biologie. Très longtemps, certains individus, étrangers ou esclaves, ont pu être écartés de la catégorie des personnes humaines de manière plus ou moins radicale (avant que la création du concept distinct de citoyenneté ne vienne atténuer la sévérité première). L'Allemagne nazie n'a pas été très loin de contester la qualité de personne humaine aux individus de certaines races. Malgré ces errements de plus d'une dizaine d'années, il est permis de dire que s'est progressivement dégagé un grand principe général du droit, notamment en France, un grand concept. En sanctionnant, non seulement les coups portés à un tiers, mais toutes les amputations non thérapeutiques et les mutilations, le droit français consacre un principe : celui selon lequel il n'est pas permis de

(14) M. Villey, préface historique à l'étude des notions du contrat, Archives de philosophie du droit, t. XIII, 1968, p. 3.

(15) Cf. Le numéro des Archives de Philosophie du droit consacré à la logique juridique, t. XI, 1966 : et notamment la contribution de J. Parain-Vial, la nature du concept juridique et la logique, op. cit., p. 49.

distinguer au sein de l'humain (16). Tout ce qui est humain mérite, en tant que tel, égale et complète protection. *Par nature, le concept de personne humaine est rebelle à la définition*. Il appartient à la philosophie du droit de révéler l'importance que revêt, pour un système juridique, la défense d'une telle valeur, valeur transcendentale, valeur hors du commun, valeur essentiellement indéfinissable. Il appartient aussi à la philosophie du droit d'insister sur les conséquences, par exemple, de l'autorisation de l'avortement ; une législation en ce sens méconnaît le principe selon lequel tout ce qui est humain, sans distinction, est à l'abri de la volonté, volonté du législateur, volonté des particuliers. Le philosophe doit souligner la contradiction que recèle un système juridique dans lequel est consacrée cette notion de personne humaine et qui pourtant l'oublie par instant. Le droit français a-t-il vraiment voulu changer sa définition de la personne humaine ?

Deuxième exemple : le concept d'autonomie de la volonté

Ce deuxième concept est présenté comme tout à fait fondamental en droit français, notamment par de nombreux auteurs qui le critiquent (17). Selon cette présentation, les volontés individuelles accordées pour former un contrat se servent de lois à elles-mêmes. Il en résulterait nécessairement qu'aucune formalité ne serait en principe requise pour la validité des conventions et que les auteurs d'un contrat seraient libres d'en déterminer le contenu. Il en résulterait aussi que, pour l'essentiel, la validité de la convention dépendrait d'éléments volontaires, de la qualité du consentement donné à cette convention, et non d'éléments extérieurs à la volonté des parties (18).

Ces conséquences ont été discutées et critiquées par des juristes qui s'estimaient liés par le principe d'autonomie de la volonté. Or ce principe est évidemment l'expresion juridique d'une certaine philosophie, notamment la philosophie volontariste de Kant, et il n'a jamais été véritablement consacré par le droit français sous sa forme absolue ; le droit comparé, l'examen des droits étrangers, dévoile toute la relativité de la notion juridique de volonté. Une recherche historique récente a montré que ce sont les détracteurs de ce principe qui l'ont systématisé pour pouvoir mieux le critiquer (19). Le défaut de réflexion philosophique a ainsi conduit à d'inutiles discussions ; il aurait suffi, pour s'en dispenser, de se souvenir que Kant n'était pas le législateur français et que la «Critique de la raison pure» n'était pas le Code civil. Pour le juriste, la volonté ne peut être éthérée et désincarnée ; elle envisage la réalité. Le droit a tout à gagner d'une réflexion philosophique sur le concept de volonté.

---

(16) C'est l'excellente et très juridique question posée par R. Debray, à propos des droits de l'homme : «Qui n'est pas Homme ?», in le pouvoir intellectuel en France, Ramsay, 1979 p. 110.

(17) Cf. L'étude très documentée et particulièrement éclairante de V. Ranouil, l'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept, préface J.-Ph. Levy, P. U. F., 1980, Travaux et Recherches de l'université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, Série sciences historiques, n. 12.

(18) Voir les discussions sur l'erreur, sur le dol et notamment l'exclusion de l'état de nécessité (?).

(19) V. Ranouil, précité.

Cette réflexion sur les concepts juridiques, comme la réflexion sur le raisonnement juridique, ne prépare pas seulement une amélioration de la technique juridique ; elle remplit aussi –chacun a déjà pu le percevoir– une indispensable fonction critique.

B - UNE INDISPENSABLE FONCTION CRITIQUE

La philosophie du droit est la conscience du droit. Il lui incombe d'éviter que le droit ne dégénère, ne méconnaisse les valeurs fondamentales sans lesquelles il ne peut y avoir de droit. Partout dans le monde, en Union Soviétique ou en Argentine, lorsque les pouvoirs publics commettent quelque exaction, le droit est en cause ; ou bien, le droit de ces pays est dénaturé, en voie de régression ; ou bien, leur droit n'y est pas respecté. Dans les deux cas, les juristes ont une responsabilité ; des appréciations qu'ils portent, peuvent dépendre des intérêts essentiels. Parce qu'ils ont cette responsabilité, ils ne peuvent remplir leur mission que moyennant une réflexion sur la philosophie que consacre leur système juridique. La responsabilité des juristes dans la formation du droit conduit à faire, de la recherche philosophique, un aspect de la recherche juridique.

a) la responsabilité du juriste dans la formation du droit

Beaucoup de philosophies du droit soustraient les juristes à toute responsabilité ; mais toutes se condamment, et condamnent le droit, soit au totalitarisme, soit au déclin. C'est le cas de toutes ces philosophies qui se veulent **positivistes.** Il est notable que leurs adeptes eux-mêmes finissent par en prendre conscience.

Ainsi le positivisme juridique qui se refuse à porter la moindre appréciation sur le contenu du droit consacre-t-il l'omnipotence de l'État. L'État est maître du droit et le juge, l'avocat, le notaire, l'interprète sont soumis à son autorité souveraine ; ils ne peuvent que respecter la volonté du législateur. Si absurde ou injuste soit-elle, cette volonté, s'impose au juriste, comme au citoyen. Le positivisme juridique prêche donc l'obéissance. Pourtant, beaucoup proposent de définir la règle de droit en tenant compte non plus seulement de son auteur, de son origine, mais aussi de son contenu, de sa conformité à la morale et à la justice (20). Ce faisant, ces auteurs renient purement et simplement le positivisme.

Le même résultat est atteint par les tenants d'un positivisme social ou sociologique lorsqu'ils n'osent plus prétendre que le droit est secrété par la société (21). Le sociologisme et le marxisme se renient s'ils ne sont pas déterministes. Dès lors que le droit est conçu comme le produit d'une *volonté* à la recherche d'une certaine *justice*, –serait-ce d'une justice prolétarienne !–, il redevient affaire d'opinion, lieu de discussion, enjeu de convictions. Mais ces opinions, ces discussions et ces convictions ne sont pas gratuites. Parce que le langage du droit est performatif, une opinion injuste peut, lorsqu'elle est «*opinio juris*», spolier, blesser ou tuer. Voilà pourquoi tout juriste a une responsabilité dans l'amélioration du droit !

---

(20) Cf. G. Ripert, les forces créatrices du droit, L. G. D. J.

(21) Cf. l'évolution de la pensée de Léon Duguit.

Un exemple permet de vérifier qu'en réalité, la recherche philosophique est un aspect de la recherche juridique ; car la philosophie du droit est à la fois, une philosophie de la connaissance et une philosophie de l'action.

b) La recherche philosophique dans la recherche juridique

Pour les positivistes, pour ceux du moins qui ne prétendent pas supprimer purement et simplement la philosophie du droit, il est clair que la philosophie du droit doit demeurer à l'écart du droit. Un juriste peut être aussi philosophe, à condition qu'ils ne prétende pas mélanger les genres et faire simultanément de la philosophie du droit.

Or l'histoire de la doctrine et de la science juridique montre que cette séparation radicale de la philosophie et du droit est impossible. L'évolution du droit est évidemment fonction de l'évolution de conceptions philosophiques générales. Faut-il rappeler, par exemple, que, pour critiquer la méthode exégétique, François Gény s'est beaucoup inspiré de la doctrine bergsonienne de l'intuition ? Faut-il rappeler que le Code civil ne serait sans doute pas ce qu'il est –la démonstration en a été faite récemment ici-même (22)– si Portalis n'avait été influencé par le romantisme et le protestantisme allemands ? Par conséquent, derrière la décision de droit, qu'elle soit législative ou judiciaire, se cache une philosophie ; et la solution consacrée ne peut être pleinement comprise et correctement appréciée que par qui connaît cette philosophie.

Plus précisément, chaque fois qu'une philosophie inspire une solution de droit –ce qui est extrêmement fréquent–, il importe au juriste de se poser trois questions. La première est de savoir ce que vaut cette philosophie en elle-même ; est-elle généralement reçue comme fondée ? La question vaut d'être posée, car bien souvent les juristes continuent, par ignorance, par routine ou en croyant respecter les textes, de pratiquer une philosophie abandonnée depuis longtemps par les philosophes qui en ont constaté les méfaits. Le deuxième réflexe consiste à s'interroger sur la possibilité de transposer cette philosophie venue d'une autre discipline dans le domaine du droit ; ce qui est bon pour la physique ne l'est pas nécessairement pour la société et pour son droit. Enfin, le troisième point sur lequel l'attention du juriste doit se porter, c'est la façon dont une philosophie est transportée d'une discipline quelconque au domaine juridique ; cette transposition ne s'accompagne-t-elle pas d'une dénaturation ?

Un exemple significatif de la nécessité de prendre ces précautions est donné par l'évolutionnisme darwinien. Il est certain que beaucoup de juristes d'aujourd'hui sont influencés par cette philosophie déterministe ; nombreux sont ceux qui croient à une évolution nécessaire des institutions, évolution imposée par le milieu social, comme celle des espèces, par le milieu naturel. C'est ainsi, par exemple, que des

(22) J. Carbonnier, le Code Napoléon, en tant que phénomène sociologique : R. R. J. 1981-3, p. 327 et spécialement p. 335.

auteurs donnent une signification nouvelle à la notion classique de bonnes mœurs. Les bonnes mœurs, ce sont d'après eux celles que la majorité des citoyens semble tolérer à un moment donné dans une société donnée. Or les bonnes mœurs étaient autrefois conçues, au contraire, comme celles qui conduisaient au meilleur «résultat» pour les individus et pour la société et qui, pour cette raison, avaient été progressivement retenues par la société. D'une notion normative, certains juristes d'aujourd'hui font une notion descriptive. D'une appréciation qualitative, ils font une mesure quantitative. Que les mœurs changent, comme les espèces animales, ce n'est pas douteux, mais cela n'empêche nullement de reconnaître que certains comportements sont meilleurs que d'autres et que, par conséquent, le droit n'est pas tenu de changer au gré des mœurs. La recherche philosophique le confirme d'abord, parce que l'évolutionnisme darwinien est contesté par les biologistes eux-mêmes (23) ; ensuite, parce que l'évolutionnisme matérialiste n'a aucun titre à prétendre influencer le domaine des idées qui est celui du droit ; enfin, parce qu'à vouloir être évolutionniste, il faudrait accepter l'idée d'une sélection «naturelle» des sociétés dont certaines disparaîtraient en raison-même de l'évolution «erronée» de leurs mœurs (24).

Par conséquent, les juristes ne peuvent devenir purement et simplement des darwiniens, comme ils ne peuvent courir le risque de pratiquer inconsciemment une philosophie.

Ce qui manque peut-être le plus à la société française de cette fin du XXème siècle, c'est une pensée globale qui donne place aux valeurs idéales, au progrès technique, aux besoins d'efficacité, de sécurité, mais aussi de rêve et de justice. Cette vision du monde et de la société, cette vision de synthèse, manque aussi cruellement aux juristes. Alors, qu'au moins, ils ne se privent pas des bienfaits de l'interrogation, de l'inquiétude philosophique ! Qu'en hommes responsables, ils ne se privent pas de cette vertu cardinale qu'est *la faculté de s'indigner* !

(23) P.-P. Grassé, l'homme en accusation. De la biologie à la politique, Albin Michel, 1980. P. Thuillier, Les biologistes vont-ils prendre le pouvoir ? éd. Complexe. Du même auteur, Darwin et Co, éd. Complexe. - G. Lapouge, les lunettes de Charles Darwin, le Monde, 1er janvier 1982, p. 7 et 8.

(24) R. Ruyer, les cent prochains siècles, le destin historique de l'homme selon la Nouvelle Gnose américaine, Fayard, 1977, p. 41 et s. et 145 et s.

UNIVERSITÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE ET DES SCIENCES D'AIX-MARSEILLE

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE

CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT

FICHE n. 12

NOTE DE LECTURE

TITRE : DURKHEIM ET LE POLITIQUE

AUTEUR : B. LACROIX

324 pages - Presses de la F. N. S. P. et de l'Université de Montréal - 1981

THEME PRINCIPAL :

Ni évocation de l'itinéraire politique d'Émile Durkheim ni biographie intellectuelle, une lecture et une recherche, de l'œuvre à l'homme et de l'homme à son interrogation du véritable objet de la sociologie durkheimienne : cet objet est politique.

Apparemment supplantée à partir de 1895 par la problématique religieuse, mais réintroduite à travers les effets politiques du religieux, la problématique politique demeure sous la forme de l'examen des rapports individu-société sous travers les concepts de contrainte, d'autorité, de pression ; et c'est ainsi que le pouvoir est reconduit à ses origines sociales, puisque les phénomènes politiques sont des phénomènes sociaux. Cette explication politique articule un modèle de communication entre État et société civile et un modèle de dépendance causale entre représentations collectives et milieu social : d'où l'ambiguïté d'un catalogue formel de relations à spécifier qui est aussi idéal-type du fonctionnement social, partant de la constatation que le pouvoir institutionnalisé n'est qu'un stabilisateur social parmi beaucoup d'autres et d'une efficacité toute limitée. L'interrogation durkheimienne apparaît finalement comme un essai d'élaboration positive du vieux problème autorité-liberté ; elle révèle aussi que le politique n'a pas d'essence et que son concept est spécifique à chaque société.

MOTS-CLÉS

Allemagne : p. 33, 38, 50, 57, 58, 82, 183.

Anomie : p. 96, 107, (note 56) et passim.

Antagonisme : p. 41, 172, 199 et note 328, 201, (adde conflits).

Art : p. 77, 84.

Autorité : p. 40 et s., 47, 64, 84, 177, 191, 219, et s.

Causalité : p. 122, 192, 194.

Changement social : p. 46, 272, 282, et s.

Conscience collect. : p. 96, 97, (et note 25) 104, 123.

Consentement : p. 66.

Cohésion : p. 42, 45, 48, 49, 69, 70, et s., 74, 78, 132, 171, 173, 178, 195, 276, 278, 292.

Conflits : p. 49, 50.

Contrainte : p. 96, 185, et s., 279.

Démocratie : p. 213 et s., 284, 301 à 304.

Despotisme : p. 43, 45, 82, 172, 174, 251 et s. 283, 296, 307.

Déterminisme : p. 62, 64, 84, 99, 102, 115, 122, 172, 257, 263, 279, 283, (contra 307).

Division nationale du travail : p. 36, 58, 74, 85, 94, et s., 104.

Droit : p. 63, 64, 71, 77, 78, 79, 86, 91, 180, 193, 212, 214, 222, 232, 238, 250, 255, 263.

Droit naturel : p. 54, 73, 193 (note 318).

Enseign[t]. : p. 37, 50, 58, 60, 86 (note 157), 90, (et la note 6), 123, 156, 179, 215 (note 27).

État : p. 45, et s. 49, 63, 78, 173, 174, 179, 181, 216, 219, 232, 240, 259, 260, 265, 296.

Ihering : p. 54, 55, 83.

Individualisme : p. 69, 73.

Interventionnisme : p. 125.

Histoire : p. 55, 290.

Libéralisme : p. 26. V. Socialisme.

Marxisme : p. 290 et s.

Méthode : p. 55.

Mœurs : p. 55, 105 (note), 240, 245, 260, 261, 268, 276, 281.

Morale : p. 55, 57, 59, 63, 69, 77, 78, 79, 178.

Modèle : p. 210, 211, 262, et s., 270, 271.

Milieu : p. 114 et s.

Marxisme : p. 290 et s.

Nature des choses : p. 39.

Notion : p. 37, 38, et s., 48.

Obligation sociale : p. 66, 78, 177.

Observation : p. 56.

Opinion publique : p. 63, 260, 261, et passim.

Philosophie du droit : p. 55, 57, 61, 63. (et note 321) et v. État.

Psychanalyse : p. 25, 27, 144 et s.

Rationalisme appliqué : p. 56, 113.

Religion : p. 26, 96, 116, 128, 163, 167, 180, 181, 197, 198.

Représentations collectives (sociales) passim : not., 173, 187 et s., 226.

Science du droit : p. 56, 77, 84.

Socialisme : p. 81, 92, 125, 168, 173, 226 et s.

Société : p. 27, 29, 30, 32, 33, 61, 72, 80.

Solidarité : p. 69, 93 (note 16), 101, 103, 110, 115.

Spéculation : p. 56.

PLAN

INTRODUCTION

ÉMILE DURKHEIM ET LA QUESTION DU POLITIQUE
Essai de formulation d'un problème

CHAPITRE I
La vocation originelle d'Émile Durkheim

Les premiers écrits 34
Le voyage en Allemagne 50
Du projet à l'objet 62

CHAPITRE II
HISTOIRE DU TRAJET
Structure et dynamique de l'œuvre

La question de l'œuvre : continuité, évolution ou coupure 93
Le retour du refoulé religieux 128
La sociologie politique : mort et résurrection 168

CHAPITRE III
LA CONSTRUCTION DE L'OBJET
La sociologie politique d'Émile Durkheim

Le travail critique 210
L'architecture et l'édifice 224
Le modèle explicatif durkheimien 249

BILAN ET PERSPECTIVES

Émile Durkheim et la science politique contemporaine 229

EXTRAITS :

- p. 204 : «Son œuvre accomplit en effet une découverte de la première importance en contribuant à la constitution d'un objet nouveau. On a vu comment, en se donnant pour objet initial la société incarnée en État et dotée d'une culture nationale, la sociologie durkheimienne était politique à ses origines. On a compris pourquoi la disparition de la sociologie politique comme branche individualisée de la sociologie générale emportait reconnaissance de cette donnée capitale selon laquelle la société est politique de part en part. On a mis au jour les raisons pour lesquelles il paraît à Durkheim en être ainsi : il n'est pas de société qui ne fonctionne sans produire les représentations collectives qui lui sont nécessaires et celles-ci, en retour, créent et légitiment la dépendance. Ces trois moments sont les étapes indivisibles d'un itinéraire unique tout au long duquel E. Durkheim dit la même chose».

- p. 222-230 : «En situant le politique du côté des représentations, Durkheim pressent donc, dès 1895, qu'il n'est peut-être, par certains côtés, qu'un spectacle nécessaire que les sociétés se donnent à elles-mêmes et qu'il participe, dans ses plus secrets mécanismes, de l'alchimie religieuse. En situant le politique du côté des représentations, Durkheim rappelle que les amulettes et les incantations des hommes politiques n'ont pas nécessairement la vertu magique que ceux-ci leur prêtent. En situant le politique du côté des représentations, Durkheim, surtout, fait sentir l'étrange malédiction qui pèse sur le rapport moyen-fin en politique : tantôt aspiré dans le flou d'un objectif trop vague qui s'éloigne à mesure qu'on s'en approche, tantôt nié par le caractère approximatif et donc insatisfaisant du résultat, ce rapport reste sur le mode de l'optatif et ne rivalise jamais avec la rigueur mesurable et contraignante de l'impératif technique».

- p. 242 : «La double découverte que constitue, d'un côté, la mise au jour de la force d'assujettissement propre au représentations collectives perpétuées par les pratiques qui les reproduisent, de l'autre la genèse historique de l'État, qui n'est lui aussi, au bout du compte, que représentations objectivées perpétuées par les pratiques et les intérêts de ceux qui l'incarnent, reconduit le politique à ses origines et l'enferme dans le cercle de sa naissance».

- p. 242 : «Le pouvoir propre de l'État (ici et maintenant) n'est autre que l'objectivité spécifique de ce dernier passée, capitalisée et méconnue que celui-ci met au service de l'objectivation de certaines représentations, ajoutant ainsi sa force spécifique à leur force propre».

- p. 308 : «L'avènement de la science, dit Freud, a imposé au narcissisme humain une triple humiliation : cosmologique, lorsque Copernic prouva que la terre n'était pas le centre du monde ; biologique, lorsque Darwin réduisit à néant le privilège humain au sein du monde animal ; et psychologique, lorsque la psychanalyse l'avertit que le moi «n'était plus maître en sa propre maison». Ne faut-il pas ajouter à cette liste une autre humiliation, et dont Durkheim serait l'auteur : l'humiliation politique s'il est vrai, comme il n'a cessé de le montrer, que les acteurs ne sont pas le cœur du politique et que les tendances à l'inertie de l'univers social, d'un côté, les lois de son développement endogène, de l'autre, sont plus décisives à l'explication politique que tous les choix, finalités ou options de ces hommes qui se croient au-dessus du commun parce qu'ils sont titulaires des rôles, de commandement».

UNIVERSITÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE ET DES SCIENCES D'AIX-MARSEILLE

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE

CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT

FICHE n. 13

NOTE DE LECTURE

TITRE : L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ
Naissance et évolution d'un concept

AUTEUR : V. RANOUIL

Préface J. Ph. LEVY
Travaux et recherches de l'Université de Droit de Paris - P. U. F. 1980 - 165 pages.

THEME PRINCIPAL :

En simplifiant à peine, il faudrait dire ;

Après tant d'études de droit positif s'acharnant à détruire la théorie de l'autonomie de la volonté, il n'était pas inutile qu'un historien vînt nous apprendre qu'elle n'avait jamais existé. Elles sont sans doute nombreuses ces idées qui n'ont été inventées que par leurs détracteurs (cf. une certaine vision du libéralisme condamnée par G. Burdeau ou encore une certaine présentation de l'exégèse).

APPORT BIBLIOGRAPHIQUE :

- DEREUX : Études des diverses conceptions actuelles du contrat, Rev. Crit. Législ. et jurisp., 1901, p. 516.

MOTS-CLÉS

Acollas : p. 63, 80 et s.

Aubry : p. 66, 104.

Audinet : p. 66, 107.

Beudant : p. 58, 63, 84, 91.

Brocher : p. 40 et s., 53, 68, 113, et s.

Code civil : p. 78, 131.

Code civil Allemand (B. C. B.) : p. 131

Consensualisme : p. 10 (note 9), 13, 72.

Contrat d'adhésion : p. 134.

Demolombe : p. 72, 73, 77.

Demogue : p. 132, 137.

Doctrine : p. 10, 11, 76, 99.

Droit naturel : p. 10, 13, 35, 79, 130, 139, 145.

Dumoulin : p. 11, 12.

Duguit : p. 142.

Enseign[t]. du droit. : p. 79, 86.

Exécution forcée : p. 82.

Exégèse : p. 78, 79, 84.

Foelix : p. 20, 23, et s.

Gény : p. 17, 22, 63, 84, 92, 93.

Ihering : p. 129.

Individualisme juridique : p. 9, 56, 63, 70, 80, 81, 86, 87, 89, 97, 130, 138, 139, 146.

Interprétation des actes Juridiques : p. 134.

Jourdan (Ath.) : p. 78.

Justice : p. 89, 90, 133, 135, 138, 144, 145, 147.

Kant : p. 9, 10, 13, 22, 26, et s., 90.

Laurent : p. 30, et s., 65, 78, 114.

Lésion : p. 73, 89, 135.

Liberté des parties : p. 10, 27, 31, 35, 66, et s., 73, 104, 124.

Loi : p. 36, 41, 42, 53, 61, 68, 74, 75, 79, 95, 101, et s., 112, et s., 138.

Merlin : p. 78.

Niboyet : p. 124.

Obligation : p. 27.

Ordre public (international) : p. 25, 28, 29, 30, 33, 34, 37, 48, et s., 51 et s., 101, 105, 109, 110.

Philosophie : p. 9, 130.

Philosophie du droit : p. 9, 11, 13, 56, 60, 70, 76, 78, 79, 82, 84, 86, 130.

Pillet : p. 47, 69, 99, 102, 119.

Planiol : p. 131, et s.

Privilège législatif : p. 22, 77.

Propriété : p. 81, 88, 89.

Rousseau : p. 10, 13.

Saleilles : p. 132, 137.

Savigny : p. 21 et s., 27.

Socialisme : p. 86, 87, 140, et s.

Solidarité : p. 130, 137, 139, 141, 142, 148.

Source du droit : p. 10, 36, 42, 52, 57, 63, 68, 86, 113, 127.

Statuts : p. 39.

Story : p. 25, 26.

Suites du contrat : p. 25, 33.

Surville : p. 44, 51, 66.

Vareilles-Sommières : p. 16.

Volontarisme juridique : p. 13, 53, et s. 57, 130.

Weiss : p. 40 et s., note P., 43, 47 et s., 67.

Worms : p. 17.

PLAN

PREMIERE PARTIE
L'HÉGÉMONIE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

CHAPITRE I

L'autonomie de la volonté dans la doctrine internationaliste 19

SECTION I - L'autonomie des parties 20

Sous-section I
Foelix et Savigny : l'autonomie, justification a posteriori de la loi du contrat 20

Sous-section II
Laurent et d'autres : l'autonomie, principe a priori de la solution des conflits de lois en matière contractuelle 29

SECTION II - L'autonomie de la volonté 41

CHAPITRE II

L'hégémonie de l'autonomie de la volonté dans la doctrine de droit interne 63

SECTION I - Le droit interne vu par les internationalistes 65

SECTION II - Le droit interne vu par les civilistes 70

Sous-section I
L'autonomie de la volonté impliquée 71

Sous-section II
L'autonomie de la volonté affirmée 84

DEUXIEME PARTIE
LA CRISE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

CHAPITRE I

La crise de l'autonomie de la volonté dans la doctrine internationaliste 99

SECTION I - La critique de l'autonomie de la volonté au nom des lois impératives 101

SECTION II - La critique de l'autonomie de la volonté au nom des lois supplétives 112

CHAPITRE II

La crise de l'autonomie de la volonté dans la doctrine civiliste 129

SECTION I - La critique de la conception classique du contrat 133

SECTION II - La critique de l'individualisme juridique 139

EXTRAITS :

- p. 12-13 : «L'épanouissement en droit interne de l'idée d'autonomie de la volonté ne date que du XIXème siècle. En effet, il faut bien distinguer la philosophie du volontarisme juridique de la doctrine juridique de l'autonomie de la volonté».

- p. 47 : «L'usage des termes «autonomie de la volonté» ... ne se répand réellement qu'à partir de 1894 ; ils ne sont plus alors que l'enveloppe d'une idée moribonde».

- p. 80 : «Jusqu'aux années 1880, l'individualisme juridique et sa pièce maîtresse, l'autonomie de la volonté, ne se sentant pas menacés n'eurent pas besoin, pour se défendre, de s'affirmer et de se nommer».

- p. 95 : «Au début du XIXème siècle, on ne trouve chez les auteurs les plus illustres, favorables à l'autonomie de la volonté, que l'affirmation de telle ou telle de ses implications : ils ne font jamais la synthèse de tous les aspects de cette doctrine».

- p. 97 : «A l'extrême fin du XIXème siècle et au début du XXème siècle, commence la crise, dans la doctrine, de l'autonomie de la volonté ... A l'occasion de ce mouvement de contestation, se généralise l'usage de l'expression d'autonomie de la volonté apparue dans la doctrine internationaliste dès 1886, avec Weiss, et dans la littérature civiliste en 1891 avec Worms et en 1899 avec Gény. C'est ainsi que, comme une cible, cette formule devient usitée».

UNIVERSITÉ DE DROIT, D' ÉCONOMIE ET DES SCIENCES D'AIX-MARSEILLE

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE

CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT

FICHE n. 14

NOTE DE LECTURE

TITRE : BONNES MOEURS, DISCOURS ET RATIONALITÉ JURIDIQUE
Essai d'analyse critique

AUTEUR : F. OST et M. VAN DE KERCHOVE
Publication Facultés Saint Louis - 1981 - 137 pages

THEME PRINCIPAL :

Une analyse de contenu du discours juridique (pénal) sur les bonnes mœurs pour en révéler les implicites et les secrets ; mais qui n'avait pas compris qu'il y avait certains liens entre le droit et la morale et que le droit protégeait certaines catégories de personnes plutôt que d'autres ? L'ouvrage présente une argumentation en faveur d'une certaine politique juridique en matière sexuelle et en faveur d'une certaine conception du droit chargé de «restaurer la tranparence de la communication sociale» (p. 130).

Noter une intéressante observation de la formulation juridique (p. 44 et s.).

APPORT BIBLIOGRAPHIQUE :

D. MELLINKOFF : The language of the law, Boston-Toronto - 1965.

MOTS-CLÉS

Adhésion à la règle : p. 15, 35, 40, 51, 55, 108, 111.

Anthropologie : p. 33, 71 à 89.

Art : p. 79.

Bourgeoise (idéologie) : p. 49, 52, 54, 74-5, 121, 124, 131, 134.

Cartésianisme : p. 21 et s., 133.

Classe sociale : p. 100, 134.

Codes sémantiques : p. 22, 38.

Cohésion sociale : p. 9, 19, 91.

Consensus : p. 35, 107 et s.

Continuité du discours jurid. : p. 21, 22.

Contradictions et incohérences : p. 14, 16, 40, 54, 63, 66, 70, 74, 75, 87, 95, 127-8.

Corps : p. 17, 34, 73, 75, 89, 133.

Culture : p. 23.

Dangerosité : p. 16, 25, 58, 82.

Démocratie : p. 18, 107, 122.

Discrimination sociale : p. 16, 36, 74, 91 à 105, 132.

Esthétique : p. 28, 79.

Etymologie : p. 42.

Femme : p. 75, 93 et s.

Fiction : p. 14.

Formules : p. 44.

Humanisme : p. 71 et s.

Hygiène : p. 29, 69.

Idéologie : p. 91.

Intériorisation de la règle : p. 15, 73.

Jeunes : p. 96 et s.

Kelsen : p. 15.

Légitimation : p. 14, 15.

Libération : p. 17.

Liberté : p. 49, 52, 66, 80, 84, 129,.

Lois : p. 10, 24, 56, 67, 78, 97, 100, 102, 103, 118, 129.

Morale : p. 16, 26, 36, 49 à 70, 81, 94, 131.

Mythe : p. 17, 72, 108, 111, 125.

Nature : p. 72, 75, 76.

Non-droit : p. 64.

Ordre public : p. 55, 131.

Ordre moral : p. 55, 75, 131.

Platon : p. 72, et s., 113.

Politique : p. 35, 36, 107 à 125.

Pouvoir : p. 11, 12, 18, 35, 92, 105, 125, 136.

Psychiatrie : p. 31, 68.

Qualifications : p. 15, 22, 38.

Raisonnement : p. 46, 109.

Rationalité : p. 10, 16, 17, 73.

Religion : p. 9, 11, 49, 134.

Responsabilité des juristes : p. 19.

Santé : p. 68.

Sondages : p. 119, et s., 129, 136.

Statistique : p. 36.

Stadard . p. 35, 39, 91, 110, 123.

Systématisme : p. 14.

Tautologie : p. 36 et s., 135.

Utilité : p. 32.

Valeurs : p. 38, 51, 59, 72, 73, 107, 112.

PLAN

INTRODUCTION

Objet, méthode de l'étude 9

CHAPITRE I

Fonctionnement du discours juridique en matière d'outrage public, aux bonnes mœurs 21

CHAPITRE II

L'outrage public aux bonnes mœurs, lieu d'interférence du droit et de la morale 49

CHAPITRE III

Le concept d'outrage public aux bonnes mœurs, révélateur d'une anthropologie 71

CHAPITRE IV

Logique de différenciation sociale sous-jacente au discours relatif à l'outrage au bonnes mœurs 91

CHAPITRE V

Le concept d'outrage public aux bonnes mœurs, révélateur d'une conception de la légitimité politique 107

CONCLUSIONS

ANNEXE I :

Texte des dispositions légales contenues dans le chapitre VII du titre VII du Code pénal.

ANNEXE II :

Texte de la proposition de loi modifiant le chapitre VII du titre VII du Code pénal intitulé «Des outrages aux bonnes mœurs», déposée par M. Lallemand et consorts.

EXTRAITS :

- p. 72 : «Le mythe universaliste et totalitaire de l'homme «animal raisonnable» qui, depuis l'antiquité, structure l'humanisme occidental».

- p. 73 : «Cette rationalité juridique idéaliste ne trouve pas seulement à justifier l'action des autorités ... ; elle est également largement partagée par les sujets de droit assujettis au droit dans la mesure où ils intériorisent le discours idéaliste qui le soutient et reproduisent la figure du sujet qu'il institue».

- p. 130 : «Le ressort fondamental de la répression de l'outrage aux mœurs consiste dans un partage anthropolgique de l'esprit et du corps, conduisant à la maîtrise de celui-là sur celui-ci, doublé d'un partage social des classes «raisonnables» et des classes «dangereuses» entraînant également maîtrise, contrôle et manipulation».

REVUE DES REVUES EN PHILOSOPHIE DU DROIT

A - REVUES FRANCAISES :

I - Études de thèmes

1) Buts et nature du droit .

a) Sur l'utile et le juste. Pages

- *Archives de Philosophie,* t. 26, Sirey 1981 :

Michel VILLEY, Préface historique 1

Jean-Louis VULLIERME, Droit et poésie-Enquête sur les fondements ontologiques du juste et de l'utile 11

Jacques GHESTIN, L'utile et le juste dans les contrats 35

Pierrette PONCELA , Par la peine, dissuader ou rétribuer 59

René SEVE, La métaphysique et l'utilitarisme 155

Pierre ARNAUD, Juste et utile 167

Philippe ROBERT, L'utilitarisme, les économistes et la délinquance 199

Paul DELVAUX, L'utile et le juste dans les droits de l'homme révolutionnaire . . . . . .

b) Autres thèmes

- *Archives de philosophie du droit,* t. 26 Sirey, 1981 :

M. VILLEY, Signification philosophique du droit romain 381

- *Commentaire,* 1981, n. 16.

S. C. KOLM, de l'individualisme 560

2) Valeurs dans le droit - fondements du droit

- *Archives de philosophie du droit,* t. 26, Sirey, 1981 :

Alfred DUFOUR, De l'école du droit naturel à l'école du droit historique 303

Georges KALINOWSKI, Obligations, permissions et normes, réflexions sur le fondement métaphysique du droit 331

Léon HUSSON, Droit de l'homme et droits subjectifs 345

- *Commentaire,* 1981, n. 14 :

n. STRUVE, L'homme soviétique soixante ans après 229

- *Commentaire* ,1981, n. 16 :

L. MARTINEZ, La «langue de bois» soviétique 506

- *La Pensée catholique,* 1981, n. 195 :

R. P. ANDRÉ-VINCENT, Le Saint Siège et les droits de l'homme 32

- *Revue internationale de droit comparé,* 1981 :

M. EL SHAKANKIRI, Loi divine, loi humaine et droit dans l'histoire juridique de l'Islam 767

3) Évolution du droit

- *Commentaire,* 1981, n. 14 :

A. HARTLEY, Métamorphose et continuité du conservatisme anglais . . 219

- *Commentaire,* 1981, n. 16 :

F. AFTALION, Réglementation et déréglementation aux États-Unis . . 526

4) Culture et société

- *Archives de philosophie du droit,* t. 26, Sirey 1981 :

P. DAUCHY, La réception du droit anglo-saxon en terre d'Irlande . . . 281

- *Commentaire,* 1981, n. 14 :

J. BAECHLER, La culture et les cultures politiques de l'Europe . . . . . .

- *Commentaire,* 1981, n. 15 :

Cl. LEVI-STRAUSS, Culture et nature. La condition humaine à la lumière de l'anthropologie 365

- *La Pensée catholique,* 1981, n. 195 :

L. SALLERON, Culture et langage religieux 40

5) Facteurs et données du droit - Sciences annexes

- *La Pensée catholique,* 1981, n. 194 :

J. BORELLA, Des sciences inhumaines 67

6) Techniques (concepts, ...) du droit

- *Archives de philosophie du droit,* t. 26, Sirey, 1981 :

P. DAUCHY, Une conception objective du lien d'obligation : les apports du structuralisme à la théorie du contrat 269

II - Études d'auteurs et de pensées

- *Archives de philosophie du droit,* t. 26, Sirey, 1981 :

Victor GOLDSCHMIDT, La théorie *épicurienne* du droit 73

José DE SOUSA E BRITO, Droit et intitulé chez *Bentham* 93

Mario A. CATTANEO, *Austin* et l'utilitarisme 121

Simone GOYARD-FABRE, *Kant* et l'idée pure du droit 133

H-Ph. VISSER'T HOOFT, John *Rawls* et l'utilitarisme 175

Évelyne SERVERIN, Les valeurs du crime chez *Marx* et *Durkheim* . . . 183

Ph.-I. ANDRÉ-VINCENT, Le concept juridique de chose dans la pensée de *Las Casas* 253

Luc FERRY, Sur la distinction du droit et de l'éthique dans la première philosophie de *Fichte* 287

- *Commentaire,* 1981, n. 14 :

G. BERGER, Les origines du libéralisme : P. Nicole 275

- *Commentaire,* 1981, n. 15 :

P. ROLLAND, Équivoques du libéralisme. A propos de B. CONSTANT 411

- *Commentaire* 1981, n. 16 :

J. LALOY, L'idée de nouvelle chrétienté chez J. Maritain 552

- La Pensée catholique, 1981, n. 195 :

Th. MOLNAR, Autour de *Teilhard* 60

Cl. ROUSSEAU, Du conservatisme à la révolution. L'exemple de *Pascal* . 67

B - REVUES ÉTRANGERES

- *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie,* 1981 :

N. 1 :

I. –

Jerzy WROBLEWSKI (Lódź), Law as an Instrument of social Homoestasis 1

Colin R. MUNRO (Essex), Lundstedt's Method of social Welfare 14

Hannu TAPANI KLAMI (Turku), Ratio vel auctoritas. Die römische Rechtswissenschaft im Lichte der Finalistischen Argumentationstheorie 26

José LLOMPART (Tokio), Gerechtigkeit als geschichtliches Rechtsprinzip 39

N. E. SIMMONDS (Manchester), Property, Autonomy and Welfare 61

II. –

S. PRAKASHINNA (White Plains N. Y), Human Rights : A Non-Western Viewpoint 76

LYNDALL LORNA TAMMELO (Salzburg), Form Iusnaturalism to Eunomics via Conativist Ethics 76

RAFFAELE DE GIORGI (Salerno), Ein Beitrag zu einer soziologischen Neubegründung der Rechtstheorie 100

MIHALY SAMU (Budapest), The Correlation of Society and Law from the Aspect of Marxist Viewpoint 112

UWE-JENZ HEUER (Berlin (DDR)), Zur Abhandlung, Objektive Gesetze– Recht – Handeln. Studien zu einer Wirkungstheorie des sozialistischen Rechts 123

N. 2 :

I. –

LAUCHLAN CHIPMAN (Wollongong and Sydney), Formal Justice and Rational Individualism 145

WOLFGANG KERSTING (Hannover), Transzedentalphilosophische und naturrechtliche Eigentumsbegründung 157

ABDULKADER IRABI (Frankfurt / M. Benghazi), Zur Geschichte und Gegenwart arabischer Sozialphilosophie und Soziologie 176

LOUIS J. MUNOZ (Ibadan / Nigeria), The Rationality of Tradition . . 197

II. –

HANS HAFERKAMP (Bremen), Entstehung und Entwicklung von Normen 217

DANIEL BRUHLMEIER (St. Gallen), Verfassungstheorie und Grundrechts denken bei Montesquieu 233

THOMAS BUCHHEIM (München), Subjektivität und Intersubjektivität bei Arnold Gehlen 242

CSABA VARGA (Budapest), Beiträge zu den Beziehungen zwischen Gustav Radbruch und Georg Lukacs 253

DETLEF HORSTER (Hannover) und WILLEN REIJEN (Utrecht) Rechtstheorie und Rechtspraxis 260

UN THEME DE RECHERCHE
LA DOCTRINE DANS L'ITINÉRAIRE LÉGISLATIF (suite)

Un certain nombre de réunions du séminaire organisé par le Centre de Philosophie du Droit avaient eu lieu, en 1981, sur la thème de la doctrine ; elles avaient permis de préciser certains concepts, d'émettre quelques hypothèses, de cerner les points de divergence.

La difficulté d'une réflexion sur la méthode de la doctrine, sur la qualité de sa production, comme sur sa place au sein des sources du droit tient à l'impossibilité apparente d'adopter des critères suffisamment précis et admissibles par tous. La démarche statistique n'est certainement pas une garantie absolue contre la subjectivité. Il reste que **l'analyse de contenu**, appliqué à la production doctrinale, pouvait être riche d'enseignements. C'est ce type de recherche, actuellement en cours, que nous voulons décrire ici. Nous souhaitons, conformément à l'inspiration majeure de cette revue, que nos lecteurs nous fassent part de leurs réactions, de leurs critiques et de leurs suggestions.

JUSTIFICATIONS DE LA RECHERCHE

1) Doctrine et droit

Le droit lui-même, la façon dont il évolue, les démarches qui font passer d'une notion à une autre, d'un principe à un autre, peuvent peut-être être examinées au travers de la production doctrinale.

Le droit est une discipline ancienne et cyclique. Ancienne, elle travaille encore aujourd'hui sur des principes et des solutions qu'étudiaient déjà les juristes romains au IVème siècle avant Jésus-Christ. Cyclique, la science juridique traverse des périodes de stagnation et d'imagination ; le XIIIème siècle, la période 1870-1930 peuvent être cités parmi les périodes d'effervescence et de progrès.

Le premier caractère fait craindre la sclérose. Le deuxième suscite une question : Sommes-nous dans une période de stagnation ou dans une période de progrès ? La prolifération des lois ferait sans doute pencher pour la deuxième hypothèse ; mais il est possible que l'importance de la production fasse écran et empêche d'en apprécier la qualité, d'en mesurer la nouveauté.

En limitant l'analyse à la production doctrinale (œuvres des auteurs étudiant le droit positif), il doit être possible de mesurer et d'expliquer le phénomène de *l'innovation juridique*. Par exemple, n'y aurait-il pas une corrélation significative

entre la préoccupation de nombreux auteurs de se présenter comme des observateurs neutres d'un droit qui se ferait en dehors d'eux (refus de la critique, surtout si elle doit porter sur les objectifs poursuivis ; utilisation des seules ressources de la logique, de l'argument d'autorité) et un certain appauvrissement de la production doctrinale ?

Il serait intéressant de révéler ce dessèchement de la méthode doctrinale actuelle à travers le refus de toute référence philosophique, l'utilisation d'un nombre réduit de types d'arguments, l'abandon de toute recherche historique approfondie, abandon conduisant à transformer les principes rationnels en dogmes-recettes...

Toutes ces hypothèses demandent à être vérifiées. Le déclin de la polémique n'est-il pas en rapport avec le positivisme précédemment évoqué ? Celui-ci ne fige-t-il pas la méthode juridique qui perdrait ainsi toute sa diversité et sa souplesse ? S'il est admis que la méthode doctrinale évolue avec le droit positif –ce qui est, historiquement, assez aisé à démontrer–, toutes ces questions méritent réponse.

2) Doctrine et sources du droit

La doctrine est généralement exclue des sources du droit. Il paraît important de vérifier si cette position commune aux ouvrages d'introduction au droit est bien aussi celle de la doctrine en train de se faire.

1 - Quelle idée la doctrine juridique se fait-elle de sa propre fonction ?

Les auteurs qui étudient des questions de droit dans une des principales revues juridiques pensent-ils devoir se comporter en techniciens, en critiques ? Se reconnaissent-ils une responsabilité dans la qualité du droit en train de se faire ou conçoivent-ils, au contraire, le droit comme un objet d'analyse extérieur à l'observateur ?

Pour répondre à ces questions, plusieurs indices peuvent être consultés. Tout d'abord, la catégorie d'études la plus fréquemment représentée est significative. Les juristes d'aujourd'hui préfèrent-ils décrire (et quoi ?) ou critiquer ou encore construire des systèmes rationnels explicatifs des solutions existantes et productifs de solutions nouvelles ? Les sources employées sont également révélatrices. L'auteur qui décide de se contenter de décrire ne renonce-t-il pas, simultanément et inconscienmment, à employer toutes les ressources de l'art juridique le plus classique (analogie, doctrine ancienne...) ? Il ne serait pas étonnant non plus de constater que ce même auteur ne dispose réellement que d'une gamme d'arguments assez pauvre et qu'il est plus sensible à l'autorité des hommes qu'à la rationalité des pensées.

2 - A supposer établie cette auto-censure de la doctrine juridique (qui a nom : positivisme), une deuxième étape peut être franchie. Il est sans doute possible de montrer que la doctrine juridique ne peut se complaire dans la simple description technique. Il y a, en effet, une corrélation probable (du moins, est-ce l'un des intérêts majeurs de la recherche que de l'établir !) entre le refus de dépasser la technique juridique et l'appauvrissement de cette technique elle-même. Il est probable que la

doctrine qui refuse de profiter des enseignements de l'évolution du droit, des ressources de l'analogie (signe d'une spécialisation technicienne et desséchante) et des sources non juridiques est aussi celle qui emploie le moins d'arguments strictement juridiques. De là à penser que le renouvellement du droit ne peut venir que de la recherche d'une vision globale, d'une synthèse inspirée et nourrie de philosophie, d'histoire, d'économie, de sociologie, ... il n'y a qu'un pas.

Qu'y aurait-il de s'y étonnant à découvrir que la culture juridique ne peut qu'accompagner la culture dite générale : le droit se construit «dans le siècle» et sa technique ne peut être mise en œuvre de manière neutre. Qui refuse d'appréhender la règle de droit dans sa totalité (science, politique et technique) se condamne à ne pas la comprendre.

MÉTHODE DE LA RECHERCHE

L'analyse de contenu sera menée sur tous les articles publiés au recueil Dalloz-Sirey en 1981. Chacun d'entre eux fera l'objet d'un certain nombre de fiches d'analyse (une par partie du plan établie par l'auteur) (1). Le recueil Dalloz-Sirey a été choisi parce qu'il est d'une importance incontestable et parce que, publiant des études relativement brèves, il donne sur une période assez réduite un échantillon représentatif de la production doctrinale française dans toute sa variété. Aucune autre sélection ne sera effectuée. Tous les articles successivement publiées dans la période choisie seront analysés, quels qu'en soient l'auteur, la matière ou le sujet.

Il est vrai que la qualification d'analyse de contenu pourrait être discutée pour le travail que nous présentons. D'une part, l'objectivité de cette recherche est d'autant plus douteuse qu'auteurs et lecteurs sont des acteurs appartenant, de surcroît à une même catégorie sociologique (2). De plus, le genre littéraire étudié (la chronique au Dalloz) est sans doute trop limité. D'autre part, les données recueillies sont peut-être insuffisantes. La fiche d'analyse dont un modèle est donné *infra* se contente de relever les principales caractéristiques des textes. Elle ne permet aucune approche quantitative et se contente de révéler la présence de tel ou tel indice ; il aurait pourtant été possible de travailler sur la longueur des phrases, sur le nombre des nuances («... dans la mesure où ...» ; « ... en général ...» ; etc ...), sur le vocabulaire, sur des expressions significatives (« ... on s'accorde à penser ...» ; «les auteurs affirment ...» ; «la jurisprudence dominante ...»), sur des associations de mots ou de thèmes, ... Il a fallu limiter l'ambition de cette première recherche au repérage de certaines images, sans même prétendre à la détermination de véritables cooccurences (3). Peut-être n'est-il pas inutile de préciser par quoi la doctrine se laisse convaincre,

(1) Un modèle de fiches est donné à la fin de cette présentation.

(2) Comparer L. Bardin, l'analyse de contenu, PUF, 2ème éd., 1980, p. 38 : «L'analyse de contenu apparaît comme un ensemble de techniques d'analyse des communications utilisant des procédures systématiques et objectives de description du contenu des messages». Comparer B. Bereson, cité par L. Bardin, op. cité, p. 17.

(3) L. Bardin, op. cit., p. 202.

c'est-à-dire de déterminer le type d'arguments (intention du législateur ; positions jurisprudentielles ; justice, opportunité ; ...) qui lui paraît décisif et quelle place la doctrine s'attribue à elle-même. Jeter une première lueur sur les valeurs de référence utilisées par la doctrine et sur ses modèles de comportement paraît un objectif réalisable. Il ne s'agit donc que de découvrir quelques inférences limitées sur les conditions de production et de réception de certains messages doctrinaux.

Pour un premier travail, l'approche qualitative qui «correspond à une procédure plus intuitive, mais aussi plus souple, plus adaptable à des indices non prévus ou à l'évolution des hypothèses» (4) paraît pouvoir être retenue justement pour aider à la formation de ces hypothèses.

OBJET DE L'ÉTUDE (matériel d'analyse)

Il est très limité. Les fiches ne seront appliquées qu'à une année de chroniques publiées au Recueil Dalloz–Sirey. Les notes d'arrêt ont été laissées de côté, comme plus particulières et moins libres aussi.

La pertinence de ce matériel d'analyse paraît admissible. D'abord, il s'agit d'un genre important et en voie de développement ininterrompu depuis sa création. Ensuite, les auteurs s'y expriment assez librement, déterminant eux-même en général leurs sujets, ils sont maîtres de la façon de le traiter au fond et en la forme. De plus, l'étendue de ces chroniques facilite l'analyse ; pour éviter l'effet de masse, il paraît suffisant de retenir, comme unité d'enregistrement, les parties distinctes (introduction, 1ère partie ...) de chaque article.

Il va de soi qu'aucune sélection n'est à opérer. Toutes les chroniques d'une année seront analysées, sans distinction de matières ou d'auteurs, pour respecter les règles d'homogénéité (5), et d'exhaustivité (6).

INTÉRETS DE LA RECHERCHE (7)

Il s'agit de vérifier, et peut-être de généraliser, une impression toute subjective, de découvrir des «contenus et des structures confirmant (ou infirmant) ce qu'on cherche à démontrer à propos des messages ou (mettre) à jour des éléments de significiations susceptibles de conduire vers une description de mécanismes dont on n'avait pas *a priori* la compréhension» (7). Enfin, il est peut-être possible de révéler des «évaluations» (opinions, jugements, ...) (8).

---

(4) L.. Bardin, op. cit., p. 115.

(5) L. Bardin, op. cit., p. 96.

(6) L. Bardin, op. cit., p. 28.

(7) Comparer, L. Bardin, op. cit., p. 28.

(7) Ibid.

(8) L. Bardin, op. cit. p. 40.

Ces impressions et hypothèses ont déjà été évoquées. Lorsqu'elle réfléchit sur elle-même, sur son rôle et sur sa place, la doctrine se met en retrait. Elle se refuse la qualité de source du droit. Le positivisme triomphant fait, du droit, cet objet observable de l'extérieur que la doctrine examine sans y être impliquée. C'est une question que de savoir si cette théorie des sources est conforme à la pratique des sources. La doctrine se regarde-t-elle comme parfaitement neutre ? Une autre question complémentaire est de se demander si cette neutralité n'est pas synonyme d'appauvrissement ; celui-ci pourrait venir du refus d'employer certaines informations, du refus de se livrer à certaines réflexions, d'une trop grande confiance en l'autorité, ... L'analyse proposée confirmera-t-elle ces impressions ?

PRÉSENTATION DES FICHES D'ANALYSE

La distinction majeure passe entre les deux positions de la doctrine. L'auteur de la chronique est sujet et acteur (2 : fonctions de la doctrine-sujet) ; il a recours aux travaux d'autres auteurs qui sont, à ce moment, objet et moyen (3 : fonctions de la doctrine-moyen). Le genre de son travail peut être caractérisé soit comme description, quel qu'en soit l'objet, proposition (législative, pratique, de solution, de qualification, de raisonnement, ... ou, enfin critique (des données, buts ou techniques).

Du premier point de vue, doctrine-sujet, les deux catégories principales d'information porteront sur les sources utilisées et sur le raisonnement, c'est-à-dire sur les arguments avancés. La première rubrique est évidemment très importante. La doctrine est-elle sensible aux filiations historiques, à l'analogie, aux enseignements de la philosophie, de l'économie, de la sociologie ? Les introductions des chroniques présentent généralement des réflexions sur les données de la législation ou du droit étudiés : sur quels documents s'appuient ces réflexions ? A l'inverse, faudra-t-il constater que la doctrine ne s'inquiète que du droit actuellement posé ? Y aura-t-il des corrélations entre certaines sources et certains type d'arguments ? Faudra-t-il constater un cloisonnement des démarches, les sources non juridiques n'étant utilisées qu'en dehors de l'argumentation par exemple ?

Les arguments invoqués ne sont pas moins significatifs. L'argument d'autorité tient-il la première place, (ce qui ne vérifierait pas nécessairement la prétention de la doctrine à une certaine neutralité scientifique) ? La logique l'emporte-t-elle sur l'inspiration législative (*«ratio legis»*) ou sur la justice ?

Du point de vue de la doctrine-moyen, il est intéressant de relever quelle image l'auteur se fait des autres auteurs et comment il utilise leurs travaux. L'importance de la doctrine par rapport à la jurisprudence peut aussi être évaluée.

En définitive, c'est la place du raisonnement (logique et téléologique) dans le droit qu'il faudrait pouvoir préciser quelque peu. Il faut ajouter que, par souci de simplicité, sont considérées comme récentes les jurisprudences ou doctrines postérieures à 1900, (ce qui est une césure tout à fait contestable).

ESSAI D'ANALYSE DE LA VISION ACTUELLE DE LA DOCTRINE

Identificateur :

1 - RÉFÉRENCES

Titre :

Auteur :

---

2 - FONCTIONS DE LA DOCTRINE-SUJET

Disciplines :	Droit civil	0	Droit administratif	0	Longueur :		
	Droit commercial	0	Droit fiscal	0	de 1 à 15 colonnes	0	
	Droit pénal	0	Droit international	0	de 16 à 30 colonnes	0	
	Droit du travail	0	Sécurité sociale	0	plus	0	
	Droit judiciaire	0	Droit constitutionnel	0			
Auteurs :	Universitaire	0	Praticien	0	Genre : (dominante)		
	Magistrat	0	Autre	0	Description	0	
					Proposition	0	
					Critique	0	

SOURCES :

1) Sur la même question		2) par analogie		3) Sources non juridiques	
Textes généraux applicables	0		0	Philosophiques	0
Loi antérieure récente	0		0	Littéraires	0
Loi antérieure ancienne	0		0	Sociologiques	0
Jurisprudence récente	0		0	Économiques	0
Jurisprudence ancienne	0		0	Historiques	0
Doctrine récente	0		0	Morales	0
Doctrine ancienne	0		0	Autres idées	0
Réponse ministérielle	0		0	Autres sciences	0
Principe général	0		0		
Pratique	0		0		
Droit comparé	0		0		
Travaux préparatoires	0		0		

Style :

Technique 0 Polémique 0 Cursif 0 Analytique 0 Synthétique 0

RAISONNEMENT :

Argument d'autorité	0	Argument a fortiori	0
Argument de justice	0	Argument de non-contradiction	0
Argument d'opportunité	0	Argument de continuité	0
Argument a contrario	0	Ratio legis	0
Argument a simili	0		

3 - FONCTIONS DE LA DOCTRINE-MOYEN

La question des sources du droit est abordée 0 (oui)

Par rapport aux autres sources ou autorités, la doctrine (auteur exclu) est placée en situation :

D'observation descriptive	0	De domination	0	De complément	0
D'observation critique	0	D'égalité	0	D'impuissance	0
D'observation explicative	0	De conflit	0	De repoussoir	0

La doctrine est utilisée comme :

Reflet du droit établi	0
Confirmation d'un droit discuté	0
Modèle de raisonnement	0
Autorité	0

La doctrine est citée : Seule 0

avec la jurisprudence sous-entendue	0
avec la jurisprudence récente	0
avec la jurisprudence ancienne	0

La jurisprudence :

Ancienne, est citée seule	0
Récente, est citée seule	0

R. R. J. 1982
Pages 177 à 191

ÉTUDES

LES COAUTEURS PAR CONSPIRATION EN DROIT PÉNAL JAPONAIS

(Conférence du 12 février 1982)

Par le Doyen Yasumasa SHIMOMURA
Professeur à l'Université Chuo de Tokyo

Le code pénal japonais moderne (le prétendu code pénal ancien de 1882) doit beaucoup au code pénal français, c'est-à-dire au code Napoléon de 1810, le code pénal français en vigueur. En effet, ce dernier a été précisément traduit en japonais par Boissonade. Jusqu'alors les lois chinoises avaient exercé une grande influence sur les lois japonaises. Et à présent les lois allemandes exercent leur influence dans le domaine du droit pénal et au contraire les lois américaines exercent leur influence dans le domaine de la procédure pénale surtout en ce qui concerne la théorie des preuves.

Le code pénal en vigueur ayant vieilli, un travail de révision a été entrepris depuis quelques temps. Nous avons un projet de révision du code pénal, et moi-même j'ai été membre d'une Commission de Révision du Code Pénal pendant assez longtemps. J'ai rédigé les dispositions concernant «les coauteurs par conspiration» (article 27, alinéa 2). Les efforts de la jurisprudence et de la doctrine sur la théorie des coauteurs par conspiration ont ainsi porté leurs fruits.

Au Japon comme en Allemagne, on considère que les articles du Code Pénal traitant de la complicité ont un caractère très complexe. Ces articles posent en effet beaucoup de problèmes surtout l'article concernant les coauteurs. Il n'y a pas cette notion au sens propre du terme dans le Code Pénal français. Ce mot de coauteur signifie deux ou plusieurs auteurs réunis.

Par exemple A et B se consultent pour mettre ensemble à exécution un vol avec violences. Nous supposons que A exécute la partie vol et que B exécute la partie violences. Quelle est la responsabilité pénale de chacun d'eux ? En droit pénal japonais, tous les deux sont les auteurs du vol, avec violences, parce qu' en droit pénal japonais, il y a les articles suivants :

article 60 : Si deux ou plusieurs personnes exécutent une infraction en commun, toutes seront considérées comme auteur de cette infraction.

article 61 : Sera considéré comme auteur celui qui provoquera quelqu'un à commettre une infraction et la fera exécuter.

article 62 : Sera complice celui qui aidera l'auteur.

C'est à dire que si deux ou plusieurs personnes exécutent une infraction en commun, leurs actes sont considérés dans l'ensemble mais pas séparément. «A» n'est pas seulement auteur du vol, il est auteur du vol avec violences, et «B» aussi n'est pas seulement auteur des violences. Tous deux sont les auteurs du vol avec violences.

Nous allons étudier maintenant le problème des coauteurs par conspiration. Pourtant, je pense que cette notion de «coauteur par conspiration» vous est étrangère puisque cette notion n'est pas connue en droit pénal français. D'autre part, aujourd'hui la théorie «des coauteurs par conspiration» est très célèbre dans la jurisprudence et dans la doctrine au Japon.

L'expression de «coauteurs par conspiration» vient de la situation criminelle suivante : si deux ou plusieurs personnes conspirent pour commettre une infraction et si conformément à cette conspiration seulement l'un d'eux exécute l'infraction, tous les autres seront considérés comme auteurs.

Il s'agit alors de savoir pourquoi.

Parce que l'expression «deux ou plusieurs personnes exécutent une infraction en commun» qui est utilisée à l'article 60 du Code Pénal japonais est à double interprétation :

*** Premièrement :**

Cette expression signifie que tous les complices peuvent exécuter matériellement l'infraction. Dans ce cas l'exécution est égale au commencement d'exécution ; en d'autres termes elle se rapproche de la tentative.

Pourtant, comme vous le savez, sur ce commencement d'exécution s'affrontent deux conceptions générales au Japon comme dans d'autres pays :

« La conception objective inspirée par la doctrine allemande du siècle dernier exigeant au moins la nécessité d'un élément matériel de l'infraction, voyait dans la peine la sanction d'un trouble social et faisait donc de l'exécution effective l'une des conditions essentielles de la responsabilité.

« La conception subjective au contraire est tout à fait étrangère à cette observation purement juridique du problème. Ses partisans insistent sur l'absurdité de l'attitude qui consiste à attendre la production d'un mal irréparable pour punir le coupable. Ils enseignent que la peine doit saisir la volonté criminelle dès que celle-ci a commencé à se manifester par des actes extérieurs, quelles que soient les conséquences de ces actes.

Aujourd'hui, la jurisprudence et la doctrine au Japon adoptent la conception objective.

*** Deuxièmement :**

L'article 60 peut s'interpréter comme il suit : il suffit que l'un des complices exécute l'infraction.

Bien sûr, la première théorie attache de l'importance à l'exécution individuelle ; au contraire la seconde théorie retient l'exécution globale.

De ces deux théories, quelle est la meilleure ?
Nous prenons l'exemple du vol avec violences.

Ici, il y a trois personnes nommées : A, B et C. Nous supposons qu'ils conspirent pour mettre à exécution un vol avec violences au domicile de X. Mais «A» ne se rend pas au domicile de «X» : il fait seulement le plan d'exécution du vol avec violences parce que «A» connaît «X» de vue. Alors «B», doué d'une certaine force physique, va au domicile de «X» et exécute matériellement le vol avec violences. Enfin «C» participe aussi à l'infraction ; il monte la garde.

Quelle est la responsabilité pénale de chacun dans cette situation ?

Pour résoudre cette difficulté les deux théories déjà exposées peuvent être reprises ici :

- Celle qui attache de l'importance à l'exécution individuelle.
- Celle qui attache de l'importance à l'exécution globale.

Laquelle de ces deux théories faut-il retenir pour comprendre le phénomène de la complicité ?

Je pense que la seconde théorie est préférable, parce que le phénomène de la complicité ne doit pas être compris sous l'angle de l'exécution individuelle mais plutôt sous l'angle de l'exécution globale.

Deux motifs peuvent justifier cette position : un motif juridique et un motif de psychologie sociale.

D'abord le motif juridique.

Comme nous l'avons indiqué précédemment dans notre exemple, si deux ou plusieurs personnes exécutent une infraction en commun, même s'elles exécutent seulement une partie de l'infraction (par exemple un vol ou bien des violences) toutes sont considérées comme auteurs de l'infraction de vol avec violences.

Pourquoi cela ?

Si on devait observer l'infraction sous l'angle des personnes, c'est un voleur qui commet seulement le vol ; de même, c'est seulement l'auteur des coups qui utilise les violences. Néanmoins, ils sont tous deux les auteurs du vol avec violences.

Ce n'est pas le résultat de l'observation individuelle mais de l'observation globale. Bien plus si on applique strictement cette théorie individuelle, les dispositions de l'article 60 du Code pénal japonais doivent être pratiquement inutiles.

Car ceux qui insistent sur l'observation individuelle du phénomène disent que les dispositions de l'article 60 du Code pénal japonais doivent s'appliquer au cas

où chacune de ces deux ou plusieurs personnes exécutent l'infraction (exemple : vol avec violences). Mais alors l'article 60 n'a plus de raison d'être. Il suffit que les dispositions du vol avec violences leur soient appliquées séparément pour les sanctionner. Donc, juridiquement, les complices sont punis comme l'auteur de l'infraction. Bien sûr, ce serait un autre problème si les complices étaient punis plus sévèrement que l'auteur. Mais il n'en est rien ; la même peine s'applique à tous.

Mais alors quelle est la raison d'être de l'article 60 du code pénal japonais ? Nous devons dire que les dispositions de ce texte attachent de l'importance au terme «en commun» et s'applique au cas où «A» commet le vol tandis que «B» exerce des violences, ils sont tous deux punis pour un vol avec violences. En un mot, ils jouent tous un rôle important dans la réalisation de l'infraction commise en groupe et non individuellement. Il est important de regarder le fait «en groupe», le fait que «A» fait corps avec «B». «A» ne peut pas agir tout seul et «B» non plus. Voilà donc deux personnes en groupe ici ! Par conséquent ils peuvent commettre un vol avec violences en s'aidant mutuellement, intellectuellement et matériellement. Cette idée ouvre la voie à la solution du problème par la théorie des «coauteurs par conspiration».

Dans le phénomène de la complicité, il importe de former un tout et de se charger d'une partie du rôle. C'est la même chose dans le cas des «coauteurs par conspiration».

Dans ce cas aussi, si une personne parmi ces trois, A, B et C manquait, l'infraction ne serait pas réalisée. Elles se comportent comme s'elles agissaient comme un seul individu. Ainsi, «A» serait la tête, «B» serait les jambes et les bras, «C» serait les yeux.

La conspiration distingue les coauteurs de l'instigateur. Le conspirateur possède en lui l'essence même de la volonté d'exécuter l'infraction lui-même. A la différence du conspirateur, l'instigateur est celui qui fait exécuter l'infraction à quelqu'un d'autre (C'est là, un problème de procédure pénale un peu à part).

Autrefois, j'apprenais le français à l'Institut Franco-japonais de Tokyo. Il y a de cela plus de 30 ans. Aussi j'ai oublié depuis beaucoup de mots français. Mais il y a une histoire amusante dont je me souviens encore comme si c'était hier.

Un vol a eu lieu. Le voleur qui a volé une pomme a été arrêté. Le procureur a réclamé un mois de prison ; mais l'avocat a plaidé la condamnation de la seule main droite de l'accusé parce que l'accusé a utilisé seulement sa main droite pour voler la pomme. En souriant, le juge a condamné la main droite de l'accusé à un mois de prison en pensant que l'accusé irait en prison effectivement pour ne pas perdre sa main droite. En riant l'accusé a accepté de laisser sa main droite, car à la vérité il a perdu sa main droite à la guerre, et il a une main artificielle. Mais, en fait, bien sûr, cela n'est pas possible.

Après l'étude du motif juridique, voyons maintenant le motif de psychologie sociale.

Nous devons beaucoup à Gabriel Tarde et à Émile Durkheim en cette matière. Comme vous le savez ou comme je vais vous l'apprendre, Tarde a ouvert la voie à la psychologie sociale, à l'étude des rapports sociaux et des formes de sociabilité et Durkheim a permis le développement des groupes socio-culturels et des institutions. De même que l'histoire individuelle s'explique par la mémoire et l'habitude, de même l'histoire des sociétés est gouvernée par le fait que les hommes s'imitent indéfiniment les uns les autres. Tel est le principe de l'imitation. Et ce principe à peine posé, voici que sa démonstration est effectuée dans le domaine criminologique. Tarde a contribué à fonder la psychologie sociale ou mieux encore l'inter-psychologie.

En réalité, la théorie des «coauteurs par conspiration» reprend sa pensée sur le principe de l'imitation et sur l'étude du groupe. Même un homme qui ne peut ni penser ni commettre un crime tout seul, peut le commettre, s'il s'associe avec des complices. C'est la psychologie du groupe (en anglais «group mind») ou bien la psychologie des foules (en anglais «mob mind») qui agit sur le phénomène de la complicité. Par conséquent, tous les complices doivent être traités sur un pied d'égalité (la totalité ou mieux encore l'ensemble concourt à la formation de la complicité).

Ainsi de même que lorsqu'un homme va porter des coups contre quelqu'un sa main seule ne sera pas condamnée, mais lui-même tout entier sera condamné, de même lorsqu'un complice commet un vol avec violences tous les autres complices sont inculpés pour vol avec violences.

Enfin, comment les coauteurs par conspiration doivent-ils être sanctionnés pénalement ? C'est le principe de l'individualisation qui agit sur la responsabilité des coauteurs. Par exemple, l'article 104 et suivants du code pénal français portant sur les «attroupements» sanctionnent l'auteur différemment suivant le rôle qu'il joue dans la réalisation de cette infraction. De même l'article 106 du code pénal japonais concernant les crimes de sédition sanctionne l'auteur (ni instigateur, ni complice) de ce crime à cause (de la suggestion) de l'inspiration qu'il manifeste même s'il ne se rend pas sur les lieux du crime. C'est le principe de totalité qui s'applique à la formation de la complicité. Mais, au contraire, le principe d'individualisation agit sur la sanction.

En effet, la peine du chef de la bande qui dirige ou organise un mouvement insurrectionnel est la plus sévère (la réclusion criminelle à temps ou la détention criminelle à temps de un à dix ans). La peine des directeurs simples de bande, c'est la réclusion criminelle à temps ou la détention criminelle à temps de 6 mois à 7 ans. La peine des individus faisant partie de la bande sans y exercer aucun commandement ni emploi est la plus légère (une amende de 10 000 yens : environ 250,00 FF).

Au début, la jurisprudence japonaise a reconnu la théorie des coauteurs par conspiration seulement pour le crime intellectuel comme la fraude. Ensuite, elle l'a reconnue pour le crime violent comme l'homicide, le vol avec violences, etc... Et aujourd'hui, depuis 1938, elle la reconnaît pour tous les crimes.

Bien loin de diminuer, les crimes ne font qu'augmenter. Celui qui tire les ficelles dans un crime devrait être puni plus sévèrement que le complice ordinaire.

Pourtant, au Japon, généralement, l'instigateur est sanctionné moins sévèrement que l'agent exécuteur.

Par exemple, quelle est la responsabilité pénale de l'agent provocateur d'assassinat, c'est-à-dire l'instigateur de la tentative d'assassinat ?

Au Japon, généralement, c'est assimiler à la tentative d'assassinat. Car on dit que l'intention d'une instigation suffit, l'intention de la tentative suffit, par conséquent il n'est pas nécessaire qu'il y ait intention d'une infraction consommée. De plus, l'instigation d'une infraction est considérée plus légèrement que l'infraction consommée (Ceci malgré les dispositions de l'article 61).

Au contraire, selon les cas, l'instigateur est puni plus sévèrement que l'auteur. Voilà la raison d'être d'une théorie des coauteurs par conspiration !

Aujourd'hui, au Japon, quelques universités ont une chaire consacrée à l'étude du processus judiciaire, plus précisément de psychologie judiciaire (en anglais «judicial process»). Elle revêt un caractère très important. Selon cette théorie de psychologie judiciaire, la véritable loi c'est la loi concrète qui est réalisée par le juge au tribunal et non pas la loi abstraite prescrite dans le code.

Autrefois, Montesquieu disait que le juge doit être un distributueur automatique mais qu'il ne doit pas apprécier.

Aujourd'hui, au contraire, le juge doit apporter une attention minutieuse à découvrir la vérité. La théorie sur la complicité doit révéler la vérité du phénomène de complicité en tant que phénomène social.

Je suis convaincu que la théorie des coauteurs par conspiration correspond à ce souhait.

POUR UN RETOUR AU DROIT

Gérard MEMETEAU
Maître-Assistant à la Faculté de Droit de Poitiers
Avocat à la Cour

Le juriste a aimé les célébrations, occasions de manifester pour la Loi et ses Tables une admiration tempérée. 1904 commémora le centenaire de la publication du Code civil des Français, avec dans l'air le zéphyr de la révision (1), et 1950 fut l'année des vastes regards jetés sur le droit des temps, le Doyen Ripert ouvrant le Recueil Dalloz par «le bilan d'un demi-siècle de vie juridique» (2) avant de recevoir l'hommage des études sur «Le Droit privé français au milieu du XXe siècle». Cet empressement s'est-il conservé, au passage du troisième quart de siècle ? Dans la même revue, devenue entre-temps le «Recueil Dalloz-Sirey», le seul salut au millénaire vieillissant y est la recherche d'un changement de société, sous l'influence du droit il est vrai (3). La discrétion procède-t-elle du refus contemporain de tout triomphalisme dit désuet, ou bien d'un sentiment diffus de malaise (4) ? Le Droit est peut-être moins sûr, plus flottant, que jadis (5). Ainsi est-il plus apte à régir des situations humaines concrètes dont le particularisme s'accommode mal de directives générales et impersonnelles, et la règle juridique va et vient selon les idées et selon les besoins.

Mais les «insensibles dérivés» ne ravissent plus l'imagination du géologue (6) et ne sont guère que celles d'un droit au fil des eaux ! Le droit d'aujourd'hui se veut

---

(1) articles de Planiol, Gaudemet, Moreau, in «Le Code civil, livre du centenaire» T. 2.

(2) Dalloz 1950, ch.1.

(3) J. Carbonnier : Le code civil des français a-t-il changé la société européenne ? Programme pour une recherche sociologique sur l'influence du Code de 1804 (Dalloz 1975, ch. 11).

(4) v. R. Savatier : L'inflation législative et l'indigestion du corps social (Dalloz 1977 ch. 43).

(5) On y aiderait, techniquement, par l'appel de plus en plus fréquent par le législateur à l'équité qui, de subsidiaire, deviendrait quasi-principale. V. L. De Naurois : Le rôle du principe d'équité dans les droits canoniques et français (Rev. droit canonique 1979, 17). Aux exemples cités par l'auteur, adde art. 280-1 parag. 2 Code civil, le pouvoir modérateur du juge en filigranne de l'art. 489-2 ; c'est l'art. 12 du nouveau code de procédure civile qui permet de «conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur». Mais, précisons : incliné devant la distinction du Jus et de la Lex, nous penserons surtout à celle-ci dans les lignes qui suivent ; celui-là est moins ... «conjoncturel». (cons. M. Villey : Bible et philosophie gréco-romaine, de Saint Thomas au droit naturel, Arch. Philos. du Droit XVIII, 1973, p. 27 et s. et préface à «La révélation chrétienne et le droit, colloque de philosophie du droit», Annales Fac. Droit Strasbourg, Dalloz éd. 1961).

(6) cf. P. Durand, La connaissance du phénomène juridique, et les tâches de la doctrine moderne du droit privé (Dalloz 1956 ch. 73).

évolutif, doutant de lui-même, suscitant ses mutations successives. Tel l'adolescent pressé de répudier «le grave héritage spirituel» transmis par ses parents, il rejette avec affection sa nature même, son caractère normatif. Des Docteurs graves l'y convient ; des législateurs l'y précipitent. Le temps n'es plus où «qui dit droit, n'est-ce pas, dit aussi inflexible» (7).

Le trouble agité par les théories répercute ses ondes sur les textes. Mais, son ampleur même provoque des réactions, par le rappel doctrinal d'autres principes (8) ou par la résurgence jurisprudentielle des définitions traditionnelles (9).

Ce trouble tient semble-t-il à deux causes : une pensée juridique importante, une pratique législative constante.

Il est bon que la pensée juridique s'abreuve à des sources autres que la technique et la science du droit, et ont le sait bien depuis 1899, qui fut une année-charnière dans l'histoire des doctrines, des méthodes. Que les sciences dites humaines, que les mœurs mêmes, apportent au juriste leurs enseignements, que les faits nourrissent sa réflexion, nul ne l'a jamais contesté, pas même l'Exégèse (10). N'y-a-t-il pas cet article 696 du Code Civil, invitant à «puisser de l'eau à la fontaine d'autrui» ? Le droit conjugue «les sciences sociales d'observation telles que la sociologie ou l'économie politique, et les éthiques appliquées, telle que la morale. Il a pour objet l'homme tout entier ...» (11).

Mais on ira plus outre, empruntant à la sociologie ses théorèmes. Le droit peut être ineffectif, désuet, mal entendu ; il est donc urgent de s'enquérir des besoins de droit des sujets auxquels il s'applique. Autant de constatations, de forces créatrices contribuant à rejeter le caractère impératif du droit, sa permanence. «C'est un des postulats de la sociologie juridique que le droit, loin de rien présenter d'immuable, est sujet à des transformations. La sociologie juridique ne peut pas ne pas être peu ou prou transformiste. En ce sens, il est exact de dire qu'elle est difficilement compatible avec l'idée d'un droit naturel. Pour elle, même l'idée de droit naturel est contingente, relative, évolutive (12). De la libre recherche au libre examen, au droit du libre examen ... Ainsi raisonné, le droit se dégage de toute référence idéale. Il serait tellement inconvenant d'imposer à autrui des vérités fussent-elles éternelles (13) ! Il semble que le devoir soit supplanté par le vouloir, dans ce positivisme désabusé. Quant à

(7) Bernanos : La France contre les robots, préface, p. 8.

(8) C. Atias, D. Linotte, Le mythe de l'adaptation du droit au fait (Dalloz 1977, ch. 25).

(9) Exemplaire est à nos yeux. Trib. Inst. Parthenay 10 mars 1978 (Gaz. Pal. 15 nov. 1978). Comp. Éthique à Nicomaque V. ch. 1 - 3 et ch. X. 6.

(10) Marcadé, Éléments du droit civil français, 3ème éd. 1847, I, p. VIII.

(11) R. Savatier : Le droit et l'accélération de l'Histoire, Dalloz 1951, ch. 29.

(12) J. Carbonnier, Flexible droit, chap. I «Les hypothèses fondamentales de la sociologie juridique théorique», et Atias et Linotte précités, p. 253.

(13) Comparer : A Luciani (Jean Paul 1er) «Humblement vôtre», p. 253 in «A Saint Luc, Évangéliste».

un droit divin, seuls de respectables spécialistes en traitent encore (14). Les suites en sont claires. «Le pluralisme éthique est revendiqué comme la conséquence normale du pluralisme idéologique...» (15).

Si le droit doit être «à l'écoute» des besoins individuels, il encourage la consécration du droit subjectif contre le bien commun (16). La promotion de l'individualisme, la balkanisation des institutions, marquent ce droit situationiste et conjoncturel (17). Enervé par sa flexibilité, il suggère le refus d'obéissance : comment voulez-vous me faire obéir à ce droit qui ne croit plus en lui-même, si ce n'est ratione auctoritatis, à supposer qu'il en subsiste ? (18). On serait tenté d'y découvrir de l'agrément, puisque l'hédonisme est aux portes du Code («Le plaisir de vivre, il s'est, pour toute une élite, accompagné du mépris de ce qui était contrainte-politique, sociale, religieuse, morale ...» (19) et puisque la loi hésite à contraindre les esprits et les comportements, mais y véhiculant le postulat de la remise en cause selon la réception, selon l'évolution du «donné», ce droit, «instrument de sa propre transformation» (20) facilite la mise en place de sa représentation marxiste, elle aussi dégagée des principes naturalistes.

Proposons cette idée, les principales réformes de notre droit (privé) ont pris appui sur cette doctrine dominante. Le législateur a trouvé des concepts selon son cœur ! C'est un fait qu'il ne procède plus par a priori philosophiques ou moraux, mais se guide sur les mœurs, légalise les pratiques usuelles.

En dernier lieu la réforme du droit des régimes matrimoniaux, largement accomplie le 13 juillet 1965, attestera de cette volonté législative. «Mais l'évolution des mœurs commande que certaines dispositions du Code Civil, comme l'article 1421, soient modifiées dans le sens de l'égalité entre les époux» (21). Sans doute affirme-t-

---

(14) Y. Congar, o. p. «Jus Divinum», Revue de droit canonique 1978 (Mél. Gaudemet) I, 108. Lire M. de Corte : Introduction éthique au droit, cours Liège, 1ère année, 1968- 1969.

(15) Déclaration de la congrégation pour la Doctrine de la Foi, 10 octobre 1973, citée in «Faire vivre, l'Église Catholique et l'avortement», p. 76.

(16) M. Villey, Philosophie du droit, I, n. 82. Mais est-il exact que la théorie rousseauiste du contrat ait envahi la conception moderne de la loi (sic. M. de Corte, cours précité, p. 56) ? Elle fonderait plutôt la négation de tout droit, appuyerait les revendications libertaires plus que les doctrines juridiques, toujours techniciennes ... Et, c'est sans doute plus le corps social, le groupe, que l'individu qui crie ses désirs vers le législateur.

(17) G. Cornu, L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil, p. 115, 119.

(18) «Que serait une loi, écrit Jean Foyer, qui ne serait pas, selon la parole de Portalis un commandement ?» (J. C. P. 1976, 2762 : Tournant et retour aux sources en droit international privé). Mais ici, «c'est exactement le relativisme triomphant de la fin du XIXe siècle, gros du nihilisme», pourrait-on écrire (P. Arnaud, Les mésaventures de la sociologie, C. E. R. C. n. 44, juillet 1977, p. 24). M. de Corte, cours précités, p. 69. - G. Ripert, Les forces créatrices du droit, n. 75.

(19) L. Madelin : Talleyrand, p. 499.

(20) G. Cornu, op. cit. p. 158.

(21) Rapport Marcilhacy, J. O. Sénat, n. 120 1978-1979, p. 9.

on que l'enquête sociologique ne légifère point, n'est qu'indicative, mais n'encourage-t-elle pas le législateur ? «La sociologie donne à la législation un bain social qui est un bain public. Et ce afin de réduire autant que possible le décalage entre les mœurs et la loi...» (22) ; et, «les réformes du droit de la famille n'ont fait qu'adapter la loi civile au changement des mœurs, si bien qu'à travers les textes de ces dernières années, nous voyons tranparaître la nouvelle image de la famille ... L'action des mœurs a été soutenue, amplifiée, par l'idéologie. Les parties vieillies d'un code peuvent être corrodées par l'acide des pratiques contraires, mais c'est l'idéologie qui emporte les digues...» (23).

Il serait d'ailleurs significatif de retrouver dans la pensée des Lumières, dans les lois civiles de la Révolution française, des modèles de droit utilisées par les législateurs modernes : «de 1964 à 1975, tout appliqués à adapter le droit civil et le droit pénal aux exigences de la nouvelle société de consommation «permissive» –si loin par ses mœurs et son économie de la société révolutionnaire– ils ne pensaient guère à leurs prédécesseurs de cette époque : Berlier, Cambacérès, Jacqueminot, Merlin de Douai... Mais l'histoire, qui chérit autant le paradoxe que la répétition, a voulu qu'ils retrouvassent les accents des projets les plus extrêmes des Assemblées Révolutionnaires et bien souvent l'exacte législation de la période intermédiaire» (24)

Nous ne prétendons pas que les doctrines citées aient été les seuls moteurs des mutations du droit aujourd'hui, mais nous croyons qu'elles ont contribué à en extirper toute référence aux normes du droit naturel et ont procuré aux maîtres de nos lois ses instruments intellectuels. «Aujourd'hui écrivait G. Pompidou –on n'est pas savant, philosophe, professeur, prêtre innocemment». Donnons l'exemple de la loi du 17 janvier 1975 sur l'avortement, commentée sans scandale (25), pour apprécier quelles conséquences positives peut avoir une idée à certains égards, pourtant, séduisante ; on posa l'évidence de la multiplicité des avortements clandestins, mit en exergue le malheur (hélas incontestable) de leurs victimes, puis ajouta que d'une part le droit ne pouvait pas ne pas se calquer sur le fait, que d'autre part le public attendait une réforme. Les deux derniers postulats emportèrent le vote. La même démarche fut accomplie en matière de divorce : les séparations de fait et les dé-mariages sont

(22) G. Cornu, op. cit. p. 22. Et cela suggère d'étonnantes interprétations. «Il serait vain... de rechercher en l'état actuel des mœurs, un ensemble de particularités confirmant les époux divorcés, de quelque condition soient-ils, comme des «déviants» par rapport à un certain modèle familial, un sondage d'opinion réalisé antérieurement à l'élaboration et à la discussion de la loi du 11 juillet 1975 démontrant, au demeurant, qu'au plan paradigmique, la divortialité n'est plus perçue comme une déviance de comportement social...», sic un jugement du 5 janvier 1977 ; on préfèrera l'incisive formule de cet autre jugement du 3 février 1977 : «l'adultère... ayant perdu dans notre société libérale avancée son caractère péremptoire...».

(23) J. Carbonnier, A chacun sa famille, à chacun son droit, in N. E. F. n. 67, sept. nov. 1978, p. 42 et 43. Le même éminent auteur refuse de parler d'une abdication de la collectivité... (Essai sur les lois, «les phénomènes d'inter-normativité», p. 260).

(24) M. Garaud (†) , R. Szramkiewicz : La Révolution française et la famille, préface de J. Carbonnier (Publications Fac. Droit Poitiers, P. U. F. 1979), p. 186 ; M. le Doyen Carbonnier suggère des emprunts délibérés (préface p. IX)...

(25) Cependant : J. F. Vouin, et F. Chabas, in «Le corps humain et le droit» travaux Assoc. H. Capitant, 1975, XXVI, p. III et s. et 226.

innombrables, donc la loi doit y aider, n'être pas une gêne. Peut-être agira-t-on de même bientôt en faveur de l'Orthothanasie (26) ... Le législateur est heureux de puiser dans la doctrine une ombre de justification aux changements de société qu'il poursuit et de deviner que les gouvernés ne pourront contester des textes présentés comme répondant à leur attente. La loi reste «l'expression de la volonté générale», mais d'une volonté tournée vers la satisfaction immédiate découverte, dans les sondages, éprouvettes du législateur ! Les plus autorisés commentateurs s'interrogent sur les intentions législatives (27), suggèrent que, «en libérant certains comportements de la sanction juridique, le législateur a entendu les renvoyer à d'autres systèmes normatifs, mœurs, morale, religion». N'est-ce pas assez manifester le désengagement de la loi par rapport sinon à la religion –on le sait depuis 1905– du moins à la morale ? Si tant assimilent le moral au légal, si «le droit peut tenir lieu de morale à ceux qui n'en ont pas», quelles références laisse-t-on ? Et, somme toute, de quel droit légiférer si l'on ne croit ni à la moralité ni à la pérennité de l'ouvrage ? Appliquons à titre comparatif, ces justes propos : «le pasteur prêche, mais il dit : « croyez ce que vous voulez» donc il avoue qu'il peut se tromper ; s'il peut se tromper, pourquoi prêche-t-il» (28).

La consécration des situations de fait (29) a sa logique : la consécration de n'importe quel fait, et elle va de pair avec la corrosion du fondement de la morale traditionnelle, ce que le C. R. E. D. O. C. exprimait ainsi, courant 1973 : « Nous ferions l'hypothèse d'un effondrement des valeurs traditionnelles au profit des revendications de bonheur immédiat et d'autonomie individuelle». Certains projets du gouvernement n'étaient encore que pure doctrine.

Certes, bien des auteurs, et du plus haut bord, ne se sont pas ralliés à la doctrine dénoncée : des nuances subtiles se découvrent, et des «mais nous avons changé tout cela» (30) sont, si ce n'est en forcer l'interprétation, d'ironiques renvois aux Escobar, Bauny et Révérends Pères des Lettres provinciales, on écrit sur «le mythe», on parle du «fallacieux prétexte» (H. Mazeaud) de l'adaptation du droit au fait. Cependant, le mal est étendu et la tâche est de le résorber (31).

---

(26) Notre article «Les raisins verts, propositions de loi de M. Caillavet sur le refus de prolonger artificiellement sa vie» (Rev. trim. san. et soc. 1978, 303).

(27) J. Carbonnier, Droit civil, T. 2, éd. 1977, p. 14.

(28) Marie Carré, J'ai choisi l'unité, chap. XIII, «Le concile de Trente», 4ème éd., p. 345.

(29) J. Noirel, le droit civil contemporain et les situations de fait (Rev. trim. civ. 1959, p. 456).

(30) J. Carbonnier, Préface à Archives de philosophie du Droit, XX 1975, «réformes du droit de la famille» p. 2. Du même auteur : (le postulat sociologique) «est que tout droit doit, sous peine de mort, être adapté à la société qu'il est appelé à régir. Mais il ne serait pas déraisonnable de soutenir que, dans beaucoup de cas, le droit a été fait, au contraire, pour violenter, pour contraindre» (annales Fac. de Droit de Stasbourg, précitées, p. 126 «La Bible et le Droit»).. Et in Essais sur les lois, la post face si puissante : «Toute loi en soi est un mal ?». Question, sans doute étrange : du droit flexible, le descriptif n'a-t-il pas été dénaturé en impératif ?

(31) M. de Corte : l'Homme contre lui-même, p. 66.

C'est d'abord par la présentation des idées que le juriste participera à l'œuvre de guérison sociale. Cette présentation passe par deux voies, à tous les sens classiques.

Le commentaire des textes et des propositions ou projets, l'appréciation des doctrines, se font par l'écrit, chronique ou note publiée dans les revues spécialisées, destinée aux techniciens, mais également par la parole adressée aux jeunes esprits encore sensibles aux idées neuves, s'ils n'ont été blasés, déçus par les pauvres leçons parfois subies, apports d'une anti-culture savamment (si le mot est approprié) instillée (32). Il ne nous parait pas admissible d'imposer une philosophie du droit à des élèves, des étudiants : le petit argument en est le devoir de réserve de l'enseignant, et le grand argument l'existence d'une intelligence en nos auditeurs. Mais, il nous paraît possible, en droit et en fait, de présenter parallèlement aux autres doctrines la pensée juridique traditionnelle «d'un droit naturel reposant sur des valeurs morales transcendantes» (33). Les principes n'en sont pas toujours méconnus en eux-mêmes, mais la pratique est parfois timide pour les appliquer ; «attendu que les juridictions doivent appliquer la loi positive, sans avoir le droit de s'y refuser sous prétexte que les règles édictées par le législateur seraient contraires au principe du droit naturel, dont l'essentiel prête, d'ailleurs, à discussion, puisque, tandis que selon les uns, ces principes procèdent d'un idéal immuable, selon d'autres, ils doivent s'inspirer d'un idéal à contenu variable, se transformant avec les civilisations et les nécessités sociales ; qu'ainsi la Cour doit rechercher seulement si les premiers juges ont fait à l'espèce une application exacte des textes en vigueur» (34). On peut rappeler avec Saint Thomas d'Aquin que si quelque chose répugne en soi au juste naturel, la volonté humaine (entendez : la loi écrite) ne peut le rendre juste (35), que la loi ne peut être contraire au bien humain ni au bien divin. Relisons simplement Bonnecase : «le milieu social abandonné à lui-même ou mal dirigé par ses gouvernants peut ... postuler des règles de Droit en contradiction absolue, tant avec les intérêts bien compris de ce milieu social, qu'avec la dignité naturelle de l'homme » (36).

---

(32) cf. L. Morin : Les charlatans de la nouvelle pédagorie (P. U. F. 1973).

(33) Cahiers de l'ordre français, 1972, «Leçons d'initiation aux questions politiques», p. 52 ; M. de Corte, de la justice, p. 17 et cours précités p. 62 et s. et 84. Léon XIII «Au milieu des sollicitudes», cité in J. Madiran «Les deux démocraties» p. 108.

(34) C. A. Poitiers, 10 mai 1978, inédit. Comp. P. Malaurie - Introduction à l'étude du droit, et droit des obligations, Les cours de Droit, 1976 - 1977 p. 16.

(35) G. Kalinowski : le fondement objectif du Droit d'après la Somme théologique de Saint Thomas d'Aquin, (Arch. Philos. de Droit, XVIII, Dimmensions religieuses du Droit, p. 73). - J. M. Aubert : Loi de Dieu, Lois des Hommes, Desclée 1964, spéc. p. 202.

(36) Supplément au traité de Baudry-Lacantinerie, I, n. 233. p. com. p. J. Foyer (J. O. Ass. Nat. 26 nov. 1974, 7012) : «Lorsque le législateur a la conviction –comme je l'ai– que l'opinion est abusée ou mal informée, son devoir est de ne pas se laisser entraîner, ce qui ne serait que faiblesse, découragement, aveuglement ou démagogie ; son devoir est de convaincre l'opinion et, quand il le faut, de ramer à contre-courant».

C'est ensuite par la pratique juridique et judiciaire, qu'il faudrait épurer de toute assistance à la mise en application des lois fondamentales contraires au bien commun (37) devant lesquelles l'Etre tout entier proteste. «Un devoir positif, général, sans restriction, toutes les fois qu'une loi paraît injuste, c'est de ne pas s'en rendre l'exécuteur ... Rien ne justifie l'homme qui prête son assistance à la loi qu'il croit inique (38), ce que l'Aquinate enseignait (39). Il n'est point de déontologie imposant l'usage d'un texte qui serait pervers, interdisant que la voix s'élève pour l'anathémiser. Appelons les praticiens à se souvenir des principes généraux dissimulés par des textes lus hélas au coup par coup, à constater la réalité du droit naturel dans l'ordre juridique applicable.

Le silence de l'homme de droit n'est plus assez justifié par des bienséances de corps prétendues, en des temps où l'on prétend réduire sa science à une technique à la remorque des mythes et des hédonismes ou, depuis peu de temps, d'idéologies dégagées de toute rigueur éthique. «Le droit bourgeois, je m'assieds dessus», disait un parlementaire, un faiseur de lois, en exprimant crûment tout un nouveau système de pensée, dans lequel peut-être l'a priori dogmatique remplacera le diagnostic des mœurs ... Ne venait-on pas pourtant de mettre en relief le Besoin «que la loi civile elle-même aide à élever l'homme » ? (40).

---

(37) V. J. Madiran, De la justice sociale, p. 25.

(38) Benjamin Constant, cité in P. J. Moreau, Les racines du libéralisme, une anthologie (Seuil p. 116).

(39) Somme th., I, quaestio 96. Pie XI, «Mit brennender Sorge» et «Firmissiman constantiam», avec le rappel de la proportionnalité des moyens à la fin, «de telle manière qu'ils ne causent pas à la communauté des dommages supérieurs à ceux qu'on veut réparer». «Sans doute, écrivent MM. Mazeaud et De Juglart, le besoin de sécurité est primordial, mais pas au point d'imposer le respect d'une loi injuste. Ou alors il faut abandonner l'idée même que la justice existe».

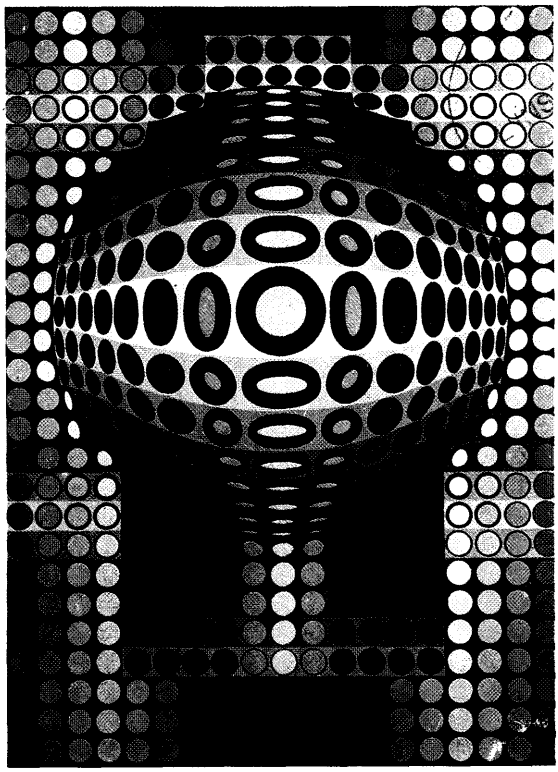
(40) Jean-Paul II, réponse à Monsieur le Président de la République française, 30 mai 1980. Et : «Redemptor Hominis», appelant le juriste à une approche honnête de la vérité en son domaine.

DÉPOT LÉGAL
1er trimestre 1982

ISSN 0249 8731

Revue de la Recherche Juridique

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 :

Sur un projet de loi disant que la vie humaine doit être tenue pour existante depuis la conception

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

1982 - 2

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE
DROIT PROSPECTIF
1982 - 2

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

avec le concours de l'U. E. R. de
Recherches Juridiques de l'Université
d'AIX-MARSEILLE III

Presses Universitiares d'Aix-Marseille
V. VASARELY : «HOOR» - P. 1049 - 1976

N. VII - 13 (7ème année - 13e numéro)
(3 numéros par an)

COMITÉ DE PATRONAGE

M. Paul AMSELEK	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Jean-Marie AUBY	Membre de l'Institut
M. le Doyen Henri BATIFFOL	
M. Xavier BLANC-JOUVAN	Professeur à l'Université de Paris I
M. le Doyen Fernand BOULAN	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
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 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 TERRE	Professeur à l'Université de Paris II
M. André TUNC	Professeur à l'Université de Paris I
M. Marcel WALINE	Membre de l'Institut

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

Directeur de la publication : M. J.-L. MESTRE

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

COMITÉ DE RÉDACTION

M. C. ATIAS : Rédacteur en chef - Responsable de la rubrique du Centre de Philosophie du Droit

M. D. LINOTTE : Éditorial - Responsable de la rubrique : Tendances du droit contemporain

M. C. MOULY : Responsable de la rubrique : Méthodes de la recherche juridique

M. J.-J. BOUSQUET : Responsable de la rubrique : Activités de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

M. R. GHEVONTIAN : Responsable de la rubrique : Bilan des recherches de doctorat

Missions de recherche :

- étudiants de doctorat
- collaborateurs des Centres de recherche

Secrétariat et service commercial : **U. E. R. Recherches Juridiques**
3, Avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence Cedex

Abréviation de référence : R. R. J.

ABONNEMENT : 3 numéros par an

Abonnement de soutien : 300 F
Abonnement (France) : 160 F
Abonnement (étranger) : 240 F
Numéro (France) : 60 F

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

Demandes à adresser à : U. E. R. Recherches Juridiques
3, Avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence Cedex

La correspondance relative à la rédaction peut être adressée à M. C. ATIAS, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille - 3, Av. Robert Schuman - 13628 Aix-en-Provence Cedex.

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

EDITORIAL, par Didier Linotte . . . . . p. 201

METHODES DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

- F. Grivart de Kerstrat, **Une méthode pour le droit compare** . . . p. 205

LES TENDANCES DU DROIT CONTEMPORAIN

- Christian Atias, **Normatif et non-normatif dans la législation récente du droit privé** . . . . . p. 219

LES PAGES DU CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT

Conférences :

- M. le Professeur Jérôme Lejeune, **Témoignage devant la Commission du Sénat des Etats-Unis sur la séparation des pouvoirs** p. 227
- M. le Professeur Paul Amselek, **L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales** (résumé) . . . p. 232
- M. le Professeur Bruno Etienne, **Hegel, l'Etat et le Droit** . . . . p. 234
- Christian Atias, **Eléments pour une mythologie juridique de notre temps (suite). Le mythe du pluralisme civil en législation** . . . . p. 244
- M. le Professeur Ph. Rémy, **Eloge de l'Exegèse** . . . . . p. 254
- Stéphane Rials, **Essai sur le concept de monarchie limitee (autour de la Charte de 1814)** . . . . . p. 263
- Fiche de lecture n° 15 : Edgar Morin. . . . . p. 301

DOCUMENT

- **L'article 1384, Al. 1er, du Code civil tel qu'en lui-même enfin.. (Arrêt de la Cour Suprême de l'île Maurice du 4 novembre 1936** p. 307

ETUDES

- J. Belot, **La détermination judiciaire du prix dans les contrats** . . p. 349
- M. le Professeur Sakio Takayanagi, **Le "pacifisme" de la Constitution japonaise comme principe fondamental de l'activité extérieure du Japon d'après-guerre** . . . . . p. 371

EDITORIAL

par Didier LINOTTE

Les débats organisés autour de la prochaine réforme des Universités doivent conduire à poser, au niveau le plus élevé, une nouvelle fois, la question de la Recherche en matière juridique.

Longtemps les juristes universitaires ont vécu sur une conception individualiste et artisanale de la Recherche. Oeuvre isolée du maître, à peine relayée par quelques disciples, accomplie dans le silence du Cabinet à l'aide de quelques ouvrages et revues, la Recherche du meilleur Droit, tout en donnant naissance à des travaux remarquables, ne nécessitait guère d'autres moyens que la réflexion et la science personnelles de son auteur.

Lorsque, dans les années soixante, commencèrent de s'opérer les grandes affectations de dotations en crédits, locaux et emplois, les juristes en conséquence se tinrent - autant qu'ils furent tenus - à l'écart de la répartition.

Il est résulté de ces circonstances un certain nombre de critères d'attribution des moyens (G.A.R.A.C.E.S. notamment) qui amplifient aujourd'hui encore le déséquilibre entre les sciences juridiques et les autres disciplines.

Aujourd'hui les disciplines juridiques ont éclaté en une multitude de spécialités : l'essor du nombre des revues et des ouvrages, la démultiplication de la carte des enseignements dans les Facultés de Droit, les relations sans cesse grandissantes avec le monde extérieur et la diversité des colloques tenus en sont autant de signes tangibles et mesurables.

Des idées d'amélioration - nécessaire - des dispositifs juridiques se font jour sans cesse. Des programmes d'études sectoriels ou comparatifs sont lancés ici et là ; ils contribuent à la meilleure connaissance de nos

sociétés, à leur progrès éventuellement. De plus en plus, sauf peut-être par leurs propres administrations nationales et ce contrairement à la plupart des exemples étrangers, les universités juridiques sont invitées à contribuer par leurs enseignements mais aussi par leurs recherches à l'activité économique et sociale d'ensemble.

Les Facultés de Droit françaises sont largement démunies des moyens nécessaires qui leur permettraient de faire face aux potentialités de développement de leurs études.

Certes, il faut des crédits et il faudra en réclamer. Mais l'argent n'est pas tout et, la pénurie engendrant la pénurie, même lorsque les moyens budgétaires arrivent ils ne peuvent pas toujours être utilisés de manière satisfaisante. Il faut aussi des hommes. Les Universités juridiques, déjà notoirement sous-encadrées en enseignants, ne disposent que de très peu d'emplois de collaborateurs de recherche, absolument nécessaires pour démultiplier les efforts des professeurs. Lorsque ces emplois existent ils sont fréquemment affectés à des services de gestion suppléant, par exemple, ceux des bibliothèques.

Rares sont les postes d'accueil au C.N.R.S., les passages vers l'administration, l'industrie ou le secteur social, les supports de mission à l'étranger qui permettent effectivement au juriste universitaire de vivifier et approfondir ses recherches.

L'Informatique juridique, dont pourtant les responsables des Facultés de Droit sont bien conscients qu'elle constitue un tournant fondamental qui ne doit pas être manqué ne se développe qu'insuffisamment, faute de matériel et surtout du minimum d'emplois adéquats affectés à cette mission.

Où sont, enfin, les locaux affectés à la Recherche dans les Facultés de Droit ?

Si une "nouvelle donne" s'effectue pour la recherche universitaire, il est vital que, cette fois, les juristes ne soient pas considérés, ou ne se considèrent pas, comme "servis" mais bel et bien demandent et redemandent des cartes. Il y va du développement, voire du maintien, de leur double rôle d'enseignant et de chercheur.

R.R.J. 1982
p.203 à 216

METHODES DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

UNE METHODE POUR LE DROIT COMPARE

Par F. GRIVART DE KERSTRAT

"Si pesantes sont les habitudes intellectuelles, dans l'étude du droit notamment, qu'une démarche peut être connue et reconnue sans pour autant produire tous les bienfaits dont elle est capable. N'est-ce pas le cas du droit comparé ? Bien peu de soutenances de thèses, bien peu d'examens des travaux des candidats à quelque poste universitaire ne comportent pas d'allusion au droit comparé. Il est banal d'entendre reprocher l'oubli de cette méthode ou, au moins, l'insuffisance des recherches accomplies. Et pourtant, les juristes français ont-ils le réflexe comparatiste ? Il est permis d'en douter. L'évocation des droits étrangers est le plus souvent bien superficielle et se présente comme un exercice de style, une figure imposée ... Le Comité de Rédaction de la R.R.J. a, pour cette raison, demandé à l'auteur des réflexions qui suivent de redire aux juristes français ce qu'ils croient savoir : qu'il leur faudrait s'ouvrir l'esprit aux pratiques et raisonnements étrangers et concevoir le droit comparé comme une méthode de recherche juridique. Après tant d'auteurs prestigieux, la tâche était difficile ; mais n'est-il pas indispensable d'oeuvrer encore pour que la comparaison des droits apporte sa pleine contribution à la recherche du bon droit ?"

Ecrire sur la méthode en droit comparé. Cela peut sembler être une prétention bien audacieuse. Existe-t-il "une" méthode pour l'étude du droit comparé ? N'existe-t-il pas plutôt diverses méthodes pour l'étude du droit comparé ? Mais l'audace ne viendrait-elle pas aussi, ou même plutôt du fait que, pour certains, le droit comparé n'est rien d'autre qu'une méthode ? Parler de la méthode en droit comparé serait alors en fait s'aventurer sur le terrain du problème délicat de la nature du droit comparé.

Ce sont là des orientations peu rassurantes. Je serais donc tentée de décliner une offre qui, malgré la confiance et l'honneur dont elle témoigne à mon égard, me fait craindre de ne point surmonter les périls de ce terrain glissant. Quitte à passer pour téméraire je m'aventurerai néanmoins. La cause du droit comparé, l'occasion d'évoquer quelques uns des éléments de la méthode par laquelle il peut et doit être approché, méritent que l'on prenne le risque.

Les observations partielles, et sûrement insuffisantes, que je vais proposer se rattacheront à trois ordres d'idées. En premier lieu, il existe de multiples raisons de s'intéresser au droit comparé et donc d'avoir recours à sa méthode. En second lieu, la méthode dépend du but que l'on poursuit. En troisième lieu, la méthode comporte des précautions et moyens divers que l'utilisateur pourra combiner entre eux avec quelque chance de succès, à la condition toutefois de voir dans le droit non pas un amas de règles mais un regard posé sur les "choses" c'est-à-dire sur le réel.

I - Les intérêts de recourir à la méthode comparative

> "Le droit comparé n'est pas le domaine réservé de quelques juristes, qui trouvent leur intérêt dans cette branche. Tous les juristes sont appelés à s'intéresser au droit comparé, tant pour mieux comprendre leur propre droit que pour entreprendre de l'améliorer, ou encore pour établir de concert avec les juristes des pays étrangers, des règles de conflit ou de fond uniforme ou une harmonisation des droits divers" (1).

Ainsi voyons-nous que le droit comparé ne doit pas être considéré comme un champ clos ouvert aux seuls spécialistes ; il est au contraire un terrain qui doit être cultivé par tout juriste soucieux de créer les conditions véritables de "la méthode du dialogue au sens d'Aristote", la mieux appropriée aux besoins des jurisconsultes", écrit le Professeur Villey (2).

C'est bien alors à une invitation commune que nous convient ces deux auteurs quand ils nous parlent de la nécessité, et même du devoir qu'il y a pour tout juriste d'enrichir, d'élargir sa vision des choses, "les regarder à partir d'une multitude de points de vue afin d'en obtenir une connaissance moins incomplète".

Si pour le comparatiste c'est la nature même de sa démarche qui le conduit sur ce chemin, pour le philosophe, c'est la combinaison "réalisme et dialectique" qui l'impose (3).

Mais ne nous y trompons pas : le chemin (la démarche, autrement dit la méthode) que nous indiquent ces deux auteurs n'est pas celui de la facilité. La comparaison des droits divers est en effet parfois difficile car il est relativement facile d'énoncer les conditions préalables pour qu'un

---

(1) R. DAVID, Les Grands Systèmes de Droit Contemporain, 7e éd., p.13.

(2) M. VILLEY, Philosophie du Droit, t. II, p.70.

Les références données ici dans l'ouvrage du Professeur M. Villey renvoient principalement au tome II de cet ouvrage, car c'est dans le second tome que l'auteur, traitant des moyens du droit, traite également la question de la méthodologie. Il est clair toutefois que l'on ne peut apprécier pleinement le sens de ces développements si l'on n'a pas pris connaissance de ceux que l'auteur consacre dans le tome 1er aux définitions et fins du droit.

(3) ibidem, p.59.

juriste puisse faire du droit comparé, mais il est, comme nous le verrons, fort difficile de les remplir. L'existence même, pour certaine qu'elle soit, de ces difficultés ne doit pas décourager. Tout d'abord, sans doute, parce que, comme pour toute chose, la mesure des difficultés est aussi celle de l'intérêt qui se dégage d'un tel effort. Mais c'est aussi parce que les difficultés peuvent être graduées suivant la nature de la recherche comparative entreprise.

Il est bon ici de préciser ce que l'on entend par droit comparé : il "n'est pas autre chose que la comparaison des droits, faite en vue de fins variées" (4). De la fin que l'on a en vue, dépendent à la fois la méthode et aussi, dans une bonne mesure, le degré de difficulté.

S'il est vrai que le droit comparé n'est pas autre chose que la comparaison des droits, cette comparaison peut être faite à des échelles diverses et l'étendue de la recherche sera proportionnée au but que l'on poursuit.

L'on rappellera à ce propos cette remarque pertinemment placée par le Professeur R. David dans les premières pages de son Traité de droit civil comparé, à savoir que si dans la théorie il ne fait aucun doute qu'il existe une distinction entre l'étude du droit comparé et l'étude des droits étrangers, le rapport entre droit étranger et droit comparé n'est pas établi de façon satisfaisante si l'on se contente de poser le principe que le droit étranger peut être étudié sans qu'on fasse pour autant du droit comparé ; et plus évidemment encore, il n'est pas possible de faire du droit comparé à qui n'a pas étudié au préalable le droit étranger. On pourrait difficilement ne pas tomber d'accord sur le fait que "l'on ne peut comparer avec fruit que ce que l'on connaît". En outre, l'on conviendra sans peine que, même si la mesure de la connaissance nécessaire de "l'autre" droit peut être déterminée par la portée de la recherche entreprise, on ne peut, en tout état de cause, faire l'économie d'une investigation sérieuse dans le champ de cet "autre" droit que l'on veut comparer au sien. Evidence qui, comme il y a un peu plus de trente ans, lorsque Monsieur David publiait son ouvrage - c'était en 1950 ! - "paraît (aujourd'hui encore) avoir échappé à grand nombre de bons esprits" (5).

Est-il permis d'avoir plus d'hésitation au sujet de l'autre volet de la distinction ? La question est : le droit étranger peut-il être étudié sans que l'on fasse pour autant du droit comparé ? A cette question une simple réponse : "notre juriste (...) pour ce qui concerne le droit étranger, doit l'étudier, dans toute la mesure du possible, comme fait le juriste étranger". Cette simple proposition est lourde de sens. Et elle l'est tout autant de difficultés. Ne serait-ce que du fait qu'elle exige en premier lieu que le juriste se débarrasse de ses routines mentales et des préjugés qui le poussent à penser le plus souvent que son droit est forcément le meilleur sinon même le seul, ou du moins le seul digne de régir le monde.

Il faudra plus tard développer les différents aspects des exigences auxquelles le comparatiste doit accepter de se plier ; revenons pour le moment aux avantages que le juriste, selon sa spécialité, peut compter retirer de l'étude du droit comparé.

"Les intérêts du droit comparé peuvent, succintement, être groupés sous trois chefs. Le droit comparé peut être utile dans les recherches

---

(4) R. DAVID, Traité Elémentaire de Droit Civil Comparé, L.G.D.J. p.9.

(5) ibidem, p.8.

historiques ou philosophiques concernant le droit ; il est utile pour mieux connaître et améliorer notre droit national ; il est utile enfin pour comprendre les peuples étrangers et donner un meilleur régime aux relations de la vie internationale" (6).

Même aussi brièvement énoncés, ces intérêts ne paraissent pas minces. Il semble au contraire qu'ils résument ce qui doit être essentiel dans les préoccupations d'un juriste de notre temps, pour peu qu'il refuse d'accepter d'être "le strict serviteur de la loi (...) ou de se suspendre aux textes de lois, comme un naufragé s'accroche aux derniers débris d'un navire" (7).

Pour celui qui pratique "le métier du droit" (au sens où le Professeur Villey nous enseigne de le comprendre et de l'exercer), le supplément de satisfaction et d'enrichissement que l'on peut attendre du droit comparé est immense.

Plutôt que de commenter les trois chefs énoncés ci-dessus, il suffira de dire ceci : pour ce qui concerne le premier chef, c'est-à-dire le caractère utile et même indispensable de la recherche comparative pour le juriste qui se consacre à l'histoire et à la philosophie du droit, il n'est pas de meilleure référence que celle des ouvrages du Professeur M. Villey. Quel contenu, quelle valeur auraient ses ouvrages si, dans sa démarche, le savant professeur s'était contenté d'explorer le seul champ français de l'histoire et de la philosophie du droit ? La force et l'universalisme qui saisissent le lecteur du moindre de ses articles, a fortiori de ses ouvrages, découlent bien évidemment du fait que, dans notre monde "sublunaire", peu de systèmes de droit n'ont pas retenu son attention.

En ce qui concerne la manière dont le droit comparé nous permet de mieux comprendre et d'améliorer notre droit national, les exemples très nombreux ne donnent que l'embarras du choix : les règles de notre droit maritime, par exemple, portent la marque de la réalité internationale, cadre de leur apparition et de leur élaboration.

Pour comprendre l'origine et la signification véritable d'institutions telles que le registre foncier ou la société à responsabilité limitée, c'est non plus à l'ouest mais à l'est de nos frontières qu'il faut porter le regard.

Enfin l'intérêt mentionné au troisième chef peut coexister avec celui du second chef, quand on envisage le champ d'application du droit européen créé par le Traité de Rome, ainsi que les efforts nombreux - un certain nombre d'entre eux ont abouti à des réalisations concrètes - menés en vue de l'adoption de règles uniformes régissant des domaines propices à l'harmonisation internationale du droit ; tels le droit des transports, le droit des effets de commerce, le droit de la vente des marchandises.

Dans ces divers domaines il est évident que l'on a cherché, simultanément, à améliorer non seulement notre droit national mais aussi celui des relations internationales.

Et si le cadre européen ou celui des droits des pays occidentaux, nous sont les plus familiers, ils ne sauraient être les seuls où se manifeste le développement de la coopération internationale des juristes.

---

(6) R. DAVID, Les Grands Systèmes de Droit Contemporain, p.9.

(7) M. VILLEY, Philosophie du Droit, t. II, p.173.

Le Professeur J. Rajski, de l'Université de Varsovie, écrivait en 1978 que :

"l'une des caractéristiques de l'évolution de la science contemporaine du droit est le développement intense des recherches comparatives ; (...) ce phénomène coïncide avec un accroissement perceptible de l'importance des études juridiques comparées pour le développement de la coopération internationale dans les domaines politique, économique, culturel et touristique".

Plus loin le même auteur précise cette idée de la manière suivante :

"les recherches comparatives fournissent des matériaux permettant de mettre à profit l'acquis du droit national (qui a subi l'épreuve de l'application pratique) dans le choix des solutions uniformes appropriées (...). Elles permettent d'harmoniser l'unification envisagée du droit avec le droit national de divers Etats (...). Elles offrent donc la possibilité optimale de proposer des normes unifiées qui ont plus de chances d'être acceptées par les Etats intéressés" (8).

Certes l'unification du droit des divers Etats n'est pas forcément en soi un bien absolu, ni la solution automatique au fonctionnement insatisfaisant du dialogue international. Si le métier du droit ne doit pas être confondu avec une science neutre, seulement descriptive, le droit comparé est précisément ce qui permet aux lois uniformes d'être autre chose que ces coquilles vides destinées à la seule satisfaction de leurs auteurs ; en effet il est la meilleure garantie contre la tendance répandue chez la plupart de nos contemporains à réduire le droit à l'état d'instrument technique ; c'est par le droit comparé qu'il est possible de découvrir "cette loi non écrite (propre à chaque pays, qui) est la source des lois écrites" (9).

De ce rôle essentiel que peut jouer le droit comparé, témoigne le Professeur Tito Ravà, de l'Université de Rome qui, concluant un article intitulé "Quelques réflexions de droit comparé à propos d'une rencontre communautaire", écrit que :

"L'interprétation comparative, approfondi(t) les systèmes juridiques les uns au moyen des autres pour en saisir les aspects universels au-delà de leurs règles particulières (...). L'Europe des juges suppose une Europe de la pensée juridique. C'est au fond l'éternelle aspiration à un droit commun ne contraignant pas les peuples à abandonner leurs traditions juridiques, mais conciliant ces dernières avec celle-ci qui, à l'occasion des Communautés, revient à nouveau dans notre histoire et qui ne pouvant être satisfaite qu'en partie par la centralisation de la juridiction doit trouver sa réponse dans la voie traditionnelle européenne, à savoir dans la doctrine, dans l'oeuvre constructive des docteurs" (10).

---

(8) J. RAJSKI, Le rôle de la comparaison dans le stade de préparation de la réglementation juridique internationale, in Rapports polonais, présentés au Xème Congrès international de droit comparé, Varsovie 1978, p.304-313.

(9) M. VILLEY, Philosophie du droit, t. II, p.193 et 201.

(10) T. RAVA, Diritto Comunitario e degli scambi internazionali, ed. Franco Angeli,Milano,1977

II - Le but : élément de détermination de la méthode

Quelles raisons me poussent à considérer que, de la détermination du but poursuivi, dépendent, pour une bonne part, les éléments de la méthode du droit comparé ?

Je répondrai tout d'abord que si le terme méthode est défini généralement comme une marche ou une démarche mentale, parfois aussi un "chemin", il existe aussi une définition un tout petit peu plus complète qui définit ce terme comme "l'ensemble des moyens jugés les plus propres pour arriver à un but". Le but est l'un des éléments de la définition d'une méthode ; il paraît donc opportun de s'arrêter à la considération de ce qu'il peut être.

Si je me place maintenant sur le terrain du droit, mes références restant, pour l'essentiel, les mêmes que celles dont j'ai usé déjà, je trouve, dans le premier volume cette fois-ci de l'ouvrage du Professeur M. Villey (Définitions et fins du droit), une distinction qui me paraît utile pour mettre en évidence la distinction des points de vue auxquels il convient de se placer. M. Villey analyse une distinction, proposée par Kant, entre le droit au sens du *quid juris* et le droit au sens du *quid jus* (11).

Alors que le *quid juris* consiste à poser la question "quel est dans tel ou tel procès, ou telle espèce de procès, la solution de droit ?", la question *quid jus* est : "qu'est-ce que le droit même ?". Il ne convient pas ici de reproduire l'explication que donne cet auteur à propos de la distinction. Il suffit d'en extraire cette observation que :

> "nulle réponse scientifique ne serait possible à la question, qu'est-ce qui est de droit, *quid juris* ? si l'on ne disposait de quelque idée de ce qu'est le droit, *quid jus*. Toute science du droit suppose admise une certaine conception du droit, de son objet, de ses sources ; et chaque science du droit ne vaudra que pour autant que valent ses principes" (12).

Il me semble que la méthode qui devra être suivie par le comparatiste sera déterminée en partie par la réponse donnée à la question de savoir si sa recherche tend à la découverte de la solution d'un procès ou d'un problème donné *(quid juris)* de droit étranger, ou bien si sa recherche tend à découvrir ce qu'est le droit *(quid jus)* dans un pays étranger.

C'est, à mon sens, la distinction que fait le Professeur R. David, quand il nous dit que :

> "A côté de juristes qui feront simplement usage du droit comparé, il y a place (...) pour des comparatistes, de qui la tâche se borne à préparer le terrain, afin que d'autres puissent avec fruit, employer dans leurs tâches variées la méthode comparative" (13).

Il faut préciser, afin d'écarter tout risque de malentendu, "que le droit comparé ne porte pas son but en lui-même". Autrement dit la seconde question posée *(quid jus)* ne consistera pas à se demander ici ce qu'est le droit comparé ; ce thème a été et reste encore aujourd'hui sans doute

---

(11) M. VILLEY, Philosophie du Droit, t. I, p.14.

(12) ibidem, p.15

(13) R. DAVID, Les Grands Systèmes de Droit Contemporain, préface p.1.

le sujet des préoccupations de certains comparatistes ; il n'est pas nécessaire de s'y arrêter dans le cadre des présentes observations.

Voyons maintenant comment se traduit en pratique cette distinction, entre d'une part celui qui fait usage du droit comparé, et d'autre part celui qui prépare le terrain autrement dit qui rend les juristes aptes à remplir, chacun dans sa spécialité, la tâche qui leur incombe.

Le réalisme oblige à reconnaître que l'opposition que notre distinction paraît refléter, ne se rencontre pas toujours telle quelle en pratique, loin de là ; la vive curiosité personnelle attisée et renforcée par les premières découvertes, pourra conduire l'usager initial à se transformer, petit à petit, en un initiateur au profit des autres usagers, grâce à l'extension et à l'approfondissement de son champ de recherche. Mais l'on pourra rencontrer également, phénomène moins heureux, l'illusion qu'entretient l'usager d'être devenu un guide, simplement parce qu'il a accumulé *la connaissance* de solutions particulières.

Bien qu'affligeant, le phénomène se rencontre néanmoins parfois, spécialement parmi les gens pressés qui estiment pouvoir faire l'économie du temps et des efforts requis pour découvrir la "nature des choses".

Ce n'est pas, cela va sans dire, l'appartenance professionnelle d'une personne qui permet de dire si elle fait partie des usagers ou des initiateurs. Au contraire, ce seront la nature de son intérêt et la méthode par elle suivie, qui seront une indication du but qu'elle poursuit, sinon ouvertement, du moins effectivement.

"Le monde est devenu un. Il n'est plus possible de nous isoler des hommes qui vivent dans d'autres Etats ou d'autres parties du globe". Ce sont donc "indépendemment de toute préoccupation académique, les nécessités de la pratique (qui) imposent de se soucier des droits étrangers" (14). Ces circonstances, ces conditions de la vie moderne, obligent bon nombre de juristes qui n'ont pas de loisirs à meubler avec l'étude du droit étranger, à y rechercher néanmoins la solution de certains des problèmes qu'ils ont à résoudre. Les préoccupations historiques ou philosophiques leur sont généralement étrangères ; il n'empêche qu'ils devront, ces juges, ces avocats, ces législateurs, ces professeurs, s'ils veulent s'acquitter de leur tâche avec efficacité et conscience, explorer certaines questions, voire certains domaines, de droit étranger. Le temps limité dont ils disposeront pour ce faire, les conduira à faire, éventuellement une exploration détaillée, mais débordant rarement le champ précis du problème à résoudre. Quels outils pourront-ils utiliser pour y parvenir ?

Toute autre est la démarche de celui que M. David décrit comme se bornant à préparer le terrain. La formule a une portée qui paraîtra excessivement modeste si on l'applique aux travaux de son auteur. Elle conviendra en revanche à ceux qui, tout en essayant de suivre son exemple, sont conscients, quels que soient leurs efforts, de l'étendue quasi illimitée de leur tâche. Et pour eux, quels principes ? Quels instruments ?

---

(14) R. DAVID, Les Grands Systèmes de Droit Contemporains, préface p.1.

III - Les moyens de la comparaison des droits

En abordant la question des moyens qui devront ou qui pourront être mis en oeuvre pour réaliser efficacement la comparaison des droits, je commencerai par évoquer la difficulté de l'entreprise, me référant à ce qu'écrivait le Professeur Gutteridge au début du chapitre VI de son ouvrage "The process of comparison" :

> "The manysided nature of comparison, the width of the area within which it can be employed, and the variety of the purposes which it may be called on to serve, all combine to make it difficult and in many respects, unsatisfactory to attempt a summary description of the working of the comparative process, or to deal with more than a few obstacles which must be surmonted if the comparison is not to result either in a waste of effort or in conclusion which may be entirely misleading" (15).

Il y a cependant certaines étapes dans le processus de comparaison, ainsi que certaines caractéristiques du droit étranger (objet de la comparaison) qui devront être connues et assimilées avant que la comparaison proprement dite ne soit entreprise.

Dans cette dernière sentence qui se dégage de la suite du texte ci-dessus, il me semble que l'on trouve la mesure de ce que l'on peut offrir comme éléments d'une méthode de la comparaison des droits. Il s'agira donc sans doute de l'énoncé de précautions, d'avertissements, bien plutôt que la description des clés d'un système, qu'il suffirait ensuite de mettre en marche pour en tirer des résultats satisfaisants.

Aussi bien d'ailleurs, le professeur Gutteridge termine son propos introductif en indiquant que, seule l' "expérience" qu'acquerra lui-même l'étudiant de droit comparé, sera apte à lui permettre d'éviter les pièges les plus subtils qu'il ne manquera pas de trouver sur son chemin. Auparavant toutefois ce chemin peut être débarrassé de ses obstacles les plus visibles, grâce à une information du comparatiste sur leur nature.

Comment s'y prendre alors pour repérer quelles seront les principales étapes de la procédure de comparaison et sur quels éléments du droit étranger devra d'abord se porter l'attention de celui qui se propose de comparer ce droit avec le sien.

Voyons d'abord le parti qu'il convient de tirer de ce que nous enseigne le Professeur Villey sur la nature des véritables moyens du droit.

Ceux-ci ne sont évidemment pas, en elles-mêmes et pour elles-mêmes, les formules exprimées dans nos lois. Ces dernières n'ont qu'une valeur indicative de ce qui est juste : la loi n'a qu'une "place d'auxiliaire du droit naturel" et "les règles de droit ont pour nous valeur de connaissance, connaissance du droit naturel" (16). Il faut donc reconnaître en premier lieu que le droit réside, non pas dans les formules, législatives ou jurisprudentielles, mais dans les choses, le réel. "C'est de l'observation du réel que sort le droit",

---

(15) H.C. GUTTERIDGE, Comparative Law, An introduction to the comparative method of legal study an research, Cambridge U.P. 1946, p.72.

(16) M. VILLEY, Philosophie du Droit, t. II, p.227-229.

écrit M. Villey qui, ensuite, précise ce qu'il faut faire pour découvrir ce droit :

> "Avant de compulser les textes, laissant provisoirement de côté le bagage des règles préconçues, les meilleurs juristes commenceront par se concentrer sur l'affaire. Ce sera le moment d'exercer les "organa" de la dialectique : déterminer le *genre* dont relève le cas litigieux, par quoi il *diffère* des autres, ce qui en fait un cas spécifique" (17).

Et, poursuivant notre recherche à l'aide du même ouvrage (pourquoi d'ailleurs s'arrêter en si bon chemin ?) l'on rencontre une information qui ne saurait être plus appropriée pour guider la démarche du comparatiste :

> "Redécouverte au Moyen-Age par les glossateurs, vivante sous l'Ancien Régime, et obstinément conservée par les juristes du Common Law, la *méthode des cas* est en train de revenir à l'honneur. Elle implique ce présupposé que les sources premières ne sont pas les textes, ni les principes de la Raison pure, ni les croyances communes du groupe -mais que le droit se tire d'abord de la "nature des choses" - ou, comme disait Saint Thomas suivant Aristote, d'une considération de la chose : *consideratio rei*" (17).

Ainsi, parti d'une recherche d'ordre philosophique sur la nature véritable des moyens du droit, on débouche sur une information exemplaire à savoir que le droit, qui ne saurait en aucun cas être identifié aux règles, se découvre grâce à l'observation du réel : que cette observation se fera, pour les meilleurs juristes du moins, non pas d'abord en compulsant les textes et en fouillant le bagage des règles préconçues, mais en exerçant les "organa" de la dialectique autrement dit en cherchant à déterminer le *genre* dont relève le problème, par quoi il *diffère* des autres, ce qui en fait un cas *spécifique*. La transposition des principes de la découverte du droit, proposés par M. Villey, dans la démarche du comparatiste, attelé à la recherche de la connaissance du droit d'un pays étranger ou de la solution que ce droit donnera probablement (car la solution d'un cas concret comporte toujours une dose plus ou moins grande d'incertitude) à un problème donné, est très gratifiant.

Le philosophe met en effet ainsi le comparatiste à pied d'oeuvre en lui montrant que la comparaison des droits est autre chose que la juxtaposition de textes ou de règles. Et à cette mise en garde, sous forme négative, on ajoutera les instruments positifs que, le philosophe toujours, nous livre quand il nous indique que les "organa" de la dialectique sont constitués par la mêlée des opinions (18).

Ayant dit que l'attention du comparatiste devait se porter sur l'observation des choses avant de se porter sur les règles, et qu'il n'y a pas de comparatiste qui ne se soit auparavant consacré à une étude sérieuse du droit étranger, il convient maintenant de revenir sur cette instruction essentielle à nos yeux que livre le Professeur David quand il écrit :

> "La comparaison des droits n'est vraiment fructueuse que si l'on connaît bien les deux droits que l'on compare entre eux : une connaissance du droit étranger, impliquant la compréhension du milieu social dans

(17) ibidem, p.159.

(18) ibidem, p.65.

lequel celui-ci est appelé à s'appliquer est la condition préliminaire qui doit être remplie pour faire utilement du droit comparé (...). Le juriste français pour ce qui concerne le droit étranger doit l'étudier, dans toute la mesure du possible, comme fait le juriste étranger" (19).

On ne peut évidemment que renvoyer à la lecture attentive du Traité de Droit Civil Comparé de M. David, pour l'explicitation de la formule selon laquelle le juriste français doit étudier le droit étranger comme un juriste étranger lui-même y procède. Il faut se souvenir en tous les cas que c'est dans son sens le plus large qu'il faut entendre l'expression "compréhension du milieu social".

Le comparatiste doit s'attacher en premier lieu à rechercher quelle est la place réelle du droit dans la société en question ; il doit examiner si le rôle qu'il y joue est analogue à celui qu'y joue le droit dans son propre pays, ou si au contraire une place très inférieure lui est reconnue.

L'appréciation du rôle du droit, dans un pays étranger, implique une certaine connaissance du développement historique du droit dans ce pays, ainsi que celle du contexte religieux et politico-constitutionnel. Une certaine connaissance du contexte économique dans lequel se nouent les relations juridiques que l'on veut étudier est également nécessaire.

Qu'il s'agisse d'étudier le régime des relations familiales, de la sanction du vol ou bien des conditions de formation d'un contrat ou de création d'une entreprise industrielle, on verra aisément que le plus souvent il ne sera pas possible de faire l'économie d'un seul de ces domaines d'investigation. Tâche impossible ? diront alors certains. Non pas certes, mais exigeant patience, temps et persévérance. "La méthode comparative - nous dit M.David - si on veut l'employer scientifiquement et obtenir par elle des résultats, demande un certain apprentissage ; son maniement est difficile et délicat (...); il vaut mieux ne pas faire de droit comparé que de prétendre en faire sans y être préparé" (20).

En premier lieu, naturellement, on ne fait pas du droit comparé si l'on ne connaît pas la langue du pays dont on prétend comparer le droit avec le sien. Mais la connaissance de la langue courante, à supposer qu'elle soit acquise, est encore tout à fait insuffisante chaque fois que les concepts et la structure du droit étranger que l'on veut comparer, sont radicalement différents de ceux du droit que l'on connaît déjà. La terminologie juridique d'un droit étranger peut en effet receler bien des pièges pour celui qui n'a pas étudié l'histoire et la structure propres de ce droit.

"Le défaut de correspondance entre les notions, et même entre les catégories juridiques admises ici et là, constitue l'une des plus grandes difficultés que rencontre le juriste désireux d'établir une comparaison entre les divers droits" (21).

Or le sens des notions et des catégories juridiques dépend presque toujours (sauf évidemment pour des domaines entièrement nouveaux tels le droit nucléaire, le droit du transport aérien, le droit de la concurrence),

---

(19) R. DAVID, Traité Elémentaire de Droit Civil Comparé, p.10.

(20) ibidem, p.9.

(21) R. DAVID, Les Grands Systèmes de Droit Contemporains, p.17.

pour une très grande part de l'évolution historique du droit. La notion même du contrat comme les conditions de sa formation, dans un pays de Common Law, ne sont compréhensibles, pour un juriste français, que grâce à l'examen du développement historique de la sanction des contrats en Angleterre.

A cet égard on tiendra compte du fait que le degré de difficulté n'est pas toujours le même.

En effet, dans la comparaison entre systèmes radicalement différents, c'est-à-dire la "macrocomparaison" (Voir : International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. II, Chap. 2, § 3) un juriste français abordant une question de droit américain, ou de droit musulman, est en présence de difficultés infiniment plus considérables, exigeant un travail d'approche beaucoup plus important, que lorsqu'il étudie le droit d'un pays dont le système est relativement proche du sien (microcomparaison) et dont les traditions juridiques peu éloignées de celles de son propre pays (ceci est le cas entre les pays de l'Europe continentale par exemple, ou encore entre ces derniers et les pays de l'Amérique latine), comportent des classifications et des concepts dont il pourra prendre rapidement connaissance avant de procéder à la comparaison proprement dite.

Mais on ajoutera que les rapprochements que suppose la "microcomparaison" peuvent ne pas être toujours visibles immédiatement, ou du moins sans une étude de l'histoire, qui permette de découvrir la nature véritable d'un droit - éventuellement "hybride" ; d'un tel droit certains aspects le rattachent aux traditions d'une "famille" donnée de droits tandis que d'autres aspects le rattachent aux traditions d'une autre famille. Un exemple typique de ce phénomène est fourni par le droit de l'Ile Maurice (21 bis). La plupart des juristes français, surtout ceux qui ne connaissent pas la langue anglaise, ont tendance à voir dans le droit de ce pays, nouvellement indépendant, un droit de tradition essentiellement française, même si verbalement, afin de ménager les susceptibilités locales, ils lui reconnaissent un particularisme relatif. La vérité est que ce droit comporte, quant à ses sources, ses concepts, ses méthodes de preuve et d'administration de la justice, un mélange complexe fait notamment de traditions juridiques de l'Europe continentale et de traditions de Common Law. Bien d'autres exemples montrent que l' "hybride" peut se former par l'effet de mélanges divers de traditions juridiques dont l'explication devra presque toujours être recherchée dans l'histoire, ses accidents et leurs contrecoups. Ainsi l'origine romano-germanique des droits des pays socialistes européens en fait des droits profondément différents des droits socialistes asiatiques tels que la Chine, la Corée du Nord. L'influence durable qu'a eue l'Angleterre dans des pays comme l'Inde et le Soudan, par exemple, explique le parallélisme que l'on rencontre dans certaines branches du droit de ces deux pays, au demeurant radicalement différents quant à leurs traditions politico-religieuses.

Un autre exemple : si un juriste français peut se sentir relativement à l'aise pour aborder le droit égyptien du fait de l'intégration dans ce droit, à la fin du siècle dernier, d'un code étroitement apparenté au code civil français, l'observation des choses, du "réel" égyptien (22), exige la prise en compte de bien d'autres éléments que les règles découlant d'une coopération juridique avec la France, coopération, pourtant de plus d'un siècle, encore très active de nos jours.

(21 bis) Voir infra p. 305 et s.

(22) Voir note 17 supra.

Il est bien certain que ces quelques illustrations ne peuvent donner qu'une faible idée de l'infinie diversité des problèmes et des difficultés que tout comparatiste est amené à rencontrer.

En effet ces observations qui prétendent traiter de la méthode en droit comparé n'ont fait jusqu'ici une place encore qu'allusive aux sources, alors que, comme le dit M. Villey : "Toute méthodologie du droit n'est qu'une conséquence des principes inconsciemment adoptés sur les sources du droit" (23).

Cette affirmation certes a besoin d'être replacée dans son contexte propre pour qu'il soit possible d'en saisir tout le sens, et je dirais même tout le sel. Il n'empêche que la simple lecture de cette proposition attire l'attention sur le fait que toute méthode du droit devra faire une place essentielle aux sources du droit, et à la manière dont les sources sont exprimées et utilisées, dans les différentes catégories de relations au travers desquelles se manifeste le droit.

C'est un vaste programme ! Il suffira pour s'en convaincre, au cas où l'apprenti comparatiste serait tenté d'en douter, d'observer la place que le Professeur R. David, fait à la question des sources à propos de l'étude de chacune des "familles" de droit. Mais c'est à vrai dire toute étude de droit comparé digne de ce nom qui y consacre une part plus ou moins importante. Reste à savoir cependant comment découvrir, analyser et utiliser, au-delà des sources formelles, officielles, relativement faciles en général, à connaître, "ces principes inconsciemment adoptés sur les sources". Il semble qu'une méthodologie du droit comparé ne puisse pas davantage se dispenser d'une recherche portant sur ces principes.

Il est temps de conclure. Pour ce faire on se contentera de rappeler que si nous avons distingué "l'usager" du droit comparé du comparatiste au sens plein du mot, c'est parce que le premier, talonné par les obligations que la vie quotidienne impose au praticien, recherche des solutions particulières fournies par les droits étrangers, tandis que le second s'intéresse au réel et cherche donc à découvrir les éléments d'une synthèse. C'est ce dernier qui a la charge d'apporter aux autres des instruments de travail sous forme de bons ouvrages sur la méthode du droit comparé et l'introduction aux droits étrangers. S'il incombe certes aux praticiens de choisir, parmi ces ouvrages, les meilleurs, le temps limité dont ils disposent permet qu'ils puissent s'en contenter. Il va sans dire en revanche, que le vrai comparatiste doit les utiliser dans la phase préalable de son travail, mais ne peut en aucun sens s'en contenter, car ces ouvrages ne sauraient remplacer le "regard porté sur les choses" qui constitue le seul vrai moyen du droit.

---

(23) M. VILLEY, Philosophie du Droit, t. II, p.169.

R.R.J. 1982
p.217 à 224

LES TENDANCES DU DROIT CONTEMPORAIN

NORMATIF ET NON-NORMATIF
DANS LA LEGISLATION RECENTE DU DROIT PRIVE

par C. ATIAS

I - Loi et norme (définition sommaire)

L'incertitude règne et la controverse sévit sur le sens du mot norme, comme sur celui du mot loi. Les uns remarquent que la notion de disposition légale est moins ambiguë (1), tandis que d'autres affirment que "le concept de norme est beaucoup moins ambigu que celui de loi" (2). Il ne paraît pourtant pas impossible d'obtenir l'accord de tous sur une définition-minimum du normatif.

"Les normes juridiques, ce sont toujours des "praescriptiones", des "leges", c'est-à-dire des formules syntactiques, des propositions du langage ... qui sont utilisées comme instruments de mesure" (3). En restant à la surface des choses, sinon des mots, pour éviter les points discutés, il apparaît qu'il ne saurait y avoir norme là où le langage demeure purement descriptif, voire narratif (4). La norme doit être dotée de conséquences, ce qui suppose d'ailleurs aussi qu'elle présente une certaine précision (5). L'affirmation austinienne du caractère performatif du langage juridique (6) a, au moins, cette signification ; le droit ne peut être seulement connaissance et rejoint nécessairement l'action.

---

(1) Ch. GRZEGORCZYK et Th. STUDNICKI, Les rapports entre la norme et la disposition légale, in Archives de Philosophie du Droit, t. XIX, Sirey, 1974, Le langage du Droit, p.243.

(2) P. AMSELEK, Norme et loi, in Archives de Philosophie du Droit, t. XXV, Sirey, 1980, La loi, p.89.

(3) P. AMSELEK, Méthode phénoménologique et théorie du Droit, L.G.D.J., 1964, Préface Ch. EISENMANN, p.63.

(4) Et non pas même "recognitif" : cf. P. AMSELEK, op. cit., in Archives de Philosophie du Droit, t. XXV, 1980, p.97.

(5) Même s'il n'a pas là un critère utilisable en lui-même : cf. G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit civil, t. 1, Sirey, 1972, n° 32, p.55.

(6) Ch. GRZEGORCZYK, Le rôle du performatif dans le langage du droit, in Archives de Philosophie du Droit, t. XIX, 1974, p.229 - J.L. AUSTIN, Quand dire, c'est faire, Seuil, 1970, trad. G. LANE - J.A. LEGAULT, La structure performative du langage juridique, Presses Univ. Montréal, 1977.

2 - Le développement des lois non normatives

Au XIXème siècle, et pour les auteurs du Code civil notamment, il était clair que la loi devait le plus souvent possible présenter les caractères de la norme. "C'était une époque où l'on faisait encore attention à ne mettre dans les lois que les dispositions d'ordre normatif" (7).

Certes, le Code civil a accueilli des dispositions moins normatives que d'autres. Dans les "variétés spécifiques de normes" (8), ses rédacteurs n'ont pas usé du seul commandement. Le mode autoritaire a parfois laissé place à la simple "directive souple ou recommandation" (9) ; chacun songe ici à l'exemple des conseils adressés au juge pour le guider dans l'interprétation des contrats (10). Plus nettement encore, le Code civil comporte des précautions oratoires telles que des annonces de plan (11). Ecrites par souci de clarté, ces formules-là ont eu un sort variable, les unes devenant normes, les autres demeurant inutiles ou, peut-être, en réserve ; il n'y a pas lieu d'insister sur l'opposition entre l'utilisation faite de l'article 1384, alinéa 1er, du Code et la quiétude où a été laissé l'article 1370 du Code civil. Enfin les définitions contenues dans le Code ne présentent certainement pas toutes le même degré de normativité (12). Pourtant, dans l'ensemble, le législateur du XIXème siècle s'efforçait de dire le droit, c'est-à-dire d'édicter des normes.

Le législateur d'aujourd'hui ne déteste pas user d'un autre style. Beaucoup de dispositions récentes ont un caractère normatif notablement atténué, voire à peu près nul. Il en est ainsi lorsque la règle prétendue se fait déclaration d'intention, programme politique ou voeu pieux. Un bon exemple est donné par l'article 1er, alinéa 1er, de la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture, qui proclame : "L'architecture est une expression de la culture" ; une telle assertion ne comporte, à l'évidence, aucune conséquence, ni pour les architectes, ni pour leurs clients, ni pour la Nation sans doute. L'article 1er de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 est de la même eau : "L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale ...". Dans les deux cas, l'interprète s'épuiserait à définir des termes qui n'ont été conçus que pour évoquer ,ou pour frapper l'imagination. La consécration, à l'article L. 131-1 du Code du Travail d'un "droit des travailleurs à la négociation collective" n'est guère assortie de conséquences non plus et bien d'autres exemples pourraient être cités (13). Le plus récent résulte de la loi

---

(7) R. RODIERE, Droit des Transports, 2ème éd., Sirey, 1977, n° 242, p.282.

(8) P. AMSELEK, op. cit., p.96.

(9) P. AMSELEK, op. cit., p.101.

(10) J. DUPICHOT, Pour un retour aux textes : défense et illustration du "petit guide-âne" des articles 1156 à 1164 du Code civil, in Mélanges J. FLOUR, Rép. Not. Defrénois, 1979, p.179.

(11) Art. 543 du Code civil - Article 1384, al. 1er, du Code civil - Article 1370 du Code civil. Il est notable que le ton général du Code, la mentalité de ses interprètes et les besoins sociaux aient conspiré pour attacher des conséquences importantes aux textes les plus anodins. Il ne faudrait pas confondre les simples annonces de plan avec les listes que contient le Code, notamment lorsqu'elles sont limitatives : cf. art. 330 du Code civil ; cf. contra R. GASSIN, Système et Droit : R.R.J. 1981-3, p.361. S'en distinguent également les dispositions destinées à fixer le domaine de dispositions subséquentes : cf. art. L. 200-1 ou 223-1 du Code du Travail.

(12) Pour une étude approfondie, cf. G. CORNU, Les définitions dans la loi, in Mélanges J. VINCENT, Dalloz, 1981, p.77.

(13) Cf. art. L. 510 du Code de la Sécurité sociale : J.J. DUPEYROUX, Droit de la Sécurité Sociale, 8ème éd., Dalloz, 1980, n° 226, p.589.

du 22 juin 1982 relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs ; son article 1er affirme, en effet, que "le droit à l'habitat est un droit fondamental" et ajoute que "les droits et obligations réciproques des bailleurs et des locataires doivent être équilibrés, dans leurs relations individuelles comme dans leurs relations collectives". Une fois de plus, il est permis de s'interroger sur la portée qui pourrait être reconnue à une telle disposition. La reconnaissance d'un "droit fondamental", terminologie qui paraît empruntée au droit constitutionnel, semble d'autant plus fragile qu'elle prend place dans une simple loi, c'est-à-dire dans un texte qui n'a évidemment aucune autorité sur le législateur lui-même.

D'autres dispositions légales, apparemment plus orthodoxes, sont également dotées d'une normativité très faible. Ce sont celles qui accordent un droit ou une faculté, qui créent une obligation, mais sans que le régime juridique de ce droit ou de cette obligation soit pleinement constitué ; ce droit dont l'octroi paraît soumis à certaines conditions peut être réclamé sans qu'aucun contrôle ne s'exerce sur la réunion de ces conditions. S'agit-il alors de consacrer une liberté pure et simple ? La loi ne semble pas vouloir le dire puisqu'elle reconnaît que face à cette liberté, se dresse une valeur éminente et juridiquement protégée. Cette contradiction est patente dans la législation relative à l'avortement. Celle-ci donne, à "la femme enceinte que son état place dans une situation de détresse", la possibilité de demander à un médecin l'interruption de sa grossesse (14). Une telle règle pourrait rationnellement donner lieu à un contrôle. Les juges saisis auraient à vérifier si la "situation de détresse" existait bien et si elle résultait bien de l'état de femme enceinte ; la précision de la loi semble conçue pour faciliter ce contrôle. Il n'en est rien. "L'état de détresse est une notion purement subjective que la femme apprécie souverainement" (15) ; se référant aux textes comme aux travaux préparatoires, le Conseil d'Etat a pu consacrer le "droit (de la femme majeure) d'apprécier elle-même si sa situation justifie l'interruption de la grossesse" (16). Chacun sait qu'il est des règles dont la mise en oeuvre est abandonnée aux particuliers (17) ; mais une telle technique juridique est-elle opportune lorsque la règle est considérée expressément comme l'exception à un principe fondamental et primordial ? Si "la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie" (18), peut-elle accorder simultanément le droit de vie et de mort sur cet être humain ? Qui peut croire que la liberté laissée à la mère "va de pair" (19) avec le caractère exceptionnel officiellement conféré à l'avortement ? Cette incohérence totale ne se justifierait - en logique, tout au moins - que si le pluralisme était adopté, comme idéologie législative, jusque dans ses conséquences les moins admissibles. La liberté d'appréciation reconnue à la mère supposerait que le législateur français eût entendu octroyer à chaque citoyenne le pouvoir de décider où il y a et où il n'y a pas "être humain" (20). Un autre exemple de règle imparfaite ou incomplète est donné par l'article 215 du Code civil. Sa dernière

---

(14) Art. L. 162-1 C.S.S.

(15) Concl. GENEVOIS, sous Conseil d'Etat, 31 octobre 1980 : D.S. 1981, p.38.

(16) Conseil d'Etat, 31 octobre 1981 : précité.

(17) H.L.A. HART, Le concept de droit, trad. Van de Kerchove, Public. des Fac. St Louis, 1976, p.57 (cf. la référence à la sanction).

(18) Art. 1er, L. 17 janvier 1975.

(19) Concl. GENEVOIS, précitées.

(20) Sur l'ensemble de la question, cf. infra l'étude de M. le Professeur J. LEJEUNE, p. 227 . Et sur le pluralisme, cf. infra, p. 244.

réforme, par la loi du 11 juillet 1975, a voulu supprimer les dernières traces d'une suprématie maritale qui, pour n'être que formelle, n'en paraissait pas moins inadmissible ; elle a, du même coup, écarté toute possibilité de départager les époux en désaccord. "Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie. La résidence de la famille est au lieu qu'ils choisissent d'un commun accord". La deuxième règle, parce qu'elle n'envisage pas la possibilité d'une mésentente, ruine la première. Comme le remarque la Cour d'appel de Paris, "l'article 215 nouveau du Code civil laisse sans doute subsister l'obligation mutuelle des époux à une communauté de vie, mais abandonne à la seule volonté le soin de respecter ce devoir essentiel du mariage" (21). Privée de la moindre sanction, l'obligation dégénère et change de nature ; elle devient conseil ou souhait du législateur ; c'est une faculté qui est donnée au sujet de droit. La règle qui prétendait édicter une obligation ne peut, en tant que telle, être tenue pour normative.

Ce développement notable du non-normatif dans la législation récente de droit privé est un phénomène important. Son interprétation est difficile et divise assurément les juristes. Les plus classiques regretteront sans doute cette évolution du rôle de la loi ; les explications plus récentes ne seront peut-être pas non plus entièrement favorables à cette redéfinition de la part du normatif et de celle du non-normatif dans la législation.

3 - Présentation classique du phénomène

Les juristes du XIXème siècle auraient accueilli comme une perversion ces lois qui ne sont pas à respecter. Certes, ils connaissaient bien le supplétif, cette expression conditionnelle de la règle qui laisse place à la volonté contraire des parties. Faut-il alors saluer son apparition au sein de l'ancien ordre public, en remarquant que "l'autonomie des personnes - des volontés - retrouve ici ce qu'ailleurs elle a trop bien perdu" ? (22). Ce serait oublier que le domaine de l'ordre public ne résulte pas d'une construction purement artificielle ; il est le reflet des valeurs qu'une société entend sauvegarder. Ce qui est nouveau, ce n'est pas qu'il y ait des règles facultatives. C'est, à la fois, leur secteur d'application et la façon dont elles sont rendues facultatives.

Dans le Code civil, par exemple, les règles supplétives de volonté pouvaient être écartées par une manifestation de volonté contraire ; mais cette manifestation de volonté, au demeurant bilatérale et formant convention, constituait un engagement. Par conséquent, la disposition légale n'était remplacée que par une norme conventionnelle (23). A l'inverse, les textes dont nous parlons laissent, aux sujets de droit, toute liberté de les respecter un jour et de les méconnaître un autre jour. C'est au moins un degré supplémentaire dans le supplétif ; c'est au moins un degré de moins dans le normatif.

Quelle aurait pu être la réaction des juristes du XIXème siècle face à ces lois non obligatoires ? Ils avaient sans doute l'idée que le verbe du législateur est d'un autre ordre. Pour eux, comme pour Austin (24), la loi

---

(21) Paris, 18 octobre 1977 : J.C.P. 1978, II, 18820, observ. R. LINDON.

(22) Ph. REMY, Des présomptions légales dans les régimes matrimoniaux, thèse dactylographiée, Poitiers, 1971, p.504. Cet auteur s'exprimait en matière patrimoniale, ce qui pourrait bien tout changer ...

(23) A fortiori dans l'hypothèse de la loi dispositive.

(24) Cf. "Quand dire, c'est faire", cité supra note 6.

ne devait pas parler pour ne rien faire, c'est-à-dire pour n'apporter aucune modification à l'ordonnancement juridique. C'est pourquoi, ils auraient mal supporté ces "lois inutiles" (25), sans portée. Ils auraient déploré cette confusion des genres, notamment au nom de l'effectivité, si nécessaire et si fragile, de l'ensemble des normes. Ils auraient craint que, par un phénomène de contagion, la mauvaise habitude ne se prît de ne pas respecter toutes les lois.

4 - Vers une présentation renouvelée

Les réformes récentes du Code civil, les critiques marxiste et journalistique du droit antérieur, comme des fonctions-mêmes que remplit le droit, ont fait évoluer les mentalités. Les juristes d'aujourd'hui, certains d'entre eux au moins, ne seraient peut-être pas mécontents de découvrir que le droit perd de sa spécificité et tend, en quelque sorte, à devenir moins juridique. N'est-ce pas une coquetterie à la mode en doctrine que de reprocher, à une thèse critiquée, son "juridisme excessif".

Une telle conception du Droit se réjouirait sans doute de l'importance attachée par le législateur à la valeur symbolique de la loi. Il y a, aujourd'hui comme hier, une fonction pédagogique de la proclamation législative. Les nouveaux textes qui affirment solennellement tel droit, voire telle opinion, rappellent de ce point de vue les fictions qui, elles aussi, préparent le droit de demain. Ces artifices techniques facilitent "la formation de concepts nouveaux, pleinement adéquats aux idées à représenter" (26) et l'adhésion de l'opinion publique aux conceptions législatives nouvelles. Il n'y aurait donc pas à critiquer le législateur qui placerait, aux côtés des normes d'aujourd'hui, l'annonce de celles de demain. L'apparition dans nos lois de dispositions-programmes ne marquerait, à tout prendre, qu'une nouvelle manifestation de l'influence du droit public sur le droit privé ; la critique de cette distinction assurément dépassée y puiserait de nouveaux arguments (26 bis).

Il n'est pourtant pas sûr que, même en 1982, le bilan puisse être aussi totalement favorable aux lois non normatives et à leur multiplication. En premier lieu, l'insertion de programmes dans les dispositions législatives s'accompagne d'une politisation des lois de droit privé qui est, sans doute, discutable en soi. Même si la loi se veut moins stabilisatrice que réformatrice, elle a à se faire accepter. L'annonce des intentions gouvernementales, dans les textes législatifs, introduit dans le droit positif des objets de critique, des cibles qui ne sont que cela. Ces lois à ne pas respecter sont aussi des lois offertes à la critique après leur vote et leur promulgation ; l'autorité du législateur ne peut en sortir grandie. Parler pour ne rien dire et pour être contesté sans répondre, est-ce bien la tâche du Parlement ?

En deuxième lieu, ces textes non normatifs ont le tort de reconnaître, bien souvent, des droits qu'aucune disposition ne vient ensuite ni concrétiser, ni protéger. Il ne faudra pas s'étonner si les citoyens manifestent leur déception. Après la proclamation du "droit fondamental à l'habitat", les locataires seraient "en droit" d'attendre l'expropriation à leur profit de tous les bailleurs. L'expulsion apparaîtra presque toujours comme la méconnaissance flagrante de ce droit fondamental qui n'aura été reconnu que pour la forme et pour la beauté du geste. L'équilibre social n'est-il pas, à terme, menacé par

---

(25) Après MONTESQUIEU, cf. J.Et.M.PORTALIS, Discours préliminaire sur le projet de Code civil, in Discours, rapports et travaux sur le Code civil, publiés par F.PORTALIS, Paris, 1844, p.6

(26) F. GENY, Science et Technique en droit privé positif, Sirey, t.III, 1921, n°245, p.398.

(26 bis) Pour un exemple récent et particulièrement net, cf. art. 26, L. N. 82-526 du 22 juin 1982 : J.C.P. 1982, III, 52877 ; ce texte se contente d'annoncer une prochaine loi.

des lois qui cultivent la déception des uns, en laissant les autres ignorer des règles sans portée ?

En troisième lieu, il est curieux de relever qu'au fond, ces textes non normatifs marquent les nouvelles ambitions du législateur. Forts de la découverte du phénomène de l'internormativité (27), les auteurs de nos lois avaient pu prendre le parti du désengagement (28) du Droit ; s'éloignant des querelles d'origine métaphysique ou morale, la loi devait apparaître moins contestable, plus sereine. Cet "autoscepticisme" (29) semble bien remis en cause lorsque la loi intervient, ou même s'exprime seulement, dans certains secteurs. Chacun savait que laisser une prééminence subsidiaire au mari dans le choix de la résidence familiale n'empêcherait jamais chaque couple de vivre à sa façon, d'accorder plus d'autorité à celui-ci sur tel point et davantage à celle-là sur tel autre. Le législateur qui croit devoir supprimer toute règle de conflit pour mieux proclamer l'égalité des époux a-t-il l'ambition nouvelle de dominer les moeurs quotidiennes des ménages ? Le libéralisme et la neutralité pourraient bien être alors l'expression d'idéologies différentes de celles du XIXe siècle, mais non moins engagées, non moins engageantes (30).

En définitive, il demeure préférable de ne donner le caractère législatif qu'à des textes qui permettent vraiment la recherche du juste objectif dans des hypothèses concrètes. Si la règle de droit n'est pas nécessairement règle de comportement, elle doit au moins demeurer principe d'évaluation (31) et permettre de dire le droit.

---

(27) J. CARBONNIER, Essais sur les lois, Rép. Not. Defrénois, 1979, p.251 et s.

(28) J. CARBONNIER, op. cit., p.107.

(29) J. CARBONNIER, Quelques remarques sur l'esprit de la loi française du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, Mac Gill Law Journal, vol. 14, n° 4, 1968, p.590 à 597, spécialement p.594 à 597.

(30) Sur ce thème, cf. C. ATIAS et D. LINOTTE, Le mythe de l'adaptation du droit au fait, D.S. 1977, Chr. XXXIV, p.251.

(31) Comparer P. AMSELEK, Méthode phénoménologique et théorie du Droit, L.G.D.J. 1964, p.66 à 81.

R.R.J. 1982
p.225 à 303

LES PAGES DU CENTRE
DE PHILOSOPHIE DU DROIT

*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 fut 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. C'est une raison de plus pour que la Revue de la Recherche Juridique s'honore de publier le texte de son témoignage à la Commission du Sénat des Etats-Unis.

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).

Jérôme LEJEUNE

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 (monocarbonés 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 constitution ; 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 certaines 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 Monsieur 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 °) 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" pas l'enfant ; pas plus que la navette spatiale la plus perfectionnée ne peut produire un astronaute. Cette comparaison s'impose encore plus lorsque le foetus bouge. Grâce à une imagerie ultrasonore 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 trempolin ! 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 tempos 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 mûre 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.**

L'EVOLUTION GENERALE DE LA TECHNIQUE JURIDIQUE DANS LES SOCIETES OCCIDENTALES

(Résumé de la Conférence du 14 décembre 1981)

par M. le Professeur Paul AMSELEK

Les populations humaines que l'on peut observer, vivent sur la base de la technique juridique, c'est-à-dire de la technique de direction (ou gouvernement) des conduites humaines par des pouvoirs publics au moyen de l'émission de règles de conduite ou normes juridiques. Cette technique, indépendamment même de l'évolution du contenu des règles juridiques, a connu certains changements au fil du temps. Pour s'en tenir aux sociétés du monde occidental, quatre grandes lignes d'évolution se profilent au premier plan, les deux premières étant déjà anciennes à la différence des deux dernières d'origine plus récente et encore en développement.

I - La désacralisation de la technique juridique

Partout, aussi bien dans les sociétés occidentales qu'ailleurs, les premiers âges de l'expérience juridique des hommes se sont développés dans un environnement de sacré, avec l'appui de transcendances, les autorités émettant les normes juridiques et prétendant le faire au nom d'une volonté divine.

Finalement, ce n'est qu'à une époque relativement tardive que la technique juridique a commencé à se désacraliser, à se débarrasser complètement de ses béquilles magiques ou religieuses pour se présenter comme une technique purement humaine, avec tout ce que cela implique de relativité.

II - L'extension du champ d'application de la technique juridique

Une deuxième ligne d'évolution notable, étroitement liée à la précédente, a été le développement du droit public et de l' "Etat de Droit". La désacralisation du Pouvoir a ramené les autorités publiques, même les plus hautes, au même niveau que les autres membres de la Cité, au même niveau que les gouvernés eux-mêmes. Pourtant, leur fonction de direction des conduites par l'édiction de normes juridiques est devenue une fonction humaine comme les autres, elle-même susceptible d'être "juridicisée", d'être l'objet de normes juridiques : de là, l'apparition et le développement des constitutions et, plus généralement, le développement du droit public.

III - Le changement de finalité de la technique juridique

Pendant longtemps, il n'a été imparti à la technique juridique qu'une finalité limitée : faire régner l'ordre, la paix, la sécurité dans la population (idée d'"Etat-gendarme"). Depuis plusieurs décennies déjà, un élargissement s'est progressivement introduit : les normes juridiques mises aujourd'hui en circulation dans les sociétés industrialisées du monde occidental tendent, non seulement à prévenir ou régler les conflits entre les membres de la population, mais beaucoup plus largement à encadrer, orienter l'ensemble de leurs activités. D'où les caractéristiques nouvelles que présentent de nos jours la fabrication et la mise en service des normes juridiques :

- augmentation de la production juridique, de plus en plus considérable à mesure que l'encadrement juridique des conduites devient plus étroit ;
- accélération de l'histoire du droit, ce dernier se renouvelant à une cadence qui eût été inimaginable autrefois et se présentant comme une technique constamment sur le métier ;
- rationalisation croissante des modes d'élaboration des normes juridiques, qui apparaissent sophistiqués par rapport aux procédés artisanaux d'antan (notamment par le recours qui est fait à l'expérimentation juridique simulée ou réelle).

IV - Les changements structuraux de la technique juridique

Il s'agit des changements survenus à une époque assez récente dans les modalités mêmes les plus fondamentales de la technique juridique des sociétés développées du monde occidental. Deux données sont principalement à leur origine : la première, c'est le paradoxe sur lequel repose l'exercice du Pouvoir dans ces sociétés "libérales avancées", puisque d'un côté on veut maintenir le ressort de la libre initiative des individus mais que, d'un autre côté, on assigne aux autorités publiques, par delà leur mission traditionnelle de gendarmes, celle de promoteurs du bien-être des citoyens. La seconde donnée, c'est la crise générale de l'autorité qui secoue ces sociétés et qui affecte en particulier l'autorité des pouvoirs publics.

Dans ce contexte, on assiste à une double évolution.

D'une part, à côté des commandements juridiques de type traditionnel, la recommandation juridique, c'est-à-dire la direction juridique non autoritaire des conduites, est en voie de prendre une place de plus en plus grande, ce qui devrait amener à une révision de nos idées classiques héritées du passé mais étriquées, réduisant le droit à un ensemble de commandements.

D'autre part, en marge de la direction juridique hétéronome des conduites de type traditionnel, tend à se développer une direction juridique autonome reposant sur une participation des citoyens à l'élaboration des normes juridiques les concernant, sur leur "consensus" donné notamment au travers de multiples procédures - formelles ou informelles - de concertation avec les pouvoirs publics.

L'évolution générale ainsi retracée a souvent inspiré des analyses très pessimistes et fait parler d'un "déclin du droit" : en réalité, c'est plus exactement à l'apparition de nouvelles formes de la technique juridique et de notre expérience juridique que nous assistons.

N.D.L.R. : nous tenons à remercier Monsieur le Professeur Paul AMSELEK de nous avoir confié ce texte ; cf. son étude développée in R.D.P. 1982, p.275.

HEGEL, L'ETAT ET LE DROIT

(Conférence du 11 janvier 1982)

par M. le Professeur Bruno ETIENNE

Georges William Friedrich Hegel (1770 - 1831), pour qu'il n'y ait pas d'équivoque, est le dernier des encyclopédistes à produire une oeuvre, dont l'utilité, la complète organisation du savoir est la caractéristique propre. C'est dire combien périlleux est le choix d'un sujet spécifique tiré de Hegel : *L'Etat et le Droit*. Ceci est cependant justifié par le fait que Hegel est reconnu par l'ensemble des savants et des politiques comme le père de l'Etat. Avant Hegel il n'y avait pas d'Etat. Il se peut qu'il existe des Etats, mais il n'y a pas l'idée d'Etat. Hegel est en effet le premier penseur systématique de l'Etat. Le théoricien de l' *Etat bourgeois moderne*, qui sans s'être consacré entièrement à l'Etat en tant que tel, le fonde sur une logique qui fait défaut aux publicistes. En effet, au lieu de justifier les institutions, préoccupation essentielle des juristes, Hegel s'interroge sur la *nature* de l'Etat. Il se donne pour tâche d'organiser le foisonnement des notions, de mettre en ordre les idées et les événements en les corrélant les uns aux autres. Mieux que cela, et c'est en cela qu'il est systématique, il vise explicitement à enseigner à ses contemporains, comment comprendre leur propre statut : dans leur *vie privée*, dans leur *activité professionnelle*, dans l'exercice de leur *citoyenneté* (nous allons retrouver cette trilogie plus loin). Et pour lui, cet enseignement est le chemin obligé pour passer du stade actuel, en 1830 bien sûr, à l'ultime, au stade suprême qui est celui de l'Etat mondial (1). L'achèvement d'un processus dans lequel l'esprit se saisit est en même temps son extériorisation et l'acte par lequel il se dépasse, il passe plus loin.

Or, il se trouve que cet enseignement ensemence l'intelligence européenne, de Marx à Bismarck (qui lui va organiser le IIème Reich), Hegel est pourtant un penseur *libéral* qui souhaite que l'Allemagne s'unifie sous l'autorité de la Prusse mais d'une Prusse ouverte aux idées nouvelles. *Monarchie constitutionnelle, administration contrôlée, industrialisation.* Nous retrouverons également cette trilogie plus loin. Mais pour Hegel cette transformation ne peut être qu'une entreprise de l'Etat. Et si j'ai précisé que Hegel était un libéral c'est parce que tout se passe désormais aujourd'hui comme si l'Etat libéral oscillait entre la conception de Locke qui tend à réduire l'intervention du pouvoir central au minimum exigé par la gestion des affaires communes (vous voyez que Monsieur Friedman n'a rien inventé) et celle de Hegel,

---

(1) Cf. E. WEIL, p.103.

qui ne conçoit *le développement rationnel* de la société que par l'Etat interventionniste. Mais il faut avant d'exposer la théorie de l'Etat et du droit de Hegel, dire en un mot ce qu'est la philosophie chez lui, pour lui. Cela nous permettra peut-être de comprendre ultérieurement l'intérêt passionné puis passionnément hostile que lui portèrent les duettistes célèbres, K. Marx et F. Engels.

Donc dans une espèce de prolégomène, petite introduction, *quelques idées-forces à propos de l'hégélianisme.* Si j'ai dit d'une boutade, tout à l'heure, que Hegel était le dernier des encyclopédistes, cela ne signifie en rien qu'il fut un homme des Lumières ou de l' Aufklärung. Sa critique des religions monothéistes ,en particulier, ne peut être comprise que comme celle de tout courant de pensées, de toutes les mentalités, de tous les mouvements politiques qui reposent sur des abstractions et qui manquent la réconciliation et la raison, qui illustrent le malheur de la conscience. Si la Raison n'advient pas à l'existence tant que l'absolu ne se révèle pas en s'incarnant, c'est qu'il faut réviser la conception classique du rapport entre la philosophie et la révélation. Bien sûr, vous avez tous compris, Hegel fait allusion au débat qui existe entre Spinoza et Kant. Il appelle raison, verstand, mais entendement abstrait, et vernunft, rationalité véritable. L'absolu est substance, dit Hegel, en tant qu'Etre fondement de tout être. Mais il doit être considéré comme sujet et non comme objet, non comme la chose inexplorable mais comme *liberté en acte.* Cela est possible à condition de comprendre que cet acte pour être absolu et infini doit poser sa propre détermination, se constituant un système lui-même, être auto-détermination absolue de l'absolu. C'est la seule manière de respecter dans son concept même, la liberté dans son infinité.

Et pourtant Hegel développe une conception pessimiste de l' *aliénation*,puisque l'être est fini, le monde défini et le monde empirique une caricature de l'infini. C'est même la définition propre des doctrines de la chute. L'aliénation pour lui c'est la division, l'extérioration, l'affranchissement qui rend étranger. Ce n'est pas mon propos ici, mais il reste à ce niveau très chrétien, je veux dire protestant. Le tragique de l'histoire se comprend à partir de la logique de la vie divine et si je dis tragique c'est que l'histoire est un drame, au sens grec, une action, le tragique de l'histoire ne se comprend qu'à partir de la logique de la vie divine, l'aliénation est niée et surmontée par la mort et la résurrection du Christ. Mais il précise (ce qui n'est pas très catholique), si le logos, le fils éternel est victoire de Dieu sur sa propre aliénation, l'incarnation relative dans notre histoire traduit son effective aliénation. Vous comprendrez pourquoi cela fit trembler les clercs catholiques et K. Marx d'un même frémissement d'horreur.

Et pourtant Hegel est aussi un rationaliste optimiste. Lorsqu'il écrit dans la préface à la Philosophie du Droit, ce qui est rationnel est réel et ce qui est réel est rationnel. (Petite parenthèse, c'est ce que disaient les philosophes arabes dès le IXe siècle, mais on ne les enseigne jamais dans l'histoire des idées politiques. Et comme j'ai parlé de Spinoza, il n'est pas possible de comprendre Spinoza si on ne connaît pas le judaïsme et l'Islam de l'Espagne musulmane).Mais cela me permet ici de préciser un autre concept fondamental du vocabulaire hégélien . Cette formule souvent citée : "ce qui est rationnel est réel et ce qui est réel est rationnel" n'est compréhensible que si l'on se réfère à la logique où Hegel définit la réalité. Je vais vous

lire, si vous permettez, ce que Eric Weil (2) qui est le germaniste parmi les plus grands spécialistes de Hegel écrit à ce propos : "Le terme allemand que nous avons rendu par réalité est *Wirklichkeit*, de *Wirken*, agir en créant, produire un effet dans la réalité" (je vous rappelle que Marx qui se veut un héritier de la philosophie des Lumières est aussi un philosophe allemand et lorsque Marx parle de réalité, il dit : "Wirklichkeit", c'est-à-dire agir en créant). Tandis que le terme français renvoie par res à l'objet en tant que rencontré passif, objet théorétique. Selon la valeur étymologique des mots, il faudrait rendre par *réalité* plutôt que ce que Hegel appelle *Dasein*, et que nous rendons par *existence* (dans une acception évidemment toute autre que celle de *Dasein* et d' *existence* chez Heidegger et les existentialistes, Sartre pour faire court). Il est impossible de traduire les termes de *Wirklichkeit* et de *Dasein* de telle façon qu'ils gardent leur valeur étymologique et en même temps les possibilités d'emplois qui sont les leurs en allemand. Il faut d'autant plus insister sur les *harmoniques* tout autres dans les deux langues.

C'est vous dire la difficulté. Par réalité, Hegel n'entend donc pas l' *être là* sensible, l'être immédiat des choses offertes à la conscience (vous vous rappelez que Kant disait que toute connaissance est réinstruction. Donc Hegel n'est pas d'accord avec Kant à ce sujet là). Donc, par réalité, Hegel n'entend pas l'être sensible, l'être immédiat des choses offertes à la conscience, pas plus que les événements contingents qui tissent notre histoire. Le sens de *réalité* est défini par l' *unité de l'essence et de l'existence*, de l'intérieur et de l'extérieur, ce qui renvoie une fois de plus à la liberté infinie et à la réflexion absolue de l'Absolu. Hegel appelle donc réalité tout ensemble qui présente cette forme complète et qu'il appelle d'ailleurs *rationalité accomplie*. L'unité du tout dans l'ordre de la connaissance, de l'essence et dans l'ordre de l'existence. Il développe alors pour atteindre un système de détermination complète, un troisième terme à la forme du syllogisme, *le principe de médiation*. Vous avez reconnu au passage ce que l'on nomme, mal à mon sens, la dialectique hégelienne et vous avez retenu au passage que cette dialectique a trois termes alors que chez Marx, elle n'en a que deux. En ce sens Marx est plus près des Grecs, sur lesquels il a d'ailleurs fait sa thèse.

Par exemple, selon les catégories de la quantité, le premier moment sera celui de l'universalité, le second celui de la particularité, le troisième celui de la singularité. Ce n'est que lorsque cette triplicité se révèle que nous sommes assurés d'être en présence d'une réalité formant un tout, gorgée de sens et qui exprime dans l'univers, comme en Dieu lui-même l'infinité positive de l'absolue liberté.

Voilà quelques uns, grossièrement brossés, des principes de la philosophie qui impliquent, pour reprendre les exemples que donne Hegel lui-même, que l'être vivant ou le système solaire ou l'Etat, n'est un tout réel que par sa conformité avec l'Absolu. Vous ne vous étonnerez donc pas, si vous m'avez suivi, que contre Kant et Rousseau, Hegel conçoit l'Etat comme *un tout rationnel* et le *Politique comme la réalisation de l'idée morale* et le droit comme ni abstrait, ni formel mais comme l'autonomie anthropologique résolue dans son universalité, dans la loi morale inconditionnelle qui impose à notre vouloir son impératif catégorique.

---

(2) Eric WEIL, Hegel et l'Etat, Paris, Vrin, 1974, p.25.

I - HEGEL ET L'ETAT

Il peut paraître surprenant dans cet exposé de souhaiter presque, et pas seulement pour la commodité rhétorique de partir de la critique de K. Marx et de la construction qu'il en tire, la certitude du dépérissement de l'Etat. Comme l'écrit toujours Eric Weil et ce sera l'une des longues citations (3) : "Les fondements de la science de la libération de l'homme, aliéné, se rencontrent au complet chez Hegel". Il est probable, pour citer un mot de Kant, que nous ne voyons si clairement les découvertes hégeliennes que parce que Marx nous a dit ce qu'il fallait y chercher. Mais cela n'empêche qu'elles se trouvent chez Hegel et s'il est permis d'émettre une hypothèse, il semble hautement probable que Marx lui-même les y a trouvées. En effet, si la différence est essentielle entre le point de vue de la *Critique* et celui de l' *Introduction* (critique de la philosophie du droit, introduction critique à l'économie politique), ne serait-ce pas beaucoup plus que le contact qu'il prend à Paris avec les milieux ouvriers, l'étude de la théorie de la société dans la *Philosophie du Droit*, qui en serait responsable ? Ne serait-ce pas grâce à cette influence qu'il oppose sa théorie dialectique au communisme français de l'époque qu'il considère comme une abstraction dogmatique. En tout cas, il est un fait que Marx annonce dans la critique, son intention de se tourner vers la théorie hégelienne de la société, après avoir élucidé celle de sa constitution. Quoiqu'il en soit de cette hypothèse, qui est celle de Weil, elle n'enlève rien à l'originalité de Marx, dont je parlerai, ni n'engage la responsabilité de Hegel. Hegel n'aurait probablement pas approuvé la science de Marx qui est pourtant dans l'histoire une et certainement la meilleure des traductions de la philosophie de Hegel. L'idée de dépassement de l'Etat, Marx la prend, en effet, dans l'argumentation même de Hegel à propos de l'échec de l'Eglise. L'Eglise chrétienne, explique Hegel devait (et devrait) réaliser dans l'ordre objectif de l'histoire l'esprit absolu que Christ révèle. Ce qui implique une société *réconciliée*, offrant l'unité de l'universel et du singulier, de l'intérieur et de l'extérieur. Hegel pense que le catholicisme sombrant dans l'extériorité est mort à la fin du Moyen-Age et que le protestantisme, méprisant ce monde, s'enferme dans l'intériorité. Donc, l'Etat remplacera l'Eglise. Cet Etat laïc qui traduira dans la communauté des hommes la religion absolue. Et c'est pourquoi Marx ne s'y trompa point, qui affirme dès *La question juive* , que l'Etat ne doit point être séparé de l'Eglise mais disparaître comme la religion *puisque c'est lui qui la réalise.*

L'Etat parfait offre l'identité du réel et du rationnel, c'est-à-dire doit conformer l'humanité à la logique absolue que le christianisme avait dévoilé. Et pour cela l'Etat doit accomplir la triple médiation syllogistique qui constitue une totalité. Nous sommes bien en présence ici d'une instance eschatologique. D'ailleurs, le mot *réaliser*, aussi bien chez Marx que chez Hegel, ne peut se traduire en français que par un seul mot de la théologie, que j'utiliserai désormais, c'est *l'hypostase* : Le Verbe s'est fait chair, le *logos est descendu*, c'est l'hypostasie. L'Etat n'est pas le dernier fait, ni le dernier mot puisque c'est l'esprit absolu qui est son sens, son fondement, sa destinée qui exige que la communauté chrétienne et plus tard humaine toute entière, acquière une universalité effective, conforme à la logique divine.

Nous sommes bien en présence d'une instance eschatologique et nous verrons tout de suite le contenu qui fait de cet Etat *en soi* un Etat un et unique

(3) op. cit., p.115-116.

dont l'universalité rationnelle doit se traduire dans l'organisation mondiale. Mais ceci est le *droit*. Il n'y a donc que l'universalité du droit qui intéresse Hegel et non le fait. Voyons d'abord ce qu'est le système pratique de ces trois syllogismes selon la définition même de Hegel.

Les trois éléments qui constituent l'Etat sont les *personnes singulières*, les *groupes sociaux économiques*, les *lois constitutionnelles avec le pouvoir qui les applique*, se conciliant réciproquement, chacune jouant à sa manière le rôle médiateur. Mais cette introduction de groupes sociaux-économiques nous entraîne vers un passage obligé par les problèmes de l'époque. Cette apparition chez un philosophe ou un politiste de groupes sociaux-économiques, nous oblige à un détour. Depuis le XVIIe siècle, la théorie propose de penser à un Etat nouveau comme l'économie politique est en train de rendre intelligible cette formation nouvelle résultant de la fusion entre le cadre étatique et les transformations de la Nation et là encore, Hegel et Marx ont les mêmes références : Adam Smith et Ricardo. La révolution française, en effet, intervient qui achève, qui invente, qui réalise, et qui a tout embrouillé. Mais Napoléon arrive, pour donner une structure à cet Etat moderne, à cet Etat-Nation et l'administrer dans un mélange savant de terreurs et de liberté, d'ancien et de nouveau que les "idéologues" (de Destutt de Tracy) vont critiquer, méritant ainsi ce surnom du Buonaparte !

C'est en effet le point de départ de Hegel : le double constat de l'échec des philosophies passées prétendant enseigner aux peuples comment ils doivent se gouverner et le constat de la réussite du modèle napoléonien. **Le seul intérêt de la théorie, c'est l'histoire universelle et l'histoire a un sens : la formation progressive de la Raison. C'est cette Raison / conscience universelle, qui se réalise, qui s'hypostasie dans l'Etat**. Aussi bien faut-il renoncer à toute utopie, c'est-à-dire à toute reconstruction d'un état de nature ou d'un droit naturel. Vous remarquerez que chez nous, Montesquieu et Rousseau vont triompher alors que Hegel va être totalement oublié.

1 - Le sens de l'histoire

Donc, le sens de l'histoire, la seule matière de la pensée, c'est l'histoire. Je suis, à partir de là, pas à pas les principes de la philosophie du droit qui paraît en 1821. Tout le réel est rationnel, tout le rationnel est réel, dit Hegel. Pas une chose, pas un événement qui ne soit explicable par la Raison et la Raison c'est l'idée consciente, c'est l'histoire de l'être, de l'individu, c'est la conquête de cette conscience si bien que l'être et l'idée se confondent. Mais l'Homme ne parvient à cette conscience que comme élément d'une famille. En effet, Hegel récuse la moralité subjective, la conduite individuelle, l'autonomie à laquelle, selon Kant, le sujet moral pourrait accéder par un choix intelligible. Pour Hegel l'homme ne saurait se réaliser dans son essence, dans sa rationalité que comme citoyen.

C'est le *Zoον ελεν λογον . L'homme est un animal politique qui réalise son être social par la prise de parole dans la Cité*. Mais ce n'est qu'en fin de compte qu'il peut se reconnaître comme tel, il s'appréhende d'abord dans une première couche de la société, la famille. Or ce qui caractérise la famille, c'est le patrimoine. Soit les biens possédés en pleine propriété, soit les enfants et la descendance tout simplement (et vous vous souvenez que Marx dit dans une boutade tragique que le prolétaire pour renouveler sa force de travail n'a que le souci de faire des petits prolétaires à la prolétaire qui est sous lui), Hegel conçoit donc la propriété comme un postulat, comme

un principe indiscutable, l'intégrant parfaitement à la logique de son système, le droit privé règle la gestion du patrimoine et justice et injustice se définissent par rapport à la propriété. Etre délictueux ou criminel, c'est enfreindre les lois qui correspondent à la libre disposition par chacun de lui-même et de son avoir.

Pour ceux qui vont au cinéma, vous en avez une belle illustration dans ***Ragtime*** qui passe actuellement sur les écrans aixois, pour ceux qui ont un peu plus de culture générale, Hegel exprime abstraitement ce que Balzac va décrire avec vigueur, la famille bourgeoise du XIXe siècle.

De plus, cet homme se meut dans une société civile. C'est le second niveau de la moralité objective que Hegel nomme société bourgeoise, dans les Principes de la philosophie du droit. Là aussi, traduction non garantie, car je vous rappelle qu'à l'époque bourgeois ne voulait pas dire "qui accumule du capital" mais "civilisé, organisé".

C'est la sphère des besoins et des nécessités, Hegel l'appelle "Etat de la nécessité et de l'entendement" (Not und verstandesstaat). Hegel l'appelle Etat de la nécessité et de l'entendement pour l'opposer à l'Etat de la liberté et de la raison.

Cette société, en effet, crée la première organisation consciente développée, le système judiciaire qui tranche les différents entre personnes privées, la police qui protège les intérêts de tous les individus et les corporations qui organisent les formes particulières du travail. En effet, Hegel distingue trois moments dans cette sphère des besoins et des nécessités. *La médiation* des besoins de l'individu par son travail et celui de tous les autres, *l'acquisition de la liberté* qui se fait toujours par la propriété et *la défense des intérêts généraux* du système qui se fait par les corporations de type privé et par l'administration. Cette société civile est structurée en classes, mais attention, j'ai parlé d'Adam Smith tout à l'heure, en classes *an sich* et non pas en classes (4). C'est-à-dire que chaque profession renvoie à toutes les autres pratiquées sur le territoire national et dès lors il y a solidarité de fait. Or, je vous rappelle que c'est très exactement la définition de ce que n'est pas une classe sociale, que donne Marx dans *Le 18 Brumaire de Louis Napoléon Bonaparte.* Il prend l'exemple de la paysannerie.

Ce n'est pas que Hegel se trompe, mais à cette époque, classe a ce sens là et pour Hegel il y a trois classes dans la société. *La classe substantielle,* productrice qui se confond en gros avec les paysans ; *la classe relationnelle,* pensante, ce sont tous les producteurs qui se distinguent des agriculteurs, des artisans aux intellectuels en passant par les industriels, les commerçants et les ouvriers, enfin *la classe politique,* universelle, qui s'occupe des intérêts généraux de la société, elle produit la morale et le droit.

Mais cette société civile reste bornée par le besoin et la nécessité, elle est donc limitée par la domination des intérêts particuliers des hommes. La Raison universelle ne peut y régner pleinement. Elle est, en effet, parcourue de *contradictions inéluctables* qui sont en même temps la condition du progrès et vous voyez là, que comme Ricardo, Hegel admet et comprend que *le conflit est la loi même du capitalisme.* Contradictions sans dépassement qui opposent les individus d'une même profession, les pauvres et les riches.

---

(4) De même que état / Etat, le mot classe est utilisé dans un sens fort différent par Weber et Marx. J'y reviendrai. Marx a pris l'idée à Adam Smith et y a ajouté la conscience dans le passage à la classe für sich.

Et la nécessité d'une intervention souveraine est donc produite pour surmonter les déchirements. C'est celle de l'Etat qui est la Raison en acte, c'est cela la fonction transcendante de l'Etat, c'est seulement dans l'Etat que la raison universelle peut s'incarner.

Ainsi la raison chemine dans un processus croissant d'individualisation de l'homme. Quand celui-ci s'achève en sujet, il accouche alors de la Raison et d'un monde nouveau, la société politique, l'Etat. Etat qui est la seule conciliation possible entre le particulier et l'universel.

2 - Le sens de l'Etat

Donc, après avoir exposé le sens de l'histoire, il faut que nous essayions de comprendre le sens de l'Etat au double sens de but et de terminaison, au double sens de fin et de terminaison.

L'Etat hégélien ne reste pas au niveau de l'abstraction philosophique, il a des fonctions précises. Il ordonne, il gère, il combat, il discipline et fusionne les intérêts privés. En fait cet Etat existe. C'est l'Etat laïque industriel *à structure juridico-administrative unifiée* qui est né en Europe occidentale au XVIIe siècle. Il a un modèle, c'est l' *Etat prussien avec sa discipline et sa bureaucratie.* Hegel ne prête guère attention aux problèmes constitutionnels, ce qui l'intéresse c'est la pratique gouvernementale. Il considère que les différentes modalités de sélection des dirigeants (naissance, hérédité, élection ...) n'ont pas d'importance. L'important *c'est la compétence.* Hegel fait alors la théorie d'un système logique (5) et non pas la description d'un équilibre constitutionnel. L'Etat n'est pas divisé en pouvoirs séparés, mais structuré à partir de fonctions. Avant d'énumérer ces fonctions, je voudrais faire une autre incise par rapport à Marx. Les continuateurs de Hegel, cela va être à la fois Lénine et Weber et non pas Marx. J'y reviendrai.

Que sont ces fonctions ? Un *prince* , monarque qui incarne la continuité de l'Etat et l'intérêt commun à tous les citoyens. Hegel n'est pas monarchiste : le prince est arbitre soumis aux lois. Il garantit l'existence ou le moment de la décision sur les délibérations des assemblées et des fonctionnaires.

Deuxièmement, un peuple représenté dans des "Etats" (c'est toujours ce mot qui est équivoque) selon leurs intérêts, stand pouvant être traduit par peuples ou, assemblées, nations, minorités, chambre des faisceaux et corporations si vous voulez. Ces *parlements*, adoptons ce terme, permettent une représentation de la société civile et une garantie de la défense de ses intérêts dans l'exercice du pouvoir du Prince et des fonctionnaires. Car voilà le troisième personnage, *le fonctionnaire.* Le fonctionnaire qui exerce l'autorité principale. *C'est lui qui réalise vraiment l'universel,* il est impartial et désintéressé. Il est anonyme et en cravate et il refuse le cousinage et le burnous (6).

Contrairement à ce qu'il soutient pour les autres couches de la société, Hegel va s'attacher d'une façon très précise aux techniques de recrutement du fonctionnaire, en tête desquelles il met le *concours* parce que le fonctionnaire est la figure même de ce détachement de la société civile et des intérêts particuliers. Les citoyens ne peuvent que reconnaître dans les actes

---

(5) ce que Weber reprendra avec la bureaucratie.

(6) Hegel se contente de l'anonymat. J'y ajoute la cravate par rapport au burnous comme symbole du passage de la Cemenschaft à la Sesselschaft.

quotidiens de portée universelle du fonctionnaire l'incarnation de la compétence et de l'intérêt général. C'est un rouage anonyme qui peut être changé de place.

*
* * *

Ce modèle est donc tout à la fois le prototype des Etats nationaux du XXe siècle et bien la conceptualisation du pouvoir correspondant aux transformations en oeuvre en Europe à la fin du XVIIIe siècle et c'est ce qui nous étonne. Il repose sur les classes moyennes et l'idéologie de la propriété du citoyen. Hegel va très loin au sens moderne puisqu'il méprise les Partis et pour lui la Raison ne s'incarne dans l'Etat jamais dans la forme partisane. Cela éclaire de récents événements d'un jour intéressant. L' *Etat sovieticus* serait-il plus hégélien que marxien ? C'est plutôt ce que je crois (7). Voyons donc ce qu'en dit Marx.

II - MARX, L'ETAT ET HEGEL

Marx fit très tôt partie de ce qui s'appelait dans l'intelligentzia européenne de l'époque, les *Hégéliens de gauche*. Il voit dans l'Etat de Hegel une idée extraordinaire : *l'Etat est l'expression rationnelle de la société s'imposant aux intérêts particuliers*. Mais plus tard, Marx reviendra sur cette admiration première. Lorsqu'il découvre que l'Etat incarne moins la raison universelle que la Raison d'être d'une classe et l'Etat n'est que le signe de l'aliénation des individus puisqu'il fournit en effet une forme de remplacement aux réalités sociales qu'il occulte, comme le Droit. Vous avez deux grands ouvrages sur ce sujet, c'est bien sûr *La question juive* et *La critique de la philosophie de Hégel* mais aussi un petit article savant publié très tôt, en 1844, qui s'intitule : "La critique de la philosophie du droit de Hégel". Mais la critique de Marx a ceci d'original c'est qu'elle va partir d'une idée qu'elle puise chez Hegel, *le dépérissement de l'Etat*. Hegel avec son génie extraordinaire aperçoit exactetement le point où sa théorie va se retourner contre lui. Vous savez combien on a glosé sur Marx remettant la dialectique de Hégel sur ses pieds. C'est une plaisanterie. C'est en fait Hegel qui a compris cela et Marx en a fait une lecture. Je répète donc, avec son génie extraordinaire, Hegel aperçoit parfaitement le point où sa thèse va se retourner contre lui, lui qui dit qu'il y a des contradictions partout, il se rend compte que s'il y a des contradictions à l'intérieur de l'Etat, c'est que l'Etat va voler en éclats pour finalement disparaître. Et Marx poussant la philosophie de Hegel à son paroxysme lie la théorie de l'abstraction politique c'est-à-dire le dépérissement de l'Etat à la théorie du dépassement de la philosophie, c'est-à-dire établit le lien entre les *représentations*, les abstractions philosophiques et les abstractions politiques. *L'Etat c'est la preuve que la Raison humaine est objective*. Bien que la raison d'Etat soit révoltante, l'Etat a une raison, il a même des raisons d'exister, mais jusqu'à un certain point à partir duquel la *Raison elle-même*, la raison humaine, exige sa disparition, la disparition de l'Etat. Car il n'y a pas d'Etat sans conflits avec lui-même, c'est-à-dire que l'Etat porte en lui

(7) surtout après la lecture de Castoriadis.

son germe d'auto-destruction, car l'Etat n'arbitre pas les conflits, il les modère en les maintenant dans les limites de l'ordre établi. Or, c'est seulement dans la vraie démocratie que l'Etat politique disparaîtra. Comment ? Marx part de l'analyse de Hégel qu'il inverse puis il utilise une parabole de Saint-Simon. Hegel a construit le rapport réel sur la famille. Le rapport réel de la famille et de la société civile avec l'Etat est conçu par Hegel comme leur activité intime imaginaire. La famille et la société civile sont, en effet, les présuppositions de l'Etat. Elles en sont les éléments proprement actifs. Or, dans la spéculation hégélienne, ce rapport s'inverse : quand on fait de l'idée un sujet, c'est-à-dire une réalité consciente, au fond supra-consciente. une *idée absolue*, les sujets réels, la société civile, la famille, les circonstances quelconques, deviennent *des moments irréels de l'idée* ayant une signification fort différente ; c'est ce *mysticisme panlogique* que Marx va récuser, cette *façon hégélienne d'hypostasier l'idée absolue prise comme sujet*. Hégel ne développe pas sa pensée à partir de l'objet, il **déduit** l'objet à partir *d'une pensée achevée en soi*, dans la sphère de la logique alors que les catégories politiques, dit Marx, naissent comme des catégories logico-métaphysiques, *sous la forme* la plus abstraite. Et la boutade de Saint-Simon va conforter Marx dans cette conviction de la disparition de l'Etat politique. Vous la connaissez tous : "Si l'on enlevait dans un pays, dix hommes d'Etat, dix généraux et dix princes, ce pays continuerait à fonctionner" (voir Aldo Moro ! je veux dire qu'il n'y a plus d'Etat en Italie ; e pur se muove !). Mais si l'on enlevait les dix principaux savants, les dix principaux dirigeants d'industries et les dix principaux techniciens (regardez ce qu'est une grève des électriciens à new-York), le pays ne pourrait plus marcher de la même manière. Donc, l'Etat est inutile à un certain degré de développement de la société.

Je voudrais terminer par une citation d'un autre dialogue des duettistes célèbres, toujours, dans lequel on verra, vous savez comme les intitulés des livres de la IIIe République, que si la dialectique hégélienne a trois moments, la dialectique marxienne en a deux et que la victime du troisième terme est quelqu'un qui passe pour un des plus grands marxistes !!

(Je raconte à partir de lettres traduites par E. Weil, op. cit.)

Quelqu'un a publié un article où il est question de Hegel en 1870. Et comme Hegel est un peu oublié et qu'il est un peu difficile à lire, l'éditeur croit bien faire d'ajouter une note pour dire que Hegel est connu du grand public, comme celui qui a découvert et glorifié *l'idée royal-prussienne de l'Etat*. Là-dessus, l'auteur de l'article se fâche et écrit à un ami commun. "Cet animal se permet d'imprimer des notes en bas de mon article sans aucune indication d'auteur, des notes qui sont de pures inepties. J'avais déjà protesté mais à présent la stupidité coule si épaisse que cela ne peut plus continuer. Cet animal qui pendant des années a été à cheval sur la ridicule opposition entre droit et puissance sans savoir s'en tirer, comme un fantassin qu'on a mis sur un cheval de mauvais caractère et qu'on a enfermé au manège, cet ignorant a le front de vouloir liquider un type comme Hegel par le mot prussien, j'en ai assez. Mieux vaut n'être pas imprimé, qu'être présenté comme un âne". A quoi le correspondant répond par retour de courrier : "Je lui ai écrit qu'il ferait mieux de la boucler au lieu de répéter ces vieilles âneries de Rotteck et de Welcker. L'individu est vraiment trop bête."

Et ce pauvre individu, c'est W. Liebknecht, qui est un des chefs de la social-démocratie allemande, c'est-à-dire du parti révolutionnaire allemand

dans lequel Marx fondait toutes ses espérances ; l'auteur de la première lettre est Engels, celui de la seconde, Marx.

Il est évident qu'une opinion émise par deux aussi bons connaisseurs de Hegel que Marx et Engels ne peut faire autorité. Cependant, elle est faite pour confirmer notre soupçon. En effet, rien ne serait plus naturel que de voir repris les reproches de conformisme, de prussianisme, de conservatisme par ceux qui se veulent les penseurs de la Révolution. Que ceux qui affirment avoir dépassé Hegel dédaignent se servir de ce reproche, comment ne nous poserions nous pas la question de savoir s'il peut être maintenu ? Que ceux qui affirment avoir dépassé Marx en dédaignant l'étude du XIXe siècle par l'exemple de l'Union Soviétique, comment ne nous poserions-nous pas la question de savoir si le principe et la théorie peuvent être maintenus ? Or, si elles ne peuvent être regardées comme évidentes, les images traditionnelles de Hegel comme de Marx, ne sont pas simplement erronées dans certains détails, toute correction est impossible, il faut les remplacer par une autre, mais et c'est là la pire des difficultés, ces hommes sont aussi des philosophes et les philosophes, c'est pour cela qu'ils sont philosophes et non hommes d'action, évitent de prendre position dans les questions politiques de l'histoire contingente pour la raison paradoxale seulement en apparence, qu'ils tentent de comprendre la politique. Hegel pas plus que Platon ou qu'Aristote ne prend position sur les questions du jour et comme sa philosophie de la religion a été invoquée par les Orthodoxes aussi bien que par les Déïstes et les athées, de même sa théorie politique a été attaquée et quelquefois approuvée par des hommes de toutes les opinions. Justement parce que pour lui il ne s'agissait pas d'opinion mais de théorie et de science.

ELEMENTS POUR UNE MYTHOLOGIE JURIDIQUE DE NOTRE TEMPS (SUITE)

Le mythe du pluralisme civil en législation

(Conférence du 1er février 1982)

par C. ATIAS

Le terme de "pluralisme" est à la mode : pluralisme politique, syndical, régional, culturel, les manifestations du pluralisme, de la revendication pluraliste ne se comptent plus. En réalité, ce mot est employé pour convaincre. Ceux qui se réfèrent au pluralisme, en matière juridique notamment, affirment sans démonstration, mais sans hésitation, que le droit doit être pluraliste. Dans sa formation, comme dans son influence, le droit, en 1982, ne peut qu'être pluraliste.

Pour comprendre cette conviction, ce postulat, il est bon de s'interroger sur les origines du pluralisme. Le mot pluralisme a été employé pour désigner certaines philosophies, notamment celles qui s'attachent aux individualités multiples, en niant les permanences et les identités, qui privilégient l'existence sur l'essence (1). Georges Sorel, l'auteur des Réflexions sur la violence (1908), se servit de ce terme pour caractériser sa pensée, fondée sur la multiplicité des principes moraux, des consciences, comme des groupements (2).

Le pluralisme social s'affirme aussi dans des sociétés comprenant des groupes ethniques, religieux ou culturels très différenciés. Il ne tarde pas alors à devenir politique et juridique. Il est principalement une donnée de la sociologie juridique (3).

En politique, le pluralisme est lié à la démocratie elle-même. Le pluralisme, ce n'est souvent rien d'autre que la liberté d'opinion et le terme est utilisé par opposition à celui de totalitarisme. Il permet de censurer tous les systèmes qui méconnaissent les différences entre les catégories sociales (4). En ce sens, "Pluralisme et liberté" était le titre de l'un des chapitres du livre "Démocratie française" et son auteur, le Président de

---

(1) HERBERT, contre HEGEL et SCHELLING - Cf. A. LALANDE, Vocabulaire de la philosophie, P.U.F. 1972, v° Pluralisme.

(2) Cf. GORIELY, Le pluralisme dramatique de G. SOREL, Rivière éd., 1962, not. p.217.

(3) En ce sens, cf. Journal of legal Pluralism and Unofficial Law, UCLA - Sur le pluralisme normatif, cf. J. CARBONNIER, La sécularisation du droit civil par le Code civil des Français, Per la storia del pensiero giuridico moderno, 11/12, p.1007 et s., not. note 12 p.1014.

(4) V. art. 19, Constitution de l'U.R.S.S. (7 octobre 1977) - chapitre 3, Le développement social et la culture, al. 2 : "L'Etat contribue au renforcement de l'homogénéité sociale de la société : à l'effacement des différences de classe, des différences existant entre la ville et la campagne, entre le travail intellectuel et le travail manuel, au développement complet et au rapprochement de toutes les nations et ethnies de l'U.R.S.S.". - Comparer "Le consensus" in Rev. Pouvoirs, 1978, n° 5, P.U.F., not. p.34, 47, 67 et 109.

la République, y proposait "d'étendre en profondeur l'exigence pluraliste à toute la substance de la société" (5).

Dans cette substance, il y a le droit, notamment le droit civil, et les comportements qu'il régit. Or, "le pluralisme ne se fragmente pas" (6). Présenté comme un degré supérieur de la démocratie, il doit se répandre en matière civile aussi. **Formé** en tenant compte de tous les comportements sociaux, le droit civil doit exercer son **influence** en respectant cette diversité sociale. C'est le sociologue Georges Gurvitch qui développa cette idée, dès 1935, en écrivant : "L'empirisme juridique radical, c'est-à-dire la fidélité aux données immédiates de l'expérience juridique et à leur variabilité particulièrement intense, conduit nécessairement à la conception pluraliste du droit" (7). Cette philosophie s'affirme contre la prééminence de l'Etat, mais aussi contre l'idée d'une sélection de quelques valeurs préférables à d'autres.

C'est surtout, vers 1970, que le pluralisme civil acquiert toute son importance en France. A l'occasion des grandes réformes du droit de la famille, le pluralisme civil prend corps comme une véritable doctrine de législation. Devenant plus précis, il signifie alors que le législateur ne doit plus choisir entre les divers comportements qu'il constate dans la société ; tout au contraire, la législation nouvelle doit fournir plusieurs régimes juridiques, afin que chaque comportement social trouve des règles qui lui conviennent. Les citoyens français doivent trouver, dans le droit civil, des règles qui leur permettent de divorcer d'accord entre les époux, à l'initiative de l'un ou de l'autre voulant prendre acte d'une séparation antérieure ou pour faute. Le concubinage est l'équivalent du mariage. Il est indifférent d'avoir des enfants hors mariage ou dans le mariage, etc ... Le pluralisme civil consiste à traiter tous ces comportements comme équivalents, moralement neutres ou aussi bons les uns que les autres, à admettre que, dans les mêmes circonstances, des citoyens d'un même Etat peuvent être soumis à des régimes différents (8).

N'en avait-il pas été toujours ainsi ? Le droit civil laissait certains choix aux citoyens. A côté des lois impératives, il y a toujours eu des lois supplétives de volonté qui ne s'appliquent qu'à ceux qui ont choisi de s'y soumettre et à défaut de convention contraire ; il y a aussi des lois dispositives qui peuvent être écartées, à condition d'être remplacées et de l'être par une convention d'ensemble. Ainsi, le régime matrimonial, le régime des biens des époux, est déterminé par la loi, seulement si les époux ne conviennent pas d'un régime conventionnel. Les régimes matrimoniaux sont certainement inspirés par un pluralisme législatif, et ce, depuis 1804 au moins.

Pourquoi est-il alors tant question aujourd'hui du pluralisme civil en législation ? A l'origine de cette mode, il y a un changement d'objet. La

---

(5) V. GISCARD D'ESTAING, Démocratie française, Livre de poche, 1976, p.109 et s., not. p.121 - Adde p.14 - Sur le point de savoir si le pluralisme est de droite ou de gauche, cf. R. DEBRAY, Le Pouvoir intellectuel en France, éd. Ramsay, 1979, p.111 - Adde Avis de la Commission C.E.E., 23 mai 1979 : Rev. dr. europ. 1980, p.33.

(6) V. GISCARD D'ESTAING, op. cit. p.16 - Sur une conception, plus large que la nôtre, du pluralisme juridique, V. études publiées sous la direction de J. Gilissen, éd. de l'Un. de Bruxelles, 1971, not. p.19, 57.

(7) G. GURVITCH, L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit, 1935, p.78.

(8) Comparer J. Gilissen, op. cit., p.19.

liberté civile était traditionnellement cantonnée dans le droit des biens et surtout dans le droit des contrats. Il est devenu banal d'insister sur son déclin généralisé. Or, ce que la liberté perd dans le droit du patrimoine, elle pourrait le retrouver dans le droit des personnes (9). C'est ce changement qui doit être apprécié. En matière de mariage et de divorce, en matière de filiation, l'appel à la liberté, au pluralisme, est devenu unanime. Ce sont les domaines mêmes où le droit paraissait se rapprocher davantage de la morale, où il paraissait devoir la soutenir. La liberté à laquelle notre droit renonce en matière patrimoniale est-elle opportune en matière de moeurs familiales et sexuelles ? Les législations récentes ont-elles consacré ce pluralisme qui se contenterait de proposer, aux citoyens, tous les modes de vie concevables et un régime juridique pour chacun d'eux, sans indiquer s'il en est de préférable ?

L'opportunité du pluralisme civil en législation, comme la réalité de sa consécration par le droit positif français, voilà des questions bien difficiles qu'il n'est pas possible de régler en une conférence ! Il faut ici se contenter de vérifier que le pluralisme est bien un mythe, qu'il ne rend compte parfaitement ni de la façon dont se **forme** véritablement le droit, ni de la façon dont il exerce son **influence**. Le pluralisme civil, c'est en effet une certaine conception de la formation du droit et une certaine conception de son influence.

A - LE PLURALISME CIVIL ET LA FORMATION DU DROIT

Si la préparation des grandes réformes législatives a recours à des slogans, comme celui du pluralisme, c'est sans doute que la formation du droit s'est politisée. Le sens du droit nouveau, le choix des solutions à consacrer sont devenus, plus ouvertement que par le passé, affaires politiques, voire éléments de programmes électoraux.

C'est sans doute pourquoi le mot de pluralisme est employé pour écarter toute discussion, toute contestation. Le pluralisme, selon ses partisans, ne se propose pas comme une idéologie parmi d'autres ; il s'impose comme la seule vérité soutenable en matière juridique, dans un état démocratique moderne.

Pourtant, en recherchant les origines du pluralisme, il est facile de faire apparaître les idéologies sur lesquelles il s'appuie ; il faut alors en vérifier la compatibilité avec la nature de la règle de droit.

a - L'idéologie du pluralisme civil

Le législateur ne tient pour équivalents les divers comportements observés dans la société que sous l'influence de certaines idéologies ; il importe de révéler ces divers systèmes de pensée, ces présupposés de l'activité législative actuelle. Le pluralisme civil est principalement porté par une analyse particulière de l'historicité du droit et des valeurs dans le droit.

1 - Le législateur pluraliste réduit considérablement le rôle de l'histoire dans la formation du droit. Les juristes d'autrefois savaient bien que les moeurs les plus diverses avaient été adoptées à travers les âges et à travers les pays ; c'était l'une des difficultés de la définition des bonnes moeurs

(9) H. GAUDEMET-TALLON, De quelques paradoxes en matière de droit de la famille : Rev. tr. dr. civ. 1981, p.719 et spécialement p.736 à 740.

au sens du Code civil (10). A chaque instant historique, le droit apparaissait comme "la cristallisation progressive des moeurs" (11). Par conséquent, les règles légales étaient conçues comme le produit d'une histoire au cours de laquelle certains comportements avaient été rejetés et d'autres admis.

Les auteurs du XIXème siècle ne commettaient aucune confusion entre l'être et le devoir être. S'ils connaissaient le rôle des moeurs et de l'opinion publique dans la formation du droit, ils savaient aussi faire la part du choix d'ordre politique qui incombe aux autorités législatives ou judiciaires. "C'est la loi de Dieu, la justice, la raison qui constituent le véritable droit, et qui, **se manifestant ici-bas par l'opinion publique**, la conscience des masses, opèrent plus ou moins promptement, tantôt par l'action normale des moeurs sur la législation, tantôt par le moyen violent des commotions sociales, le renversement des lois mauvaises et la substitution du vrai droit au droit apparent et arbitraire" (12).

Tout au contraire, le droit pluraliste est conçu comme une réponse à des circonstances (idéales, culturelles, économiques et sociales ou techniques) inédites. C'est une idée reçue à la mode que rien, aujourd'hui, ne serait plus comme avant ; ce qui pouvait être interdit autrefois - indépendamment du point de savoir s'il était souhaitable d'interdire ou non - ne pourrait plus l'être de nos jours. A la conviction d'une formation continue, a succédé celle d'une rupture avec le passé. Par exemple, la création, en 1975, d'un divorce par consentement mutuel est présentée comme un tribut payé à la "modernité" (13) ; quels que soient les arguments opposés à une telle solution, ils se sont heurtés au mythe du changement, au mythe de l'événement (14).

Une telle démarche marque l'abandon de l'une des seules méthodes expérimentales que le juriste puisse employer, la méthode historique. Le sondage d'opinion prend le pas sur les enseignements du passé. Il y a là, assurément, une conséquence de la politisation du droit. Paradoxalement, il y a là aussi, un résultat de l'attirance exercée sur les juristes par les sciences de la matière ; celles-ci ont fait de tels progrès depuis le début du siècle qu'elles n'ont plus guère d'intérêt à se retourner sur leur passé (15). Pour "singer" ces scientifiques, le juriste doit feindre de croire que la sexualité

---

(10) Cf. MAUGUIN : S. 1809, II, p.345.

(11) CLAUDE DU PASQUIER, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, Niestlé et Delachaux, 4ème éd. 1972, n° 9, p.18 ; l'auteur limite cette affirmation aux "sociétés primitives", mais nuance ultérieurement sa pensée : cf. n° 53, p.47 - Cf. R.R.J. 1979-1980, n° V-8, p.67-68 (fiche n° 3).

(12) V. MARCADE, Explication théorique et pratique du Code Napoléon, 6ème éd., 1866, t. 1, n° 62, p.22.

(13) Il est vrai que la France révolutionnaire avait déjà connu un tel divorce ; mais l'expérience n'avait guère été concluante et, d'ailleurs, fut peu invoquée lors de la préparation de la récente réforme - Cf. M. GARAUD et R. SZRAMKIEWICZ, La révolution française et la famille, P.U.F., 1978, préface J. Carbonnier qui insiste sur les filiations et les emprunts : v. spécialement p.67 à 89 - Adde V. DEMARS-SION, Libéralisation du divorce : l'apport véritable de la loi du 11 juillet 1975 à la lumière de celle du 20 septembre 1792 : Rev. tr. dr. civ. 1980, p.231.

(14) Comparer R. DEBRAY, Le pouvoir intellectuel en France, éd. Ramsay, 1979, p.105 - Adde J.F. LYOTARD, La condition post-moderne, Ed. de Minuit, 1979, p.107 : "Le contrat temporaire supplante de fait l'institution permanente" adde aussi, sur les rapports avec le consensus, op. cit. p.44 Comparer P. CHAUNU, Le refus de la vie, Calmann-Lévy, 1975, p.85.

(15) Comparer G. BACHELARD, La formation de l'esprit scientifique, 11ème éd., Vrin, 1980, p.27.

humaine a connu des bouleversements comparables à ceux qui ont eu pour origine, en physique, la domestication de l'électricité et, en chimie, celle de l'atome. A cela s'ajoute, pour achever de condamner les apports de l'histoire, l'impression permanente que la barbarie est derrière nous ; il est de mode, ces années-ci, de repousser en bloc toute la moralité bourgeoise du XIXème siècle, par exemple.

Une certaine logique commanderait que cet anathème s'accompagnât de la proclamation des valeurs inverses de celles auxquelles s'attachent les juristes contemporains des romantiques et surtout du second empire français. Le pluralisme adopte une autre voie.

2 - Le législateur pluraliste renonce, en effet, à remplacer les valeurs d'autrefois. A ses yeux, le progrès du droit - auquel il croit - viendra du refus des jugements de valeur. La "cristallisation progressive des moeurs", c'était aussi une décantation, une sélection des bonnes moeurs. Des comportements qui étaient apparus comme dommageables à l'individu ou à la société étaient réfrénés par le droit pénal et par le droit civil ; d'autres attitudes étaient, au contraire, favorisées, récompensées.

Le pluralisme rejette, par principe, cette sélection. Il refoule tout jugement de valeur, non seulement parce que rien n'autorise à interdire, mais aussi parce qu'il est mauvais d'interdire. Quels sont les a priori idéologiques de ces positions législatives ?

Historiquement, cet "auto-scepticisme" du législateur (16) est sans doute explicable par la déception profonde qu'a connu l'Occident après l'euphorie du XIXème siècle. Pour les hommes de la révolution française notamment, il était clair que le progrès de la civilisation était achevé (17). La révolution industrielle et son cortège de misères, les guerres mondiales et leur cortège d'atrocités, le déclin de l'Occident plus généralement, ont contraint à déchanter. Philosophiquement, cette modestie nouvelle s'explique par le prétendu échec de toutes les recherches d'absolu ; la relativité triomphe. Plusieurs explications de cette victoire doivent être conjuguées. Tout d'abord, pour avoir trop cru en un droit naturel porteur de recettes toutes faites, pour en avoir fait un idéal inaccessible, les juristes se sont condamnés à vivre dans le positif. L'influence d'Emmanuel Kant ne peut qu'être ici rappelée ; "en niant que de l'observation puisse découler aucun savoir sur le devoir-être, Kant a donné le coup de grâce à la méthode juridique classique du droit naturel" (18). Ensuite, l'idéologie démocratique a balayé les distinctions entre le politique et le civil, entre le patrimonial et l'extrapatrimonial, entre le domaine du libre-arbitre et celui de la nature. Faut-il rappeler que les idéaux de liberté et d'égalité ont même atteint, par exemple, l'éduca-

---

(16) J. CARBONNIER, Quelques remarques sur l'esprit de la loi française du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux : Mac Gill Law Journal, vol. 14, n° 4, 1968, p.590 à 597 et spécialement p.594 à 597 - G. CORNU, L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil, cours de D.E.S. 1970-1971, Les cours de droit, p.124 à 155.

(17) N. ELIAS, La civilisation des moeurs, Calmann-Lévy, Le livre de poche, not. p.84 - Adde p.18 - D'où la mission dont s'estimaient investis, avec l'accord général, les notables ! Leur disparition est un signe. Comp. R. DEBRAY, op. cit. p.99 et 224.

(18) M. VILLEY, préface à E. Kant, Métaphysique des moeurs, 1ère partie : Doctrine du droit, 1796, introd. et trad. A. PHILONENKO, P.U.F., 1971, p.24 - Cf. spécialement : p.89.

tion, voire la religion ? (19).

Enfin les juristes eux-mêmes ont favorisé cette neutralisation d'un droit qui se refuse à préférer ou à censurer, en insistant sur un aspect, inaperçu jusque là, de leur discipline. Loin d'être le seul système normatif d'une société donnée, le droit est en concurrence avec une pluralité d'autres systèmes ; et, pire encore, dans cette concurrence, la part réservée au droit par rapport à ces autres systèmes, morale, religion par exemple, est définie de manière purement artificielle et variable. Il y a des "échanges inter-normatifs" (20). Et voici une nouvelle raison de renoncer aux enseignements du passé ! Non seulement le droit ne dit pas toujours la même chose, mais il ne parle pas toujours de la même chose. Cette extrême relativité semble conforter les philosophies, notamment la philosophie marxiste, qui font du droit un pur produit de la société au gré des structures économiques et des intérêts de la classe dominante. Ce serait pure hypocrisie que de rechercher de l'absolu dans ce qui n'est jamais qu'un moyen de gouvernement. Si telle liberté est restreinte par le droit, ce n'est pas qu'elle est néfaste, c'est que la bourgeoisie a besoin de cette contrainte pour assurer son pouvoir. La sélection des comportements admis et des comportements réprimés ne s'opère pas à la lumière de ce qui est préférable pour l'homme dans ce qu'il a de plus élevé, mais uniquement au vu d'intérêts inavoués et contingents (21).

Ainsi le droit pluraliste se construit dans l'instant d'une société sans passé ou sans mémoire ; il constate des comportements entre lesquels il prétend se refuser à choisir. Cette démarche n'est pas nécessairement compatible avec la notion-même du droit, ou plus précisément avec la nature de la règle du droit. Voilà pourquoi quelques réflexions s'imposent, non plus à partir des idéologies sous-jacentes au pluralisme, mais à partir des caractéristiques de la règle de droit !

b - La nature de la règle de droit

C'est la notion-même de droit, ou plus précisément la notion de règle de droit, que le pluralisme civil modifie. Toute société connaît assurément des comportements multiples et des opinions différentes, voire opposées. Cette diversité est souhaitable ; elle est l'un des moteurs de l'activité sociale. Encore faudrait-il préciser les rapports qu'il doit y avoir entre cette diversité sociale et le contenu de la règle de droit ! La neutralité du droit à laquelle le pluralisme conduit n'apparaît compatible ni avec la fonction de la règle de droit, ni avec son objet.

---

(19) Il faudrait encore compter avec la remarque - bien souvent avancée elle aussi, et péjorativement - que "les jugements moraux jugent autant les juges que les inculpés" (R. DEBRAY, op. cit., p.124.

(20) J. CARBONNIER, Essais sur les lois, Rép. du not. Defrénois, 1979, p.251 et s., not. p.259 - Adde, p.106-107 - L'auteur n'en tire évidemment aucune condamnation de l'approche historique, mais ses nombreux lecteurs ... ?

(21) Voir les arguments invoqués à l'appui de la libéralisation de l'avortement qui était possible aux riches et qui devait donc être possible à tous ! Il ne semble pas que la constatation des nombreux avortements effectués à l'étranger notamment ait conduit à se demander s'il y avait un moyen de s'y opposer.

1 - La fonction de la règle de droit est discutée. Le droit n'est pas nécessairement un ensemble de règles de conduite (22). Pourtant, il ne peut pas non plus être indifférent à la conduite des hommes ; il ne peut "oublier l'importance assurément fondamentale que la moralité, l'observance de la loi morale, présente pour tout ordre social" (23). Nul ne conteste que le droit civil ait à favoriser le respect des conventions, la bonne foi des parties, évitant que leurs auteurs puissent tirer avantage de leur déloyauté.

La règle de droit ne peut être posée que moyennant un jugement de valeur préalable sur les comportements à régir. Il est clair que la règle édictée par le législateur ou déduite de la jurisprudence, peu importe ici, servira de repère aux citoyens. Dans la détermination de leur attitude, ils tiendront évidemment compte de la règle qui favorise ou réprime. Certes, ils ne se détermineront pas seulement en fonction de la règle. C'est ce que rappelait Hegel à propos du divorce (24). Le mariage "a sa réalité objective dans l'intimité de la conscience et du sentiment subjectifs ... Il n'y a pas de lien de droit positif qui puisse maintenir réunis des sujets, quand apparaissent des sentiments et des actions opposés et hostiles entre eux". C'est l'idée proprement aristotélicienne qu'il n'est pas possible de dissocier la réalité d'une chose et son essence (25) ; là où il n'y a plus d'union, le droit ne peut maintenir un mariage. Mais ce serait une erreur d'en déduire une quelconque neutralité du droit ; car ce qui n'est pas une union stable n'est pas un mariage. Hegel ajoute, en effet, "l'autorité morale d'un tiers est requise, qui maintient le droit du mariage, de la substantialité morale contre la simple vraisemblance de tels sentiments et contre les hasards d'une simple impression temporaire" (26). Le droit ne peut rien contre les désunions avérées ; il peut aider à la constitution d'unions stables.

En définitive, le pluralisme masque - et c'est en cela qu'il est mythe - la véritable démarche juridique. Le droit ne peut être pluraliste, parce qu'il ne peut se contenter de constater la pluralité des comportements. Ce qui est vrai, c'est qu'il y a des distinctions que le droit civil ne doit pas faire - voilà un nouveau jugement de valeur ! - et des sélections qu'il doit faire. L'illusion pluraliste qui prétend rendre le droit moins contestable, parce que moins sujet à ce type de choix, doit être repoussée. Elle doit l'être d'autant plus qu'oublieuse de la fonction de la règle de droit, elle déforme aussi son objet.

2 - L'objet de la règle de droit, c'est, au moins principalement, des comportements, des actes extérieurs. Cette particularité est même utilisée pour affermir la distinction du droit et de la morale.

Pourtant, le pluralisme qui prétend se fonder sur l'équivalence objective des comportements s'appuie en réalité sur des opinions. Pourquoi faut-il autoriser tel ou tel comportement jusque là interdit et réprimé ? La réponse

---

(22) Cf. M. VILLEY, Philosophie du Droit, t. 1, Définition et fins du Droit, Dalloz, 2ème éd., 1978, n° 32, p.61.

(23) M. VILLEY, op. cit., n° 32, p.60.

(24) HEGEL, Principes de la philosophie du droit, préface J. Hyppolite, trad. A. Kaan, N.R.F., 1940, n° 176, p.211.

(25) P. AUBENQUE, Le problème de l'être chez Aristote, P.U.F. 1972, not. p.472 et s., p.478-479 - A opposer à l'analyse kantienne.

(26) Ibidem.

donnée par les juristes pluralistes n'est pas qu'il faut admettre en droit tout ce qui est constaté en fait ; ce serait supposer que toutes les exactions, depuis l'assassinat jusqu'au viol, doivent être acceptées. Selon le pluralisme, doivent être reçus en droit tous les comportements admis par l'opinion, tous les comportements qui ne choquent pas l'opinion publique. D'où le recours systématique aux sondages d'opinion !

Or, les conséquences de cette démarche sont très importantes. Le législateur ne statue qu'au vu d'une opinion moyenne aussi abstraite et désincarnée que possible, de l'opinion qu'il faut afficher en public pour avoir l'air "à la page" (27). Si le divorce sans aucune formalité ne heurte pas cette opinion là, il doit devenir loi ; mais au moment où ces citoyens sont interrogés, considèrent-ils, pour eux-mêmes, comme équivalents le maintien de leur mariage, de celui de leurs parents ou de celui de leurs enfants et le divorce ? La réponse est évidemment négative et ils feront probablement l'impossible pour éviter des tensions conjugales pouvant aboutir à un divorce. Autrement dit, l'opinion la plus désintéressée que reflètent les sondages n'est pas la seule opinion de chacun des interrogés ; ce n'est peut-être ni la plus éclairée, ni la plus significative. Et le plus notable, c'est que le jour où la loi présentera le divorce comme équivalent du maintien du mariage, la morale commune changera ; beaucoup penseront progressivement que rien n'impose de prendre avant et pendant le mariage, des précautions contre les tensions conjugales, contre les causes de divorce (28).

Le sentiment du bien que chacun pratique dans les circonstances de chaque jour est assez mal transmis par des sondages dont le caractère démocratique apparaît ainsi contestable à ce titre également. Le pluralisme civil n'est pas une bonne "doctrine" de la formation du droit ; les ambiguïtés qu'il comporte ici se retrouvent dans l'influence qu'il reconnaît au droit.

B - LE PLURALISME CIVIL ET L'INFLUENCE DU DROIT

Il est extrêmement difficile de préciser quelle est, selon les juristes pluralistes, l'influence sociale du droit. Ils semblent, en effet, la minimiser considérablement à certains égards et l'exagérer à d'autres propos. Ainsi se montrent-ils assez incertains sur la signification propre des modèles sociaux, des types de comportements consacrés par le droit ! A supposer qu'il n'y ait aucune influence morale du droit dans la sélection de ces modèles, ne faut-il pas penser qu'au moins, le droit a une influence sur la cohésion de la société. La position du pluralisme à l'égard des modèles sociaux et à l'égard de la cohésion sociale mérite réflexion.

a - Le pluralisme et les modèles sociaux dans la règle de droit

Deux ambiguïtés majeures du pluralisme doivent être signalées ; il s'agit même de véritables contradictions qui pourraient bien priver le pluralisme de toute justification.

---

(27) Le rôle de la presse dans les réformes législatives est incontestable, d'autant que "l'enfer, c'est les autres" et que chacun craint ce que l'autre pense de lui.

(28) Les autres freins au divorce, affectifs, sociaux, pécuniaires,... pourront demeurer, mais ils auront perdu l'appui du droit. Cf. M. VILLEY, La loi pour officialiser une nouvelle morale : in Le Monde du 14 déc. 1973.

1 - La première contradiction consiste à reprocher, au droit civil, tout à la fois, son impuissance et son influence pernicieuse. Certains, en effet, fondent le pluralisme, la mise sur un pied d'égalité de comportements jusque là considérés comme moralement différents, sur l'inaptitude du droit à maintenir la moralité publique. Le fait, la pratique l'emportent toujours sur le droit, si moralisateur soit-il ; et cette constatation est absolument générale ; la qualité du droit, la vigilance des autorités d'application n'y peuvent rien changer (29) ! Pourtant, d'autres, non moins pluralistes que les premiers, reprochent au droit son infuence ; et c'est en songeant à cette influence considérée comme néfaste qu'ils plaident pour le pluralisme. Le droit serait une machine à niveler les consciences, à maintenir, contre la réalité sociale, une idéologie bourgeoise condamnable en soi ... et condamnée par la classe élue. Moins péjoratifs, beaucoup reconnaissent une influence considérable à notre Code civil de 1804 (30).

La conciliation entre ces deux fondements du pluralisme paraît, pour le moins, délicate.

2 - La deuxième contradiction n'est pas moins grave. Le pluralisme est volontiers lié à une certaine discrétion du législateur qui ne se permettrait plus de prétendre guider les citoyens dans la recherche des comportements préférables. Prenant acte de son impuissance et de son manque de clairvoyance, le législateur aurait renoncé à dire le bien. Pourtant, là encore, l'idée semble tourner court. Il est manifeste, en effet, que les auteurs des réformes récentes ont dû résister à diverses revendications idéologiques. Cette idéologie, soi-disant neutre, est, au contraire, puisée dans une certaine catégorie de la population ; le modèle de vie "tout est permis", "tout doit être essayé", etc ..., c'est le modèle de l'intellectuel rive gauche. Et ce modèle n'a nullement la discrétion qu'il prétend avoir... tout au contraire. Comme Marx croyait que la dictature du prolétariat ferait naître un homme nouveau qui serait, spontanément et sans contrainte, bon père, bon époux, bon citoyen et bon travailleur (31), ce pluralisme là croit en la possibilité de changer les mentalités par le droit. Ce sont même les convictions les plus profondes qu'il veut changer. "Les prétentions électorales onto-politiques ("changer la vie") s'affichent croisades onto-théo-politiques ("libération de l'homme"). Et la France, en votant, devient la Jérusalem de la métaphysique occidentale" (32). Là encore, il faudrait choisir.

Ou plutôt, les pluralistes ont choisi. Ils ont prétendu ne pas choisir entre des comportements pour choisir plus librement. Tel est le mythe ! Et à supposer qu'il parvienne à réduire ses contradictions et à trouver une vraie pluralité, une véritable neutralité, c'est sur la nécessité de la cohésion sociale qu'il buterait.

---

(29) R. DEBRAY, Le pouvoir intellectuel en France, Ed. Ramsay, 1979, p.124.

(30) J. CARBONNIER, préface à M. GARAUD et R. SZRAMKIEWICZ, La révolution française et la famille, P.U.F. 1978, p.VIII - Adde du même auteur, mais à titre d'hypothèse sociologique à démontrer : D.S. 1975, Chr. XXIX, p.171.

(31) Comparer N. STRUVE, L'homme soviétique soixante ans après : Commentaire, 1981, vol. 4, n° 14, p.229.

(32) A. GLUSKSMANN, Les maîtres penseurs, Grasset, 1977, p.222 - En ce sens Trib. gr. inst. Châlons 8 juin 1977 : J.C.P. 1980, II, 19350, observ. R. LINDON : décision selon laquelle les convictions religieuses ne peuvent être imposées à l'époux qui demande le divorce ... et peut l'imposer à son conjoint.

b - Le pluralisme et la cohésion sociale par le droit

Il y a des différences à respecter et d'autres qu'il faut tenter de réduire ; telle est l'hypothèse anti-pluraliste ! Elle se fonde sur la reconnaissance du rôle des jugements de valeur dans la formation du droit. Elle se fonde aussi sur la mission, reconnue au droit, de maintenir l'unité de la société. Il est vrai qu'il est bien difficile de faire vivre ensemble des groupes sociaux dont les pratiques sont trop profondément divergentes (33).

Le philosophe phénoménologue Max Scheler l'avait très bien expliqué, notamment dans un ouvrage intitulé : La situation de l'homme dans le monde (34). Particulièrement intéressé par les mécanismes de la formation des valeurs, il les avait présentées comme des objets d'expérience, expérience immédiate et affective ; c'est par l'intuition émotionnelle, par une sorte de sympathie, que nous pourrions découvrir ces qualités idéales et extra-temporelles, irrationnelles et alogiques. Cette sympathie n'était pourtant pas purement spontanée, ni innée ; elle lui semblait guidée par l'expérience morale collective.

C'est là une notion tout à fait fondamentale. Cette expérience morale collective, c'est d'abord une expérience progressive et, par conséquent, historique. Aucun juriste, aucun droit ne peuvent se croire nés d'hier et sortis du néant. Le droit qui change est fils de celui qui l'a précédé. Ensuite, cette expérience morale collective est le fruit de multiples circonstances parmi lesquelles le droit a évidemment sa part. Dans la mesure où il contribue ainsi à la formation de la communauté morale de tout un peuple, n'a-t-il pas mission de lui donner le minimum de réactions communes sans lesquelles la cohésion sociale est menacée ? Dans l'affirmative, il ne pourrait se contenter de rechercher le "consensus" que donne le refus de prendre position.

Allons plus loin ! Dans la formation de cette communauté morale, chacun souhaite, en réalité, voir consacrer des valeurs. La soi-disant neutralité pluraliste n'est qu'un autre vêtement pour la liberté individuelle, qui est une valeur et qui doit être appréciée comme telle. Toute la difficulté est de savoir si, comme le pensait Hegel, les excès de cette liberté là ne nient pas "l'inhibition supérieure et la subordination du simple instinct naturel ... par la conscience proprement spirituelle" (35).

---

(33) Ces divergences sont-elles si importantes ? Rien n'est moins sûr : cf. SOFRES, L'opinion française en 1977, Presses de la F.N.S.P., 1978, p.87 et s. et notamment A. DUHAMEL, Le consensus français, p.96 - S. CHALVON-DEMERSAY, Aimée ou haïe : la famille, in H. MENDRAS, La sagesse et le désordre, France 1980, Gallimard, 1980, p.247 et s. - Egalement H. MENDRAS, Une figure de la France, même ouvrage, p.60-61 - Adde Revue Pouvoirs, 1978, n° 5, p.34 et 67. Sur l'idée du nécessaire "compromis politique", cf. J. CARBONNIER, Droit civil, t. 1, P.U.F., 14ème éd. 1982, n° 15, p.84.

(34) M. SCHELER, La situation de l'homme dans le monde, Aubier, 1979, p.38, 54 à 56, 88 - Adde, sur le phénomène social de l'exemplarité, M. SCHELER, Le formalisme en éthique et l'éthique matérielle des valeurs, 1926, trad. M. de GANDILLAC, Gallimard, 1955, p.575 - Comparer B. LACROIX, Durkheim et le politique, F.N.S.P., 1981, p.179 (à propos de "l'effet intégrateur" de la morale) et p.248-249 - Adde encore A. MOLES, Mémorisation collective et culture : la notion de compas socio-culturel, in Les processus collectifs de mémorisation (Mémoire et organisation), Librairie de l'Université, Aix, 1979, p.89 : "Au lieu de vivre en société, l'homme se met à vivre dans la "société", ou plutôt dans le système social qui se présente comme un agrégat d'éléments isolés" - Adde, même ouvrage, p.94 - Egalement, J.F. LYOTARD, La condition post-moderne, Ed. de Minuit, 1979, p.30-31.

ELOGE DE L'EXEGESE

(Conférence du 9 mars 1982)

par M. le Professeur Ph. REMY

I

Si j'ai choisi de faire l'Eloge de l'Exégèse, c'est parce que, comme le disait Kipling, il faut bien que quelqu'un ose chanter les grands hommes obscurs. C'est qu'ils sont devenus obscurs, injustement obscurs. L'oeuvre de l'Exégèse - un siècle de littérature juridique, à peu près tout le XIXème siècle - moisit paisiblement au fond de nos bibliothèques. Les noms mêmes des Exégètes pâlissent dans les mémoires. On se souvient encore d'Aubry et Rau, dont on ne lit plus l'oeuvre qui s'est dissoute au fil des rééditions. Mais qui a lu Demolombe et Troplong, Delvincourt, Duranton, Demante, Marcadé, Toullier, Proudhon, Laurent ou même Baudry-Lacantinerie ? Qui peut nommer, dans nos salles solennelles, ces bustes en faux bronze époussetés une fois l'an par la main négligente d'un appariteur-adjoint ? Eux, dans leurs toges de fer, jettent un regard Romain sur le petit homme en complet veston qui prétend, non plus expliquer un Code, mais enseigner le Droit en suivant les sinueuses opinions du plus menu des juges, ou le dernier rescrit d'un ministre, quand ce n'est pas l'avant-dernier sondage d'opinion. Notre temps passera, comme leur temps est passé. Et nous serons jugés, comme ils l'ont été.

Contre un jugement injuste, je voudrais aujourd'hui défendre cette doctrine civiliste du XIXème siècle, son oeuvre et sa méthode. La cause de l'Exégèse paraît entendue dès l'aube de ce siècle : par Saleilles, Gény puis Bonnecase, la cohorte d'auteurs que nous appelons Ecole de l'Exégèse, a été vigoureusement condamnée ; seul Gaudemet, avec une très fine perception historique, lui a rendu à peu près justice.

Et ce procès est toujours recommencé. Il y a peu, M. Léon Husson, dans des articles parus aux Archives de Philosophie du Droit (1972) puis à la Revue trimestrielle de droit civil (1976) a de nouveau critiqué avec beaucoup de vigueur et de profondeur non plus seulement la méthode, mais ses "assises doctrinales" - pour tout dire, sa philosophie du droit ; M. Perelman, en logicien-philosophe, a repris à peu près les opinions de M. Husson. C'est que, sous la querelle des méthodes d'interprétation, il y a bien une querelle philosophique faite à l'Exégèse. Le premier reproche est de méthode : l'Exégèse aurait vécu dans le culte du texte, le "fétichisme légal", le littéralisme le plus étriqué. Derrière quoi il y aurait eu, enchaînées les unes au autres, au moins trois convictions (trois erreurs) philosophiques : premièrement, que le droit - tout le droit - peut être enfermé dans un réseau de règles générales et abstraites, que c'est un système déductif complet où la plus petite règle se déduit de principes constants, et où la moindre question doit trouver sa réponse dans la règle. Première erreur. Deuxièmement, que le droit - tout le droit - est dans la loi, expression de la volonté générale, commandement du législateur. Hors les règles posées par la loi, il n 'y aurait pas de droit. C'est une deuxième erreur. La troisième est que le droit - tout le droit - procède ainsi des commandements du souverain,

dont la volonté, pourvu qu'elle se soit exprimée en forme législative, est absolue, c'est-à-dire déliée de toute norme supérieure ou extérieure.

Les Exégètes n'auraient donc pas seulement été de purs sémanticiens, de secs grammairiens de la loi, abstracteurs de quintessence ; au fond, ils constitueraient l'Ecole positiviste et même étatiste du XIXème siècle français. Pour que l'accusation soit complète, ajoutons-y cet autre grief, de M. Arnaud : entre 1804 et 1890 - ce sont les dates entre lesquelles on enferme d'habitude l'Ecole exégétique - les civilistes français, "grands prêtres d'une nouvelle religion" n'auraient eu que deux soucis : détacher le droit de la "sphère politique" ; ne pas voir le système élaboré par eux "dépassé" par "la réalité socio-économique" - et ce sont, là encore, deux péchés. Pour pécher plus à son aise, "l'homme au faux-col" se serait alors enfermé dans un dogmatisme abstrait qui lui permit d'ignorer les luttes qui devaient enfanter le droit nouveau ; là aurait été, pour M. Arnaud, "le charme désuet de la fonction de juriste" au temps de l'Exégèse. Ce serait sans doute déborder l'objet de cette conférence que de démêler, dans l'opinion de M. Arnaud, le vrai, le moins vrai, le faux, l'analyse scientifique et l'emphase baroque, le jugement critique et le préjugé idéologique. Il est au moins un point sur lequel M. Arnaud me paraît irréfutable : la doctrine civiliste du XIXème siècle est une doctrine "bourgeoise", comme le Code civil est un code "bourgeois". C'est en effet un truisme de dire qu'un professeur de Code Napoléon, doyen d'une Faculté de Province et bâtonnier de l'Ordre des avocats à la fois, est un "bourgeois" ; le même qualificatif s'applique, tout aussi évidemment, à un Président de la Cour de cassation. Mais un biographe scrupuleux fera aussi remarquer que Delvincourt, premier vrai doyen de la Faculté de Droit de Paris, commença sa carrière comme employé à la comptabilité de la marine pendant douze ans ; que Bugnet, qui a passé dans la légende comme l'archétype de l'Exégète du milieu du XIXème siècle, fut d'abord garçon-vacher en Franche-Comté, ce qui ne l'empêcha point d'être agrégé à vingt-huit ans ; que Troplong, qui présidera la Cour de cassation sous le second Empire, fut un étudiant pauvre, dont le portrait, dira Gaudemet, aurait pu tenter la plume de Balzac (parce qu'il préférait plutôt lire que dîner). Il y a donc "bourgeois" et "bourgeois". Quant à dire que les civilistes du temps ont cherché à "détacher le droit de la sphère politique", c'est une imputation qui me paraît carrément controuvée. Tout le monde sait encore que le "dissident" Emile Acollas, socialiste de naissance, ami de Jules Favre et de Jules Simon, fut nommé doyen de la Faculté de Droit de Paris par la Commune, mais resta prudemment en Suisse jusqu'à ce que les choses fussent éclaircies ; que nommé Chevalier de la légion d'honneur, il mourut suicidé et inspecteur général des établissements pénitentiaires - ce qui est une superbe fin, pour un "dissident". Mais qui se rappelle que Toullier participa à la première révolution (celle de 1788 en Bretagne), qu'il cacha sous la Révolution (la grande) son frère, prêtre insermenté, qu'il se heurta à l'Inspection impériale des Ecoles de Droit et fut destitué de ses fonctions de doyen de 1816 à 1830 ? Tout le monde se souvient des tumultueuses carrières de Merlin de Douai et de Dupin aîné. Mais qui se souvient que Désiré Dalloz a plaidé les grands procès politiques de la Restauration ? Que le doyen Delvincourt, ami de Royer-Collard, fut traité de "brigand" par un des professeurs suppléants de sa Faculté, expulsé de son cours en 1819 ? Que Demante fut un député fort actif à la Constituante de 1848 ? Que l'Introduction (superbe) au Répertoire général de Jurisprudence du Journal du Palais (1845) est signée Ledru-Rollin ? Qui se rappelle encore que, plus de quarante ans avant d'être

ministre de la Justice dans un ministère Emille Ollivier (1869), Duvergier a eu des amitiés Saint-Simoniennes, a collaboré au "Producteur" et rédigé l'article "Législation" des "Opinions philosophiques et industrielles" (1824) ? Que Valette, membre de la Constituante et de la Législative de 1848 était aux côtés du Général Damesme sur les barricades de juin et fut emprisonné, sur sa demande, au lendemain du coup d'Etat du 2 décembre ? Ou encore, que Marcadé fut un théoricien du catholicisme libéral, et que Laurent ne fut pas seulement l'Exégète le plus farouche, mais aussi le plus farouche anticlérical du parti belge dit "libéral" ? Dans un siècle plein de bruit et de fureur, dans un pays qui n'avait pas encore digéré sa grande Révolution, la "fonction de juriste", pour parler comme M. Arnaud, avait peut-être du charme, mais ce n'était pas un charme discret. Ce qui frappe aujourd'hui l'observateur de la doctrine de ce temps, c'est son caractère généralement agité et même turbulent, sa passion de la controverse, son humeur polémique. L'Exégèse n'a pas été ce que l'on dit ; les Exégètes ne furent pas ce que l'on croit, dans l'opinion ordinaire - l'espèce de vulgate rudimentaire à quoi se réduit aujourd'hui le jugement sur cette période de la pensée juridique française. C'est ce dont je voudrais vous convaincre, en considérant maintenant ce que furent l'Ecole (II) et sa doctrine (III).

II

La première surprise est de constater qu'il n'y a pas véritablement d'Ecole de l'Exégèse (A) ; ce qui subsiste de la doctrine civiliste du XIXème siècle, ce n'est pas une Ecole, mais une oeuvre - une grande oeuvre (B).

A - Il n'y a point d'Ecole : Ce que l'on désigne sous ce nom - la doctrine civiliste française de 1804 à 1890, en gros - est en réalité un ensemble hétérogène d'auteurs, plus hétérogène, me semble-t-il, que la doctrine contemporaine. A côté des purs universitaires, comme Delvincourt ou Duranton, on trouve, parmi les plus grands, des magistrats comme Troplong ou Pont, des avocats comme Marcadé ; beaucoup seront à la fois professeurs et avocats, comme Demolombe ; Aubry et Rau, en faisant équipe, marieront admirablement ces deux qualités, avant d'être tous les deux portés à la Cour de cassation.

On découvre aussi, en les lisant, une grande diversité de **tempéraments** très librement exprimés : Delvincourt est un doctrinaire sévère, Duranton un modeste, d'une grande simplicité et d'une grande sûreté ; Troplong est un éclectique imaginatif, idéaliste à la Victor Cousin ; Marcadé est un logicien vindicatif ; Demolombe, un généreux, qui plaide sans rigueur en multipliant les points d'exclamation et les interjections ; Aubry et Rau théorisent en formules d'une admirable généralité, ne citant leurs motifs qu'en note. Même diversité dans les **genres** pratiqués. Sans doute le genre qui caractérise la littérature de l'époque est le commentaire du Code civil. Mais c'est loin d'être un **genre exclusif**. Très tôt, les recueils d'arrêts, les dictionnaires, les répertoires et les revues fleurissent. On est surpris de leur richesse ; après la disparition de la fulgurante Thémis (1819-1826), la Revue Foelix, la Revue Wolowski, la Revue critique, la Revue pratique et la Revue générale de Droit offrent au lecteur, non seulement des commentaires de jurisprudence qui n'ont rien à envier à la moderne note d'arrêt, mais aussi des articles de fond extrêmement divers ; Droit civil français,

Législations étrangères, Histoire du Droit, Droit Romain, Droit public, philosophie. Loin d'être frileusement repliée sur son Code, la doctrine du temps est ouverte à tous vents ; concevrait-on de nos jours un Répertoire de jurisprudence commençant, comme le Répertoire Dalloz, par une citation de Vico et une étude de droit hindou ? La partie la plus curieuse de ces revues est constituée par des comptes-rendus : comptes-rendus des concours d'agrégation, avec des commentaires sur les leçons ; comptes-rendus des cours nouveaux à Paris, avec publication du plan détaillé du cours ; comptes-rendus des enseignements nouvellement donnés dans les Universités d'Allemagne, d'Ecosse ou de Belgique. Ces revues tiennent une sorte de courrier des lecteurs où l'on s'empoigne avec beaucoup de conviction sur la subrogation ou les reprises de la femme commune en biens. Beaucoup de commentateurs du Code tiennent ainsi rubrique ouverte : Marcadé, Troplong, Demolombe, Pont, Valette, Mourlon. Mon sentiment est que ces revues sont d'une qualité au moins égale à celle des grandes revues modernes de droit civil. D'ailleurs la vie du droit déborde largement le cercle des juristes : le Moniteur Universel (imaginez un hybride du Journal Officiel et du Monde) donne des résumés d'arrêts, fait l'éloge du Professeur du Caurroy, mort dans une allée du Luxembourg, annonce l'ouverture des concours à la Faculté de Droit de Paris ; le Globe, le Constitutionnel analysent rigoureusement les récents ouvrages de Droit civil.

La même vitalité, la même générosité, le même tempérament se retrouvent dans les Commentaires et Explications du Code civil - le genre majeur de ce temps. Ces intitulés neutres ne doivent pas laisser imaginer un genre académique et glacé. Il y a d'abord le style de l'époque, souvent plus oratoire, toujours plus rhétorique que le "bon style" plat du civiliste contemporain. Il y a aussi qu'au fond, chaque auteur du temps possède - à un degré plus ou moins élevé - le sentiment de son originalité. Rien de plus étranger à leur esprit que l'idée d'appartenir à une seule Ecole. D'ailleurs chacun prend soin, dans une préface, généralement assez copieuse, d'expliquer, sinon sa philosophie, au moins sa méthode. Au reste, il y a querelle de méthodes. La plus notoire est la querelle du **Traité**, où les matières s'exposent librement, et du **Commentaire**, où l'ordre d'exposition est commandé de plus près par le plan du Code. Ce n'est d'ailleurs pas le seul intérêt des préfaces que de justifier la méthode ; on y trouve aussi, assez souvent, le jugement de l'auteur sur les oeuvres de ses devanciers ; et, puisqu'il faut toujours justifier un nouveau commentaire ou un nouveau traité, l'occasion est bonne en général de dénoncer les lacunes, les erreurs de méthode ou de jugement du prédécesseur. Cela peut se faire sur un ton et dans des formes qui paraîtraient aujourd'hui fort peu académiques. Pour s'en faire une idée, on lira les appréciations que porte Laurent - alors que l'Exégèse jette ses derniers feux - sur les auteurs de son siècle, dans la Préface à son cours élémentaire de Droit civil (1881) : Troplong "manque de principes" : "si l'on devait donner le catalogue complet de ses erreurs, il faudrait des volumes" ; le "célèbre jurisconsulte" s'abîme dans un "déluge de phrases" qu'il prend pour des règles de droit ; Demolombe, "à la différence de Troplong, est un véritable jurisconsulte ; il voit régulièrement ce qu'il faudrait décider d'après les vrais principes, mais il recule devant le fait, devant la jurisprudence ... c'est l'abdication du droit, la ruine de la science, l'arbitraire du magistrat" ; Demante, qui est "heureusement peu connu en Belgique", "tranche de tout sans rien discuter" ; l'Aubry et Rau "n'est pas un livre à mettre entre les mains des élèves" qui ne le comprendraient pas ; Marcadé plaît à la jeunesse, mais on doit en déconseiller la consultation

aux élèves "parce que mettre entre leurs mains un livre qui flatte leurs défauts, c'est les nourrir de poison" ; c'est qu'il "dénigre le Code à toute occasion" ; Mourlon, que Demolombe appelait l' "honorable répétiteur" enseigne comme des principes "les suppositions, les erreurs et les paradoxes" de l'Ecole de Paris - nommément de M. Valette. On n'ose pas imaginer le sort qui serait fait aujourd'hui à l'auteur qui se livrerait à ce jeu de libre-massacre. S'il y a une Ecole, on nous accordera qu'elle est singulièrement divisée contre elle-même ; nous croirions plus volontiers qu'il y a, chez les auteurs du XIXème siècle, de trop fortes individualités pour former une Ecole.

B - Cela n'empêche pas les auteurs de ce siècle d'avoir élaboré, dans leur profonde diversité, **une oeuvre**. Appelons-la pour l'instant, et par commodité, "explication" ou **développement** du Code civil. Il n'est pas besoin de démontrer la **nécessité** pratique d'un tel travail ; Planiol a fort bien dit qu'un Code neuf est un outil mal commode. Soixante quinze ans d'explications ne sont pas de trop pour faire d'un Code de 2 000 articles l'outil quotidien du civiliste. Commencée dès 1805 avec le premier volume de "l'Analyse raisonnée de la discussion du Code civil" de Maleville, cette tâche considérable me paraît à peu près achevée à la fin du second Empire, dans la 4ème édition d'Aubry et Rau ; à la fin du XIXème siècle et au début du XXème siècle, le grand Traité de Baudry-Lacantinerie et le cours de Charles Beudant finissent de tirer les dividendes de ce travail de trois générations de civilistes. L'équité voudrait qu'avant de juger cette oeuvre, on la mesurât ; or l'autre surprise du civiliste d'aujourd'hui est de constater que la condamnation de l'Ecole a comme oblitéré la mesure de l'oeuvre. D'où part la doctrine civiliste du XIXème siècle et où aboutit-elle ? Ce sont les deux questions très simples - mais fondamentales - auxquelles on serait en peine de répondre si on se contentait de la lecture des critiques actuelles de l'Exégèse. A la première question, la réponse est simple : en 1804 la doctrine de Droit civil part de rien. Les Facultés de Droit ont été fermées en 1793 et la loi du 7 ventôse an III a supprimé les universités. La République n'a pas besoin de savants. Dans les chaires de législation des Ecoles centrales, l'enseignement a été fort vague. Dans les meilleurs cas, des rudiments d'un petit catéchisme jurisnaturaliste tiré de Wolff et des éléments de droit romain, traduits d'Heinneccius.

C'est d'ailleurs dans des établissements privés - Académie de Législation et Université de Jurisprudence - que se formera la première génération de civilistes du XIXème siècle. Quand les Ecoles de Droit seront créées, en 1804 et 1805, elles seront constituées d'hommes nouveaux, aux pedigrees inattendus : le premier directeur - et premier doyen - de l'Ecole de Paris est Portiez de l'Oise, un ancien journaliste ; le premier professeur de Code civil est un ancien professeur de mathématiques et physique. Les trois grandes figures de cette première période sont trois rescapés de l'Ancien Régime - Toullier, professeur à Rennes, qui atteignait la soixantaine au moment de la parution du Code ; Proudhon, ancien avocat, magistrat sous la Révolution, professeur à Dijon ; l'étonnant Merlin, ancien conseiller au Parlement de Flandre, continuateur du Répertoire du Guyot, qui deviendra le conventionnel régicide Merlin de Douai, préparera la loi des suspects pour Robespierre, qu'il contribuera à renverser le 9 Thermidor. Il sera directeur sous le Directoire, Procureur général à la Cour de cassation et comte d'Empire, sous l'Empire. La restauration interrompra la série de ses métamorphoses. Ces trois hommes annoncent trois types différents

de civilistes que l'on retrouvera tout au long du siècle : le souple Merlin, praticien du Droit Ancien et père fondateur du Droit nouveau, est l'homme de toutes les ressources argumentatives, pourvu qu'elles servent ses fins. Toullier est un honnête homme, très droit, de grand bon sens, volontiers philosophe et historien - et même un peu comparatiste ; Proudhon est implacablement logicien, systématique, déductif. Ces trois hommes pratiquent d'ailleurs des genres très différents : le Traité pour Toullier ; le commentaire pour Proudhon ; les questions et le répertoire pour Merlin.

La deuxième période (1830-1870 ou 1880) est celle des auteurs nés avec le Code, ou à peu près. C'est aussi celle où paraissent les premiers commentaires complets, avec Duranton entre 1825 et 1837 (22 volumes) ; Demolombe, Troplong, Marcadé, Aubry et Rau sont les phares doctrinaux de cette deuxième phase. **La doctrine du Code civil me paraît alors constituée,** comme un immense réservoir **d'opinions,** comme un trésor de solutions, d'ailleurs fort diverses, dont on aura une idée en feuilletant la Jurisprudence générale Dalloz. La jurisprudence, spécialement celle de la Cour de cassation, y puisera à pleines mains ses "grands arrêts" à venir. Les "arrêtistes" y prendront leurs méthodes et leurs arguments, notamment Labbé. Dans la fin du siècle - alors que montent les premières doctrines de l'Ecole dite "scientifique" ou "contemporaine" - le grand Traité de Baudry-Lacantinerie et de ses collaborateurs sera la somme d'un siècle de réflexion doctrinale sur le Code civil. **Planiol peut venir : du Code civil, un siècle d'efforts et de controverses a progressivement fait surgir le Droit civil.** Cette oeuvre immense a été à peu près oubliée par les fils de l'Exégèse, qui en ont tiré les fruits sans toujours le savoir ; mais nous - les petits-fils - gagnerions sans doute à la redécouvrir ; d'autant que cette redécouverte serait celle d'une doctrine provocante et féconde.

III

Il y a une **doctrine** exégétique. Bonnecase l'a recherchée - je crois que c'était une erreur - dans les **préfaces** des grands commentaires du XIXème siècle. Le style de l'époque y pousse généralement les auteurs à proclamer une foi légaliste qui sent encore, surtout au début du siècle, l'ode révolutionnaire à la loi. Les plus politiques y ont chanté le dithyrambe du Code civil, Code Napoléon ou Code des Français suivant les temps. Mais mon impression est que, après avoir ainsi fait révérence dans sa Préface au monument tout neuf, le commentateur en prend ensuite plus à son aise avec le Code. Au lieu de chercher la doctrine exégétique dans les Préfaces, cherchons la **dans le corps même des commentaires.** On y découvre, sous d'infinies variations individuelles, une **méthode** et une **philosophie.**

A - La méthode tient, pour l'essentiel, en deux grands procédés. Le premier consiste à aller **de la règle aux questions.** L'exégète, dès que la loi a parlé, lui pose des questions ; c'est un questionneur, qui va répétant : quid juris ? N'allez pas comprendre par là que l'exégète est un maître de soupçon. S'il interroge la loi, ce n'est point pour l'accuser, c'est pour la faire répondre ; l'exégèse est d'abord un dialogue de l'interprète et de la loi. Cet art dialectique, évidemment inégal selon les auteurs, est de poser les bonnes questions, de les bien poser, et d'y bien répondre. Mais il n'est pas un auteur qui

s'y dérobe ; un paragraphe sur deux commence par une phrase interrogative, d'allure rhétorique : on se demande si ..., savoir si ..., que décider lorsque ..., quel parti prendre quand ... Sur ce chemin de la loi aux questions, l'exégète s'aide de recettes également rhétoriques : le cas et la controverse. Entendez que la règle légale est d'abord traitée comme la solution d'un cas ; le premier travail de l'exégète est donc de découvrir quel cas est résolu dans le texte et quel cas n'y est pas résolu ; quels cas aussi pourront se résoudre a pari et quel cas a contrario ; ce qui est et ce qui n'est pas dans les prévisions de la loi. Ici, l'exégète développe un art du distinguo extrêmement subtil ; l'exégète est un faiseur de cas, un casuiste. C'est aussi un controversiste ; dans la controverse, l'interprète ne dialogue plus avec le législateur, mais avec des autorités : opinions d'autres docteurs ; opinions des juges, spécialement l'opinion des grands juges. Le choc d'autorités qu'est la controverse est un choc d'opinions - où toutes les opinions seront examinées et pesées ; on l'appelle souvent "querelle" jusqu'à la fin du siècle. La décision (la solution) est souvent assortie de son coefficient de certitude : "certaine", "douteuse", "très douteuse".

Le deuxième grand procédé est d'aller **de la règle au système** : la règle n'étant que la solution législative d'un cas d'une généralité variable, l'interprète a le devoir de l'établir à sa place dans un ordonnancement cohérent de décisions, qui forment un système de droit. L'exégète est un faiseur de systèmes. Dans cette recherche de systèmes, l'interprète a pour guide le principe - qui est à la fois dans la loi et au-dessus de la loi. Les exégètes sont des auteurs à principes ; certains - comme Aubry et Rau par exemple - poussent très loin cette espèce de constructionnisme juridique (qui n'est d'ailleurs pas propre à la doctrine française de l'époque). Mais il est important de noter que cette quête de systèmes se fait sans esprit de système : l'allure géométrique ou déductive n'est que la forme d'un discours qui reste au fond dialectique ; les principes ont toujours des exceptions ou des tempéraments ; les principes eux-mêmes sont toujours matière à opinion ; en vérité, le système est fait plus pour convaincre que pour décider.

L'éxégèse questionne et ordonne ; l'exégète ne s'agenouille pas devant la loi, ni devant le Code. Disons-le : la méthode exégétique est une méthode de libre recherche - trop libre quelquefois, lui reprocheront les "scientifiques".

B - C'est que la philosophie de l'exégèse est une philosophie de liberté. Je ne veux pas seulement dire que les civilistes du XIXème siècle adhèrent en général à des thèses libérales. Contemporains de Benjamin Constant, de Bastiat ou de Prévost-Paradol, ils savent - ils disent - que la propriété, le contrat ou le testament sont des libertés civiles. Mais l'essentiel n'est pas là. Il est, je crois, dans leur philosophie de la loi, que j'aimerais résumer en trois adages - qui sont pour nous autant d'enseignements.

Le premier adage est que **le Droit ne se trouve pas dans n'importe quelle loi.** On n'a pas assez considéré que la méthode exégétique s'est appliquée, historiquement, au Code civil, pas au Code de la Sécurité sociale, ni à celui de la Construction, ni au Code de la Route. Toutes les "lois" n'appellent pas l'exégèse ; mais le Code civil mérite l'exégèse. Pour un civiliste du dix-neuvième siècle, le Code de 1804 est évidemment l'aboutissement d'un très vieux rêve juridique d'unification, de classification, de rationalisation du Droit ; non une rupture, mais un achèvement. Mais il est plus que cela : le Code civil est aussi - et je dirais surtout - un **corps** et un **livre.** C'est un "corps de lois", c'est-à-dire déjà un ensemble cohérent

et ordonné de solutions : si le commentaire peut en suivre le plan, c'est parce que ce plan, même critiquable, est un plan systématique ; si l'exégète est fondé à en combiner les dispositions les plus éloignées ou à en combler les lacunes par voie d'interprétation, c'est parce que le Code civil est lui-même un système de droit civil. Le Code est enfin un **livre** (une somme de livres), qui doit se lire comme un livre ; mieux, c'est un livre "inspiré" : la constante, la féroce recherche de principes à laquelle se livrent les exégètes est avant tout une quête de l'Esprit du Code, de son souffle, de son inspiration. Il faut pour cela ouvrir la loi, comme on ouvre une noix, la décortiquer ; mais on ne fait cela que si, dans la loi, on peut découvrir du droit. On ne le fera donc pas pour n'importe quelle règle appelée "Loi". Il faut s'en souvenir, quand le législateur bégaie n'importe quoi sur tout.

Le deuxième adage est que **le Droit est avant la loi.** Ce qu'il y a de droit dans la loi ne procède pas d'un ordre du législateur, n'est pas le produit de sa pure puissance ou volonté. L'oeuvre propre de la loi - à laquelle collabore l'interprète - est de **déclarer le droit,** non de le créer ; celui qui fait la loi ne fait pas le droit ; il le dit ; la loi est descriptive plutôt que prescriptive. Cette déclaration du droit par la loi n'est pas la cuisine inavouable d'une mystérieuse alchimie, c'est une oeuvre rationnelle, une opération de raison que l'on peut juger en raison ; il y a pour cela l'intention du législateur et les travaux préparatoires. **Déclarativité** de la loi et **rationalité** de la loi me paraissent deux thèses essentielles de l'exégèse ; c'est pourquoi la justification de la règle par la raison de la loi est, pour l'exégète, un passage obligé de l'interprétation. On peut bien présumer, comme le dit Delvincourt, que le législateur est honnête homme et que, ne s'étant pas trompé lui-même, il n'a pas voulu non plus nous tromper. Mais cette hypothèse doit toujours être vérifiée. L'exégète vérifiera donc que la loi n'a pas falsifié le droit ; il a la liberté de dire, comme le dit Marcadé toutes les trois pages à peu près, que le législateur s'est trompé.

Le troisième adage est que **le Droit n'est pas tout entier dans la loi.** On a beaucoup daubé, dans l'Ecole scientifique, sur une boutade de Bugnet : "je ne connais pas le Droit civil, je n'enseigne que le Code civil" ; j'y trouve personnellement plus de profondeur que dans l'opinion de ceux qui croient trouver tout le droit dans les recueils d'arrêts. L'humilité de ce professeur de Code civil était de reconnaître, me semble-t-il, qu'il ne pouvait pas enseigner un Droit plus grand que son Code. C'est que la doctrine des sources est, au XIXème siècle, infiniment plus large qu'on ne le croit ; sur la coutume, les moeurs, la jurisprudence, les autorités doctrinales ou le droit naturel, on y peut lire de très surprenantes assertions.

Entre mille citations, voici Duranton : "**une loi injuste est plutôt une anomalie qu'une loi**" ; ou encore : "le droit d'un peuple ... comprend ... les coutumes, les usages qui se sont insensiblement introduits d'après l'assentiment tacite des **citoyens** (pas du législateur) ... Qu'importe en effet qu'ils aient manifesté leur volonté par l'intermédiaire de leurs suffrages ou par leurs actes" ; et enfin : "toutes les lois sont sujettes à tomber en désuétude". Voici Demolombe : "le droit, **science active et militante,** est toujours **en présence des faits** ... voilà bien pourquoi les jurisconsultes se forment et s'éclairent, non moins que dans les livres, par l'observation attentive des moeurs et des besoins de la société, de tous les **intérêts** et de toutes les **passions** qui s'y agitent" ; et du même : "la jurisprudence est la partie

animée, je dirais presque **dramatique** de la législation ...". Delvincourt : "les lois positives doivent être faites en considération des moeurs, du caractère, et même des **vices**" des nations. Autant laisser ces grandes voix conclure leur propre éloge.

ESSAI SUR LE CONCEPT DE MONARCHIE LIMITEE
(autour de la Charte de 1814)

par Stéphane RIALS (*)

Pour M. Michel Fleury,
Président de l'Ecole pratique des hautes études.

"Chaque régime repose sur un postulat".

F. Olivier-Martin, Histoire du droit français, Paris Montchrestien, 1951, p.334.

1 - Le concept de monarchie limitée n'est plus guère utilisé. Ce rejet ou cet oubli - il est trop tôt pour trancher - ont leurs lettres de noblesse, puisque le professeur Paul Bastid avait cru pouvoir s'affranchir d'une telle notion en intitulant son bel ouvrage, paru il y a près de trente ans, *Les institutions politiques de la monarchie parlementaire française (1814-1848)* (1). En dépit d'une telle autorité, il nous semble qu'il y a quelque abus à procéder ainsi, c'est-à-dire à placer sous une étiquette unique l'ensemble de la période et singulièrement sous une telle étiquette.

(*) Professeur agrégé des Facultés de Droit à l'Université de Caen. Chargé de conférences à l'Ecole pratique des hautes études (4e section).

(1) Paris, Sirey, 1954. Notons que le titre de Joseph BARTHELEMY, L'introduction du régime parlementaire en France sous Louis XVIII et Charles X, a une portée différente (Paris, Giard et Brière, 1904). En dehors de ces ouvrages, la bibliographie générale - et inégale - du sujet est (par ordre alphabétique) la suivante : BAGGE (Dominique), Les idées politiques en France sous la Restauration, thèse, Droit, Paris, P.U.F., 1952 ; BALDENSPERGER (Fernand), Le mouvement des idées dans l'émigration française (1789-1815), Paris, Plon, 2 vol., 1924 ; BARBE (Maurice), Etude historique des idées sur la souveraineté de 1815 à 1848, thèse, Droit, Paris, L.G.D.J., 1904 ; BARTHELEMY (Joseph), Les institutions politiques de l'Allemagne contemporaine, Paris, Alcan, 1915 ; du même, "Les théories royalistes dans la doctrine allemande contemporaine", Revue du droit public, 1905, p.717 et s. ; "La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires sous la Monarchie de Juillet", R.D.P., 1909, p.5 et s. ; BERRIAT SAINT-PRIX (Félix), Commentaire sur la Charte constitutionnelle, Paris, Vidocq, 1836 ; BERTIER DE SAUVIGNY (abbé Guillaume), La Restauration, Paris, Flammarion, 1955 ; BONNEFON (Joseph), Histoire du gouvernement parlementaire sous la Restauration, thèse, Science politique, Paris, Giard et Brière, 1905 ; CARRE DE MALBERG (René), Contribution à la théorie générale de l'Etat, Paris, Sirey, 2 vol., 1920 et 1922 ; CHARAU, Essai sur l'évolution du système représentatif, thèse, Droit, Dijon, Darantière, 1909 ; CLAUSEL DE COUSSERGUES, Considérations sur l'origine, la promulgation et l'exécution de la Charte, Paris, Pihan Delaforest, 15 juin 1830 ; DARESTE (M.C.), Histoire de la Restauration, Paris, Plon,

S'il est vrai que certaines techniques du régime parlementaire se sont tôt développées *en pratique*, puis que d'autres ont suivi, notamment sous la Monarchie de Juillet, cette évolution n'a été ni univoque, ni uniforme, ni constante. Nous l'avons montré par ailleurs : la pratique de la Restauration comme celle du régime de Juillet n'ont *jamais été* à proprement parler parlementaires(2). Et si elles ne l'ont pas été, c'est parce que, à partir du texte de 1814,

---

(suite note (1) p.263) : 2 vol., 1879-1880 ; DESLANDRES (Maurice), Histoire constitutionnelle de la France, Paris, rééd. de l'éd. de 1932, Duchemin, 3 vol., 1977 ; DUGUIT (Léon), Traité de droit constitutionnel, Paris, de Boccard, 3ème éd., 1928 (à compléter avec la 2ème éd.) ; DUVERGIER DE HAURANNE (Jean-Marie), Histoire du gouvernement parlementaire en France (1814-1848) (s'arrête en 1830), Paris, 1ère éd., Michel Lévy, 10 vol., 1857-1871) (2ème éd. des vol. 1 à 3 de 1867 à 1872) ; ESMEIN (Adhémar), Eléments de droit constitutionnel, Paris, Sirey, 6ème éd. par J.Barthélémy, 1914 ; FONTENEAU (M.), Du pouvoir constituant en France et de la réforme constitutionnelle dans les constitutions françaises depuis 1789, thèse, Caen, Valin, 1900 ; FRITOT (Albert), Esprit du droit et ses applications à la politique et à l'organisation de la monarchie constitutionnelle, Paris, Pochard, 1824 ; JELLINEK (Georg), L'Etat moderne et son droit, Paris, 2 vol., 1904 et 1913 ; LABAND (Paul), Le droit public de l'Empire allemand, Paris, Giard et Brière, 6 vol., 1900-1905 ; LANJUINAIS (Jean-Denis), Constitution de la nation française, avec un essai de traité historique et politique sur la Charte, Paris, 2 vol., 1819 ; MAHUL (Alphonse), Tableau de la constitution politique de la monarchie française selon la Charte, Paris, Désauges, 1830 ; MARX (Pierre), Evolution du régime représentatif vers le régime parlementaire de 1814 à 1816, thèse, Droit, Paris, Rousseau, 1929 ; MICHEL (Henry), L'idée de l'Etat, Essai critique sur l'histoire des théories sociales et politiques en France depuis la Révolution, thèse, Lettres, Paris, 3ème éd., 1898 ; MICHON (Louis), Le gouvernement parlementaire sous la Restauration, thèse, Droit, Paris, L.G.D.J., 1905 ; MONTLOSIER (François), De la monarchie française depuis le retour de la Maison de Bourbon jusqu'au 1er avril 1815, Paris, Nicolle, 2ème éd., 1817 ; NETTEMENT (Alfred), Histoire de la littérature française sous la Restauration, Paris, Lecoffre, 2 vol., 3ème éd., 1874 ; du même, Histoire de la Restauration, Paris, Lecoffre, 6 vol., 1860-1872 ; OECHSLIN (J.J.), Le mouvement ultra-royaliste sous la Restauration, Paris, L.G.D.J., 1960 ; PERNY (A.F.), Le pouvoir constituant sous la monarchie de Juillet, thèse, Droit, Paris, Boyer, 1901 ; PONTEIL (Félix), Les institutions de la France de 1814 à 1870, Paris, P.U.F., 1966 ; RENARD (Emile), Histoire de la Restauration, Paris, Crapelet et Lahure, 1842 ; REYNALD (H.), Histoire politique et littéraire de la Restauration, Paris, Hetzel, 3ème éd., 1868 ; ROUX (E.), Le pouvoir constituant sous la Restauration, thèse, Droit, Paris, Librairie indépendante, 1908 ; SIMON (Pierre), L'élaboration de la Charte constitutionnelle de 1814, thèse, Lettres, Paris, Cornély, 1906 ; THIRY (Jean), La première restauration, Paris, Berger-Levrault, 1943 ; THUREAU-DANGIN (Paul), Le parti libéral sous la Restauration, Paris, Plon, 1876 ; du même, Royalistes et républicains, Paris, Plon, 2ème éd., 1888 ; VAULABELLE (Achille de), Histoire des deux restaurations, Paris, Garnier, 7ème éd., s.d. ; VIEL-CASTEL (de), Histoire de la Restauration, Paris, 20 vol., 1860-1878. On trouvera des textes constitutionnels étrangers du XIXème siècle illustrant le modèle de la monarchie limitée, dans les deux recueils suivants : DARESTE DE LA CHAVANNE (Pierre et François-Rodolphe), Les constitutions modernes, recueil des constitutions actuellement en vigueur, Paris, 2 vol., 1ère éd., 1883, 2ème éd., 1891 ; LAFERRIERE (E.), Les constitutions d'Europe et d'Amérique (revues par Batbie), Paris, Cotillon, 1869.

(2) Voir Exercices pratiques de droit constitutionnel (en collab. avec M. et Mme WAJSMAN), Montchrestien, 3ème éd., 1981, p.238 et s. Dans cet essai, j'ai donné la définition suivante du régime parlementaire, p.244 : "Il y a régime parlementaire dès lors qu'il y a collaboration des pouvoirs sanctionnée par des moyens d'action réciproques variés, au premier rang desquels toujours la responsabilité solidaire du Cabinet et en principe le droit de dissolution du Parlement (ou au moins de sa chambre basse), par l'exécutif, et dès lors que soit le jeu des techniques institutionnelles et de légitimités distinctes (système dualiste), soit le jeu du système partisan (et/ou) de procédures très diverses de rationalisation de l'activité du Parlement (sur tous les plans : législatif, du contrôle, financier), permet à l'exécutif d'échapper à la subordination étroite qui caractérise le régime d'assemblée".

et à un moindre titre à partir de celui de 1830, il n'y avait nulle fatalité parlementariste. Comme on le verra plus loin, le "redressement" prussien de 1862, dans un cadre institutionnel très comparable, étaye cette dernière proposition.

De toutes façons, même si la pratique avait été différente, on ne saurait faire l'économie d'une *théorie pure de la Charte de 1814.* C'est pourtant ce à quoi se refusent obstinément les auteurs contemporains.

2 - Mais pourquoi - demandera-t-on - ce refus d'analyser le texte en lui-même, de reprendre au moins les cadres théoriques dégagés par Carré de Malberg après Laband et Jellinek, et même par Duguit ? Et pourquoi cette tendance à extrapoler à partir d'une réalité hésitante ? Pour les mêmes raisons *proprement politiques* que celles qui ont pu conduire, à l'époque même de la Charte, Chateaubriand ou Vitrolles d'une part, Royer-Collard ou Guizot d'autre part, à des interprétations aussi savantes que contradictoires.

Il faut ici rappeler brièvement le *chassé-croisé* bien connu des interprétations du texte sous la Restauration, faire l'histoire si l'on veut des *doctrines parlementaires intéressées.* Comme l'a justement écrit Nettement, il y eut sous la Restauration deux grandes écoles qui soutinrent la monarchie restaurée: l'école "catholique et monarchique" - elle-même subdivisée en une tendance théocratique et une tendance plus libérale à laquelle le nom de Chateaubriand demeure associé ; et l'école que Nettement baptise du "spiritualisme rationaliste et monarchique", celle des "doctrinaires" groupés autour de Royer-Collard et de Guizot (3).

Ces deux écoles ne furent presqu'à aucun moment en accord et - bien qu'en réalité les choses aient été plus complexes que cela - on peut dire que la première, dominante dans la "chambre introuvable" puis affaiblie, fut dans l'opposition pendant la majeure partie du règne de Louis XVIII, voire par moment ou pour partie sous celui de Charles X, cependant que la seconde, ferme soutien du premier monarque conjugua toujours plus ses efforts avec la véritable opposition libérale dans les années vingt. Le Trône ne put ainsi jamais compter sur le soutien simultané de l'ensemble de ses partisans.

Ces oppositions alternatives, ces hommes qui n'étaient ni les uns ni les autres d'authentiques libéraux, pas davantage que des parlementaristes convaincus, ces hommes qui étaient de sincères partisans de la légitimité (4), n'hésitèrent pas à utiliser l'arme d'un libéralisme parfois virulent et à affirmer la prérogative parlementaire face à la prérogative royale au gré de la seule conjoncture politique.

Le dialogue des libelles des premières années de la Restauration met bien en évidence ce point. Vitrolles, ultra et ami de Monsieur, ébauche une lecture parlementaire de la Charte (5). Guizot lui répond en insistant : "C'est le Roi qui veut, qui agit, et qui seul a le droit de vouloir et le pouvoir d'agir. Les ministres sont chargés d'éclairer sa volonté ... Sans sa volonté, ils ne sont rien, ne peuvent rien ..." (6). Chateaubriand prend alors sa plume

---

(3) Histoire de la littérature ..., op. cit., t. 1er.

(4) Royer-Collard, qui contribua tant à la chute de Charles X, regrettera amèrement cet événement : il voulait concilier légitimité et "bourgeoisisme", comme certains l'avaient déjà tenté en 1789, avec une sincérité qu'il n'y a pas lieu de suspecter.

(5) Du ministère dans le gouvernement représentatif.

(6) Du gouvernement représentatif en France en 1816.

étincelante pour répondre à Guizot. Et c'est la *Monarchie selon la charte* qui a davantage fait pour l'acclimatation, non pas on le verra plus loin des *techniques*, mais de l' *esprit* parlementaire, qu'aucun autre ouvrage (7). Avec cette formule fameuse qui ne portait le Roi aux nues que pour mieux le marginaliser : "Le Roi dans la monarchie représentative est une divinité que rien ne peut atteindre : inviolable et sacrée, elle est encore infaillible ; car s'il y a erreur, cette erreur est du ministre, et non du Roi. Ainsi, on peut tout examiner sans blesser la majesté royale, car tout découle d'un ministère responsable" (8). A son tour Villemain intervient pour faire prévaloir contre le noble vulgarisateur le point de vue doctrinaire du moment (9).

Ce point de vue, c'est pourtant chez Royer-Collard qu'on le trouve le mieux exprimé, au fil de ses discours (les méchantes langues assurent qu'il n'a jamais couché sa doctrine constitutionnelle dans un livre pour éviter que n'éclatent ses contradictions ...). Il faut s'attarder sur les formulations retenues par celui-ci - et assénées du ton docte qu'il affectionnait - car elles proposent une interprétation de la Charte qui, pour l'essentiel, nous apparaîtra juste par la suite. Il parle du "monarque législateur" (10). Il affirme : "Chez nous, le gouvernement tout entier est dans la main du Roi : le Roi gouverne indépendamment des chambres ; leur concours, toujours utile, n'est cependant indispensable que si le Roi reconnaît la nécessité d'une loi nouvelle, et pour le budget" (11). En dépit de certains flottements doctrinaux et de contradictions ponctuelles (12), et bien que son constitutionnalisme lui masque la vraie nature du pouvoir royal, il pose justement que "la représentation n'existe nulle part dans notre gouvernement" (13).

Mais, à partir de 1820, les doctrinaires changent. Royer-Collard modifie son langage, imperceptiblement de discours en discours. Il insiste de plus en plus sur la "véritable légitimité", la "nature propre et inaltérable" de

(7) Même si Chateaubriand inventait peu. Tout était déjà dans l'essai de Constant, paru en 1814, et dans Vitrolles. Ajoutons que - assez contradictoirement quand on lit le chapitre 4 de la première partie - Chateaubriand s'arrêtait à mi-chemin en notant au chapitre 6 que "la prérogative royale doit être plus forte en France qu'en Angleterre" (voir De la monarchie selon la Charte, in Mélanges historiques et politiques de Chateaubriand, Paris, Garnier, 1914, p.193). Sur Chateaubriand, deux études stimulantes : BEAU DE LOMENIE (Emmanuel), La carrière politique de Chateaubriand de 1814 à 1830, Paris, Plon, 2 vol., 1929 ; ANDRE-VINCENT (R.P. Ph.), Les idées politiques de Chateaubriand, Paris, 1936.

(8) Op. cit., p.192.

(9) Le Roi, la charte et la monarchie.

(10) Les discours de Royer-Collard sont reproduits par Prosper de BARANTE, La vie politique de M. Royer-Collard, ses discours, ses écrits, Paris, Didier, 2ème éd., 1863, 2 vol. ; ici, voir t. 1er, p.169. Voir aussi cette fameuse formule de 1816 : "Aujourd'hui, comme autrefois, la volonté royale est le premier anneau de cette chaîne immense qui suspend tout au trône ...". Sur Royer-Collard, on lira, en dehors de l'ouvrage précité de M. Bagge : E. FAGUET, Politiques et moralistes du XIXème siècle, 1ère série, Paris, Soc. franç. d'imprimerie et de librairie, 10ème éd., s. d., p. 257 et s. ; et G. REMOND, Les idées politiques de Royer-Collard, thèse, Droit, Paris, Sirey, 1933.

(11) Ibid., p.216.

(12) Voir p.222, lorsqu'il parle de "monarchie mixte dans laquelle plusieurs pouvoirs concourent avec le pouvoir royal" ; voir aussi t. 2, p.216.

(13) Ibid., p.228 ; Royer-Collard ne se lasse pas de développer le point de vue selon lequel l'élection de la chambre est un fait et non un droit.

la chambre (14) ; tout en admettant que la souveraineté - concept qu'en libéral logique il abhorre au demeurant - ne réside que dans l'ensemble des pouvoirs, il parle désormais du "gouvernement représentatif" (15) et soutient qu'il y a dans les chambres "de véritables fonctions de souveraineté" (16). La contribution à la formation de la loi n'est plus l'unique prérogative des chambres. Elles participent aussi "à la direction des affaires publiques" (17). Le Roi est bientôt défini d'une façon que ne renierait pas Constant : c'est un "pouvoir régulateur qui marche avant les autres" (18). Elevé à la présidence de la chambre en 1828, Royer-Collard insiste sur le caractère évolutif des institutions : "A mesure ... que le progrès naturel des institutions représentatives élève la chambre des députés à la place qui lui appartient dans notre gouvernement, les fonctions de son président deviennent plus importantes et plus difficiles" (19). C'est lui qui va rédiger la fameuse adresse des 221, sans s'être d'ailleurs strictement prononcé en faveur d'une option parlementariste (20).

Pendant ce temps-là, les ultras n'avaient guère clarifié leurs positions. En 1816, la plupart, y compris Clausel de Coussergues et La Bourdonnaye, avaient emboîté le pas à Vitrolles et Chateaubriand. La majorité de la "chambre introuvable" avait, le 27 mars 1816, pris le risque de signer une déclaration rédigée par Vitrolles, dans laquelle on pouvait lire ces phrases de défi qui sont en parfaite contradiction avec la nature de la Charte telle que nous la préciserons et telle qu'en bonne logique les ultras auraient dû la défendre : "Nous adoptons entièrement les principes de la Charte constitutionnelle, la *division des pouvoirs* qu'elle a établie ; nous en maintiendrons l'esprit, et nous entrerons dans les conséquences de ce système,comme le *remplacement le plus raisonnable des anciennes institutions, libertés et franchises*" (21). Pour reprendre une expression chinoise, c'était délibérément "chevaucher le tigre", c'est-à-dire chercher un remède dans l'aggravation du mal... (22). Ces contradictions dramatiques des plus ardents des royalistes - qui prendront un tour plus aigü encore chez certains légitimistes après 1830 - se retrouvent clairement dans la revue *Le Conservateur* qu'ils lancèrent contre Decazes en 1818-1820 autour de Chateaubriand et où les plus grands noms se retrouvaient, notamment ceux de Bonald et de La Mennais - celui de l' *Essai sur l'indifférence* qui paraissait alors (23). Et il faudrait en dire autant

(14) Ibid., t. 2, p.18 ; et plus tard sur son caractère de "pouvoir indépendant" (t. 2, p.315).

(15) ibid., p.19.

(16) Ibid., p.83.

(17) Ibid., p.19 et 216.

(18) ibid., p.216.

(19) ibid., p.384.

(20) La volte-face de Guizot avait été plus brutale ; voir, dès 1821, sa brochure : Des moyens de gouvernement et d'opposition dans l'état actuel de la France.

(21) Vitrolles, Mémoires, éd. Forgues, Paris, Gallimard, 8ème éd., 2 vol., 1952, t. 2, p.303 (c'est nous qui soulignons).

(22) Voir le commentaire des positions ultras de 1816 par Salaberry au Conservateur, dans toute une série d'articles parus de 1818 à 1820, sous le titre générique "Développement des principes royalistes au 20 janvier 1816".

(23) Comparer l'article assez orthodoxe de D'Herbouville, dans le t. 5, 58ème livraison, p.253 s., sous le titre "Les ministres sont-ils le Gouvernement ?" (p.253 et 254 : "Dans toute monarchie, soit absolue, soit tempérée, il n'existe qu'un seul pouvoir dont les autres sont les dérivés : ce pouvoir est le pouvoir gouvernant, ou pouvoir royal"), avec l'article de l'inénarrable Vcte de Suleau, t. 6, 69ème livraison, p.172 et s., "De la Charte selon les royalistes et selon les révolutionnaires" (p.172 : "La lettre, comme l'esprit de la Charte, sont du côté de cette opinion, qui reconnaît en conséquence trois pouvoirs distincts dans notre constitution, la royauté, l'aristocratie et la démocratie" ; il n'hésitait pas à ajouter : "cette opinion est celle de tous les royalistes de France" ...).

du *Drapeau blanc*, plus dur et polémique encore. Même lorsque le pouvoir leur sera sympathique, l'un des leurs, Villèle, assurant longuement la présidence du Conseil, les ultras demeureront incapables d'une action cohérente, unitaire et réaliste. Chateaubriand, progressivement marginalisé il est vrai, ne saura jamais renoncer à son individualisme indomptable et à son action corrosive.

Thureau-Dangin - orléaniste il est vrai - a eu des phrases très fortes sur cette attitude des ultras : "Qui n'est froissé ... de voir alterner, écrivait-il, et même mêler, suivant les besoins de l'opposition, des thèses ultra-libérales et ultra-réactionnaires" ?(24). Et il ajoutait avec bon sens : "Une politique qui eût abouti au renversement de la Charte se fût comprise ; mais une politique la menaçant sans l'atteindre, c'était une folie" (25). Les uns, pris au jeu, étaient sincères. Les autres, croyant en tirer les ficelles, s'y emmêlèrent. Le résultat fut en tout cas que les royalistes les plus durs furent les plus efficaces agents du développement d'un certain état d'esprit favorable au parlementarisme sous la Restauration (26).

---

(24) Royalistes et républicains, op. cit. p.187 (dans le suggestif essai "L'extrême-droite et les royalistes sous la Restauration" qui occupe les p.161 à 383 du livre).

(25) Ibid., p.189.

(26) Dans cette affaire, on l'avouera, les attitudes les moins contestables furent celles des monarchistes conséquents ou des libéraux convaincus. Une fraction du courant ultra, qu'elle se soit rattachée ou non à la réflexion théocratique de Maistre ou de Bonald, convaincue de ce que les Rois ne constituent pas davantage les sociétés qu'elles ne se constituent elles-mêmes, contesta toujours la Charte quitte à accepter d'en jouer le peu par respect du principe monarchique. Citons cette invocation à Louis XVIII du Général Bernard de la Frégeolière, l'un des chefs des insurrections du Maine et de l'Anjou pendant les Cent jours : "Sire, vos institutions consolident l'impiété, ouvrent à l'athéisme les portes du royaume très-chrétien, favorisent le parjure et vous conduisent à un bouleversement général ... Quel appui pour soutenir un trône légitime qu'une Charte libérale qu'on ne peut faire tourner au profit de la royauté ! ... Souvenez-vous que toujours sous un gouvernement constitutionnel la religion et le trône succombent" (cité par M. Denis, Les royalistes de la Mayenne et le monde moderne, Paris, Klincksieck, 1977, p.126). Sur la pensée constitutionnelle de Bonald, dont la participation au Conservateur apparaît ici parfois curieuse - encore qu'il n'y ait commis aucun article constitutionnel - voir par exemple Démonstration philosophique du principe constitutif de la société, Paris, Le Clere, 2ème éd., 1840. Sur la pensée de Maistre concernant les constitutions écrites - qui s'épanouit en vérité au travers de toute son oeuvre - voir une série de lettres dans le tome 13 des Oeuvres complètes (à Blacas, à Vallaise) ; et surtout l'Etude sur la souveraineté (inédite jusqu'aux oeuvres complètes), les Considérations sur la France, éd. Darcel, Genève, Slatkine, 1980, p.119 ets., et l'Essai sur le principe générateur des constitutions politiques et des autres institutions humaines, Paris, 3ème éd., Potey, 1821. En dépit de ses sentiments profonds, Maistre croyait cependant nécessaire de jouer le jeu de la Charte ; voir ainsi la lettre à Blacas du 27 janvier 1816 : "Quant aux Français qui tendent la main aux Anglais et vont gueuser une constitution chez eux, comme on demande une soupe lorsqu'il n'y a point de pain à la maison, ce sont de pauvres gens. Je n'en combattrais pas moins jusqu'à la mort pour la Charte, si j'avais l'honneur de siéger dans l'une ou dans l'autre de vos deux chambres, ... parce qu'il n'y a dans ce moment d'autre loi, d'autre salut, d'autre constitution que de marcher avec le Roi, dût-il même se tromper en quelque chose".

Les libéraux convaincus sont tout aussi peu critiquables. Lorsque Constant par exemple distingue le pouvoir royal - pouvoir "neutre" - de l'exécutif, il n'affirme pas absolument que là est le sens de la Charte - tout au plus pose-t-il parfois que c'en est une interprétation possible ; son propos est simplement d'esquisser les conditions d'un fonctionnement à son sens harmonieux du régime ; il ne déforme pas délibérément : il lutte pour une évolution. Sur Constant,

3 - Ce long préambule permet de mieux comprendre quelles peuvent être les motivations des auteurs actuels qui distordent la Charte en décelant le pacte derrière l'octroi, en discernant la séparation des pouvoirs derrière l'unité affirmée du pouvoir d'Etat, qui présentent au moins la lecture parlementaire de la Charte comme une lecture logique et comme une lecture effectivement pratiquée. Si l'on met à part ceux qui n'agissent ainsi que par mimétisme irréfléchi ou par incompréhension sincère - ces derniers plaquent par absence de culture historique des mécanismes anachroniques sur des formules dont la portée réelle leur échappe - il faut bien voir que pour d'autres l'obstacle épistémologique est d'une tout autre nature. Il suffit de lire le grand ouvrage du professeur Bastid pour voir qu'il est animé par le refus délibéré de tolérer un système interprétatif jugé réactionnaire après la Révolution (27). Une fois la "Nation" entrée dans l'histoire constitutionnelle, il est impossible (sacrilège ?) qu'elle en sorte : dès lors, la lecture "parlementaire" permet de lui assigner, en attendant mieux, une place convenable. Admettre la Charte telle qu'elle fut pensée, même si ce pensé ne fut pas toujours cohérent, même si le brouillage des lectures contradictoires est parfois malaisé à surmonter, est impossible à certains.

Ainsi, faire la théorie de la *"monarchie limitée"*, cette forme politique dominante de la vieille Europe au XIXème siècle, nous est apparu à la fois utile et peu innocent : utile car le jeu de modèles dont on dispose aujourd'hui rend impossible la bonne intelligence de très nombreux systèmes du siècle dernier ; peu innocent car il est trop évident que l'histoire, constitutionnelle ou non, est un enjeu majeur. Restituer les hommes et les pensées à eux-mêmes, malgré ou à cause de leur étrangeté (au sens où Valéry posait que les nations sont étranges les unes aux autres ...), c'est sans doute, et nous espérons le démontrer, s'ouvrir bien facilement les voies d'un certain renouvellement de matières réputées rebattues. Mais c'est surtout contribuer à modifier un peu les relations trop souvent "pipées" que nous entretenons avec notre histoire nationale.

(suite (26)) voir Bastid, Benjamin Constant et sa doctrine, Paris, Armand Colin, 2 vol., 1966, et notamment, sur le "pouvoir neutre", t. 2, p.917 et s. Comme l'écrit Constant, "le vice de presque toutes les constitutions a été de ne pas avoir créé un pouvoir neutre, mais d'avoir placé la somme totale d'autorité dont il doit être investi dans l'un des pouvoirs actifs". Voir aussi la contestation plus radicale d'un Lanjuinais posant en toute clarté la non validité de l'octroi, l'inexistence d'une constitution d'ancien régime et donc l'impossibilité de sa survie, la souveraineté, sinon du peuple, du moins de la nation, op. cit., p.32 et s. ; p.191 et s. et passim.

(27) Voir particulièrement le passage intitulé "Théorie des Chartes", op. cit., p.140 et s.

Première Partie : Théorie de la Charte de 1814 : 1 - Le Préambule et le pouvoir "constituant" (28)

1) L'état d'esprit du "constituant" :

4 - Tous les ouvrages généraux consacrent un développement à la rédaction de la Charte et au climat qui l'a environnée (29). Mais cela ne veut pas dire que les *sources* soient nombreuses. Elles se résument à ceci : les membres de la commission chargée d'examiner le projet ont laissé filtrer des informations fragmentaires dont certains contemporains prétendent avoir bénéficié ; surtout, deux membres particulièrement importants de la commission, le Comte Ferrand (30) et - avec beaucoup plus de détails - le Comte Beugnot (31), ont laissé des mémoires (32).

Dans la mesure où ces sources ramassées sont pour l'essentiel concordantes, on est bien renseigné sur les étapes de la rédaction de la Charte, sur la portée du choix de telle ou telle formulation et sur les points qui ont suscité le plus de discussion.

5 - Un point doit toutefois être éclairci. Quelle fut l'exacte participation du Roi à ce travail dont il est bien sûr réputé - par une fiction juridique habituelle - être l'auteur ? Chez Beugnot, elle apparaît plus que discrète. Un sommet dans l'indifférence semble même atteint lorsque ce dernier, après avoir précipitamment rédigé le préambule, dont on verra pourtant l'importance, est reçu par le Roi qui, n'ayant pas le temps de le lire, lui dit simplement : "Nous avons confiance en vous et je sais que vous êtes passé maître en ce point ..." (33). Ferrand nous informe par contre de ce que le Roi suivait dans l'ensemble avec beaucoup de régularité les travaux de la commission sur un projet dont au surplus l'économie aurait au moins eu son assentiment à l'origine (34).

Quelle qu'ait pu être l'influence véritable des uns ou des autres sur la forme ultime des passages décisifs du texte, il convient de préciser,

---

(28) "Constituant" est - et sera tout au long de ces développements - entre guillemets, car l'un des objets de cette étude - ainsi qu'on s'en apercevra - est de démontrer le caractère simplement législatif de la Charte.

(29) Citons à titre d'exemple : CLAUSEL DE COUSSERGUES, op. cit., p.56 et s. ; DUVERGIER DE HAURANNE, t. 2, p.140 et s. (avec une bonne synthèse sur l'effervescence des libellistes de notre temps) ; FONTENEAU, op. cit., p.103 et s. ; MARX, op. cit., p.26 et s. ; NETTEMENT, op. cit., t. 1er, p.392 et s., etc.. On se reportera cependant particulièrement à la thèse de M. SIMON qui présente in fine un utile tableau des divers stades de l'élaboration.

(30) FERRAND (Antoine, Comte), Mémoires, publiés pour la Société d'Histoire contemporaine par le Vicomte de Broc, Paris, Picard, 1897.

(31) BEUGNOT (Comte), Mémoires, Paris, Dentu, 2 vol., 2ème éd., 1868.

(32) Très décevants sont par contre les renseignements laissés par le Vicomte Lainé, membre de la commission lui aussi ; voir E. de PERCEVAL, Un adversaire de Napoléon, le Vicomte Lainé et la vie parlementaire au temps de la Restauration, Paris, Champion, 2 vol., 1926, p.274 et s. ; et du même, Dans les archives du Vicomte Lainé, Paris, Champion, 1929. On trouve par contre d'utiles réflexions dans les Mémoires de Vitrolles, op. cit., t. 2, p.54 et s. (ce dernier avait sans doute été écarté de la commission par l'abbé de Montesquiou, voir p.57). Notons que Clausel de Coussergues était par contre membre de la commission.

(33) Mémoires, op. cit., t. 2, p.262.

(34) Voir aussi SIMON, op. cit., p.70 et s.

dans la mesure du possible, les sentiments politiques des protagonistes.

A tout seigneur tout honneur, l'on commencera par Louis XVIII. On a écrit, le concernant, beaucoup d'approximations. Pourtant, certains auteurs l'ont assez justement caractérisé. Joseph-Barthélémy par exemple a bien montré que ses aspirations ne l'inclinaient nullement vers le régime parlementaire - ou plus précisément, ainsi que nous y reviendrons, vers le système anglais tel qu'il avait pu le connaître (35) - s'il était capable de se plier à une certaine évolution en ce sens "par raisonnement, par résignation, par loyauté, par tempérament" (36). On pourrait ajouter : du fait d'une santé précaire. Peut-être même faudrait-il aller plus loin, accepter la résignation mais écarter la loyauté et le tempérament ici conçus de façon sans doute anachronique : par loyauté historique au moins et religieuse peut-être, Louis XVIII ne pouvait s'accommoder sincèrement d'un substantiel déclin du pouvoir royal ; par tempérament, cet homme épris d'apparat et soucieux de majesté ne pouvait sans doute pas concevoir une évolution susceptible de le marginaliser.

Peut-être a-t-on trop eu tendance - mais ce n'est là qu'une hypothèse - à rapporter à l'influence anglaise ce qui, dans son comportement royal, devrait être imputé à un *habitus* d'Ancien régime. Le Comte de Provence avait passé trente ans lors de la Révolution : il avait en mémoire des modèles d'exercice d'un pouvoir absolu au sens d'ultime et certes pas de tâtillon (37).

Il faut relire la déclaration de Vérone de juillet 1795 qui prônait, au lendemain de la mort de Louis XVII, le retour à l' "antique constitution du royaume" (38). Il faut relire sa correspondance avec et ses instructions à Saint-Priest. En 1798 : "Quoique le Roi sache bien que ses droits soient indépendants du voeu de ses sujets, et que par conséquent la liberté qu'ils auraient serait nulle pour tout bon français, rien ne serait plus touchant pour lui, plus propre à guérir les profondes blessures de son coeur, qu'un élan de ses enfants vers lui" (39). En 1799 : "J'ai dit que je voulais rétablir l'ancienne constitution dégagée des abus qui s'y étaient introduits ... Si je suis un jour roi de fait, comme je le suis de droit, je veux l'être par la grâce de Dieu" (40).

Une récente contribution a d'ailleurs montré que même en exil le Roi et son frère, faisant fi de toute démagogie, se refusaient à souscrire

---

(35) Nous montrerons plus loin que le régime parlementaire britannique n'avait pas encore atteint sa pleine maturité au début du XIXème (v. infra).

(36) Op. cit., p.84.

(37) Le caractère secret de Louis XVIII ne doit pas en tout cas tromper. Vitrolles s'égare lorsqu'il affirme qu'il "n'avait aucun parti pris" en matière constitutionnelle (op. cit., t. 2, p.54).

(38) Voir DAUDET (Ernest), Histoire de l'émigration pendant la Révolution française, Paris, Poussielgue, 3 vol., 1904-1907, t. 1er, p.287 et s.

(39) "Observations du Roi sur les questions de l'agence", in Lettres et instructions de Louis XVIII au Comte de Saint-Priest, Paris, Amyot, 1845, p.60.

(40) "Observations du Roi sur le précédent mémoire de M. de Saint-Priest", ibid., p.81 et 82 ; voir aussi Lettre à Saint-Priest, p.96 : "Je ne prétends pas renoncer à être Louis, par la grâce de Dieu". Vitrolles ajoute cependant au jugement cité plus haut : "Il fut bien évident que si, aux époques antécédentes, il avait quelques idées arrêtées sur l'établissement de son gouvernement, il les avait sacrifiées pour se plier aux sentiments publics". Voire : habileté n'est pas renoncement. Et d'ailleurs Vitrolles explique fort bien plus loin que la Charte ne remettait pas, telle quelle, en cause les dogmes fondamentaux de la constitution de l'ancienne France (voir p.55 et 56).

aux thèses des parlementaires d'Ancien régime émigrés (41).

Les principaux membres de la commission - qui n'était pas, cela va de soi, une commission de rédaction de la constitution mais une simple commission technique du Conseil du Roi - étaient son président, Dambray, et ses trois "commissaires" (nous dirions rapporteurs), l'abbé de Montesquiou et les comtes Ferrand et Beugnot.

Mis à part ce très raide magistrat d'Ancien régime qu'était le Chancelier Dambray, ces hommes ne partageaient pas, à des titres divers, des sentiments aussi fermes. L'on s'étonne pourtant de lire à propos des trois autres sous la plume de Nettement qu'ils "étaient demeurés, avec des différences de nuances, dans les idées de l'Assemblée constituante" (42). Ailleurs l'on relèvera des jugements tout à fait contraires (43).

De fait, Montesquiou était parfaitement réactionnaire : tout au plus un certain goût de la facilité pouvait-il le conduire à des concessions. Le Comte Ferrand était un fidèle royaliste, certes d'abord séduit par Montesquieu, mais dont la succession des écrits avait clairement montré le glissement dans un sens manifestement très conservateur (44). Le Comte Beugnot enfin, à la lecture du Préambule dont il fut le rédacteur, ne saurait, du moins en 1814, être suspecté d'une excessive faiblesse à l'encontre des idées libérales.

6 - Peu convaincus de la nécessité de rompre avec les conceptions monarchiques traditionnelles, les auteurs de la Charte ont-ils pu être conduits à une *transaction* - ce mot revient souvent chez les commentateurs actuels - du fait des circonstances politiques ou intellectuelles ? La réponse ne saurait être positive.

Les circonstances politiques sont bien connues. Les monarchistes devaient s'imposer à la fois aux privilégiés du régime déchu et aux princes alliés.

Les premiers, alliant l'odieux au ridicule, avaient voulu imposer à Louis XVIII la "constitution sénatoriale" du 6 avril 1814 qui ménageait leurs intérêts. Le Roi, en refusant celle-ci - en rejetant, c'est important,le *pacte* proposé - par sa déclaration de Saint-Ouen du 1er mai qui confirmait la position prise d'emblée en son nom par Monsieur qui l'avait précédé sur le sol national, devait à ces "girouettes" des compensations. Compensations matérielles bien sûr : dans l'ensemble les privilégiés de l'Empire n'eurent pas trop à souffrir de la Restauration. Compensations politiques aussi, tant il est vrai que les intérêts savent s'abriter derrière de beaux sentiments : la

(41) POISOT (Jean-Luc), "Aspects juridiques et constitutionnels de la contre-révolution : la poursuite en émigration de la querelle opposant les Parlements à la royauté française", Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands, 1980, 37ème fascicule, p.265 et s. (nous remercions notre ami le professeur J.-L. Mestre qui a bien voulu, parmi d'autres pertinentes remarques sur notre conférence aixoise, nous faire connaître cette étude).

(42) Histoire de la Restauration, op. cit., p.393 ; voir de bons portraits des acteurs mentionnés ici chez le Chancelier Pasquier, Histoire de mon temps, Mémoires, Paris, Plon, 6 vol., 1893-1895, t. 2, p.414 et s.

(43) Voir ainsi BONNEFON, op. cit., p.78 et s.

(44) Voir GODECHOT (Jacques), La contre-révolution (1789-1804), Paris, P.U.F., 1961, p.39 et s.

Charte reprend certains mécanismes de la constitution sénatoriale (45) qui sont décidément dans l'air.

Les sentiments des princes alliés étaient plus délicats à tourner. L'on sait bien aujourd'hui - malgré le mythe polémique des "fourgons de l'étranger" - que les alliés ne favorisèrent guère la restauration de la Maison de France (46). Comme l'a écrit avec justesse Nettement, "il suffit de jeter les yeux sur l'histoire pour se convaincre que les cabinets étrangers n'avaient jamais montré une grande bienveillance aux princes émigrés, et que rien, dans leur conduite antérieure, n'annonçait qu'ils eussent une disposition naturelle à désirer le rétablissement de la Maison de Bourbon sur le trône de France" (47). Nettement analyse clairement les raisons de cette désaffection confinant parfois à l'hostilité : à côté du souvenir de l'influence de la France Capétienne, il ne faut pas négliger le fait que "la Maison de France était, à l'égard des autres maisons royales de l'Europe, dans une position de supériorité marquée, qui excitait bien des jalousies et humiliait bien des vanités". C'était, ajoute Nettement, "l' aristocratie du sceptre environnée de démocraties couronnées" (48). A ces motifs profonds s'en ajoutait sans doute un autre, plus immédiat : la crainte d'un soubresaut de la France révolutionnaire. Quoi qu'il en soit, si les Anglais s'affirmaient favorables à une restauration conservatrice, l'autocrate de Petersbourg se découvrait libéral à Paris et les autres princes semblaient partagés. Tous voulaient en tout cas un texte.

Cette pression étrangère explique dans une certaine mesure la précipitation mise à la rédaction de la Charte, dans la seconde quinzaine de mai 1814. Mais elle ne saurait en vérité rendre compte du contenu de cet instrument.

7 - Reste l'environnement intellectuel qui ne doit certes pas être négligé. Il était en vérité complexe.

Vitrolles s'exprime en ces termes : "Ceux qui, en haine de l'oppression de Bonaparte, désiraient une constitution, et ceux qui en avaient pris l'idée dans l'acte du Sénat et la réponse du lieutenant général du Royaume (N.B. : il s'agit de Monsieur, frère du Roi), en trouvaient une toute faite : la constitution de l'Angleterre ... Elle fut si universellement adoptée que personne n'en concevait une autre ... On dirait qu'à certains moments il y a des idées qui se répandent comme des épidémies" (49). Sans doute l'anglomanie était-elle une dimension des sensibilités du temps. Barante affirme pourtant qu'une fois connue la Charte ne fut nullement considérée comme "semblable

---

(45) Louis XVIII reconnaissait, dans la Déclaration de Saint-Ouen, à propos de la constitution sénatoriale, "que les bases en étaient bonnes, mais qu'un grand nombre d'articles portant l'empreinte de la précipitation avec laquelle ils ont été rédigés, ils ne peuvent, dans leur forme actuelle, devenir lois fondamentales de l'Etat".

(46) Au sein d'une riche bibliographie, voir notamment les ouvrages de M. BERTIER DE SAUVIGNY, La Restauration, op. cit., et surtout, Un type d'ultra-royaliste : le Comte Ferdinand de Bertier et l'énigme de la Congrégation, thèse, Lettres, Paris, 1948.

(47) NETTEMENT (Alfred), Exposition royaliste (1789-1842), Paris, La Mode, 1842, p.138.

(48) Ibid., p.144.

(49) VITROLLES, op. cit., t. 2, p.53 et 54 ; il ajoute, p.55 : "Il ne fut donc plus question que de nous traîner sur les vestiges de la constitution anglaise". P. BASTID, op. cit., p.36, remarque : "Le régime britannique se recommandait à la fois aux libéraux parce qu'il était libéral et aux royalistes parce qu'il était monarchique et fondé sur la tradition seule".

à la constitution anglaise" ni comme instituant "un gouvernement parlementaire" (50).

Au demeurant, dans le bouillonnement de l'époque, bouillonnement des élites bien sûr (et donc malgré tout restreint à une certaine couche de la société), il est possible de discerner un courant non négligeable en faveur d'un royalisme aussi pur, aussi enraciné dans l'esprit de l'ancienne France que possible. Sans même parler de Maistre ou de Bonald, un peu marginaux dans leur éminence, ce courant est mentionné par Vitrolles, qui alors l'illustre lui-même (51), reflétant sans doute les sentiments de Monsieur (52) ; il est marqué par de nombreux libelles au rang desquels celui de Ducancel - pourtant assez faible - est retenu pour avoir remporté un très vif succès (53).

Surtout, une dernière question ne saurait être éludée : lorsqu'on s'entichait d'institutions anglaises, les connaissait-on bien, savait-on ce que l'on voulait imiter avec rigueur et, à bien y réfléchir, l'aurait-on su, le système de la pratique anglaise de l'époque correspondait-il à un régime parlementaire stabilisé ? Le professeur Bastid remarque que "la forme définitive du gouvernement parlementaire n'était apparue que peu de temps avant la Révolution française" et que "même en 1814, le mécanisme n'en était pas chez nous intégralement compris". Et il ajoute : "Ce qu'en 1814 on voyait surtout dans les institutions britanniques, c'était la monarchie tempérée par l'existence de deux chambres" (54). Cette proposition est tout à fait juste : la mécanique de la responsabilité ministérielle - qui apparaît bien comme la pièce centrale du système parlementaire - n'était pas clairement conçue. Ni par Vitrolles, selon lequel les ministres doivent être "prêts à s'offrir en sacrifice si les actes de leur administration sont susceptibles d'être attaqués par l'opinion

---

(50) BARANTE, La vie politique de M. Royer-Collard ... op. cit., t. 1er, p.140 ; était-ce de la part de ce dernier déformation par fidélité à la pensée de Royer-Collard, qui aspirait à des institutions proprement nationales ? Rien ne permet de l'affirmer. Il ajoute d'ailleurs, p.141 : "Les deux chambres créées par la Charte étaient ... consultatives. Elles devaient donner librement leurs votes, mais les actes de gouvernement émanaient essentiellement du pouvoir royal ... Ainsi, dans la pensée des auteurs de la Charte, les chambres ne devaient pas être une garantie beaucoup plus efficace que les remontrances et l'enregistrement du Parlement ..." (c'est nous qui soulignons).

(51) Op. cit., t. 2, p. 50 et 51 : Vitrolles parle du courant qui souhaitait : "rechercher dans les institutions de l'ancienne France ce qu'il y avait de plus substantiel, et d'y puiser les garanties de liberté sous lesquelles la nation avait prospéré", "recueillir ce qui restait encore debout au milieu des ruines" et "conserver les fondements et préserver de toute atteinte les principes de l'autorité souveraine".

(52) Vitrolles note cependant, op. cit., p.55 : "Le Roi et les princes étaient peu touchés de ce que je pouvais dire pour évoquer les principes de l'ancien droit public de la France, au moment de fonder l'ordre nouveau. J'avais l'air d'un rêveur ou d'un idéologue, comme aurait dit Bonaparte". Comme pour beaucoup d'assertions de Vitrolles, il faut sans doute nuancer et faire la part de la prudence princière.

(53) DUCANCEL (C.P.), De la constitution non écrite du royaume de France ... (suivi) d'un projet de Chartre (sic), Paris, Hacquart et De Bray, 1814 (un point d'orthographe : si l'orthographe uniforme est aujourd'hui charte, l'on trouvait aussi autrefois l'orthographe chartre, qui subsiste d'ailleurs dans le mot chartrier). Dans son ouvrage, Ducancel énumérait les lois fondamentales du royaume et affirmait la permanence de leur validité.

(54) Op. cit., p.37.

soutenue de la force des lois" (55). Ni par Chateaubriand ; celui-ci parle bien du "ministère responsable" (56), mais les équilibres qu'il propose ne sont capables de fonctionner selon lui qu'à une condition : "Le ministère doit disposer de la majorité ... Sans cela point de gouvernement" (57). Cette perspective - au demeurant très moderne au milieu de pas mal de naïvetés - l'éloigne de la recherche de la rigueur technique en matière de responsabilité. Dans le chapitre 39 de la première partie, cette incapacité est mise en lumière par les formules employées : "Si l'on dit que les ministres peuvent toujours demeurer en place, malgré la majorité, parce que cette majorité ne peut pas physiquement les prendre par le manteau et les mettre dehors, cela est vrai. Mais si c'est garder sa place que de recevoir tous les jours des humiliations, que de s'entendre dire les choses les plus désagréables, que de n'être jamais sûr qu'une loi passera, tout ce que je sais alors, c'est que le ministre reste et que le gouvernement s'en va" (58).

Il ne suffit pourtant pas de dire que le régime parlementaire était mal compris. Il faut s'interroger sur le degré d'achèvement du modèle parlementaire anglais. Or il apparaît à cet égard que le régime parlementaire anglais n'est pas né tout entier de la mise en jeu de la responsabilité du Cabinet Lord North en 1782. Il n'y avait là qu'une réussite techniquement irréprochable mais isolée. Et ce n'est qu'à la fin du premier tiers du XIXème siècle que la maturité fut atteinte - autant dire sous la Monarchie de Juillet (59).

Ainsi, si l'idée générale du parlementarisme était bien connue lors de la première restauration, il ne pouvait en aller de même de ses implications ultimes et de ses techniques. Le caractère équivoque de la notion pouvait lui valoir des adhésions variées : il rendait difficile en tout cas une imitation véritable et consciente.

Bref, l'intention des "constituants" telle que nous allons maintenant essayer de la préciser n'a pu être de jeter des relais en direction du parlementarisme pour deux raisons majeures : on ne savait pas précisément en 1814 ce qu'était le système parlementaire, tout au plus en appréhendait-on partiellement l'esprit ; le Roi et ses commissaires n'étaient pas le moins du monde favorables à l'amorce d'un glissement d'une telle nature.

Demeure que, dans le cadre de l'agitation du temps, certaines ambiguités peuvent apparaître ; la portée de certains mots échappe encore à ceux qui les prononcent ; la contradiction ne cesse d'affleurer dans les propos et dans les textes (60). Pas suffisamment toutefois pour interdire la perception de l'intention véritable du "constituant".

---

(55) Du ministère dans le gouvernement représentatif, op. cit.

(56) Op. cit., p.192.

(57) Op. cit., p.203.

(58) Op. cit., p.222.

(59) En ce sens, voir CASTELS, "Le premier ministre britannique (1782-1832)" Revue historique de droit français et étranger, 1981, p.199 et s.

(60) Songeons que dans la Déclaration de Saint-Ouen - qui cependant n'était sans doute pas de sa main (REYNALD, op. cit., p.42) - Louis XVIII n'hésite pas à dire qu'il est "résolu d'adopter une constitution libérale" et que "le gouvernement représentatif sera maintenu" (in CLAUSEL de COUSSERGUES, op. cit., p.45). Voir aussi le confusionnisme de la critique "de droite" de la Charte livrée par MONTLOSIER, op. cit., passim.

2) L'intention du "constituant" :

a) La discussion du corps de la Charte :

8 - Il est paradoxalement préférable, pour discerner cette intention, de commencer par examiner les discussions qui ont eu pour objet le corps même de la Charte, puisque le préambule, synthèse de l'esprit de celle-ci et dévoilement de son sens profond, n'a été rédigé qu'après.

Beugnot et, à un moindre titre, Ferrand, sont bien sûr ici les guides les plus utiles. Sans prendre la peine de suivre le détail des débats, il faut examiner les choix fondamentaux qui furent discutés par la commission à partir du projet qui lui était soumis et dont tout nous dit qu'il avait l'assentiment du Roi. Ces choix décisifs étaient celui de l' ***incomplétude*** de la Charte, de l'exercice par le Roi de la puissance législative et du titre de l'instrument.

9 - Ainsi qu'insistent les mémorialistes, Boissy d'Anglas s'étonna lors de la première réunion de la commission de l' *incomplétude de la Charte*. Comme le rapporte Beugnot, il releva une "omission grave dans le projet d'acte constitutionnel : on n'y déclare pas quel est le gouvernement de la France et rien ne s'y rencontre sur la succession au trône". Montesquiou, qui - rappelons-le - a alors l'oreille du Roi, lui répondit qu'il lui savait gré "de l'avoir mis à portée de s'expliquer nettement, et dès le début, sur la nature et la forme de l'acte dont on allait s'occuper". Et il poursuivit en ces termes : "Il faut bien se pénétrer de l'esprit dans lequel le Roi est rentré dans ses Etats et a donné la Déclaration de Saint-Ouen ; il y rentre en vertu du principe fondamental qui établit une monarchie héréditaire de mâle en mâle, par ordre de primogéniture. C'est par la ***puissance royale*** inhérente à sa personne qu'il a parlé dans la Déclaration de Saint-Ouen et qu'il s'expliquera plus explicitement par l'acte qui va être discuté. Il serait inconséquent de remettre en discussion le pouvoir même à qui appartient le gouvernement et qui a réuni l'assemblée présente ; ensuite, il y aurait du danger car, quelle que fût la forme de déclaration qui sortirait de la discussion, elle diminuerait plutôt qu'elle ne fortifierait un principe qui a sa racine dans les siècles ... Il doit donc être bien entendu que c'est un ***projet d'acte royal*** qui va être discuté" (61).

D'emblée est ainsi maintenu ce que Barbé a appelé la "théorie de la souveraineté royale" (62) qui se traduit par la technique de l' ***octroi*** : celle-ci n'est pas une vaine ***forme*** comme a tenté de le démontrer le professeur Bastid, selon lequel, ainsi qu'on l'a vu, la "nation" ne pouvant être complètement gommée du processus "constituant", il ne saurait y avoir que ***pacte*** (63). A preuve : le contenu de l'acte s'en trouve modifié par l'acceptation délibérée de son incomplétude au regard de l'organisation générale de l'Etat. Ceci, on va y revenir à propos du préambule, est tout à fait décisif, pour peu qu'abandonnant tout *a priori*, on accepte un moment, avec loyauté - et comment l' *école libérale de l'exégèse* pourrait-elle s'y refuser ? - de se glisser dans le système de références des techniciens qui ont rédigé la Charte.

10 - Le deuxième abcès de fixation des discussions fut la question de l'exercice par le Roi de la puissance législative. Ici, Beugnot lui-même qui pourtant,

---

(61) Op. cit., t. 2, p.172 et 173.

(62) Op. cit., p.44 et s.

(63) Op. cit., p.140 et s.

nous l'avons dit, tend à sous-estimer le rôle - certes discret - du Roi dans le peaufinage du texte, mentionne l'intervention de Louis XVIII qui ne veut en rien renoncer à l'initiative législative, "fleuron de sa couronne" (64) et qui ne consent qu'à ce qui deviendra l'article 19 du texte définitif : "Les chambres ont la faculté de supplier le Roi de proposer une loi sur quelque objet que ce soit, et d'indiquer ce qu'il leur paraît convenable que la loi contienne" (65). La *sanction*, dont on verra plus loin le sens et la portée, est maintenue. Bref, en toute clarté, l'unité du pouvoir d'Etat est affirmée, dans la continuité de l'Ancien régime, même si les modalités de son exercice se trouvent infléchies (66).

11 - La discussion sur le choix d'un titre enfin fut révélatrice. Ecoutons encore une fois, bien que la citation soit un peu longue, l'irremplaçable Beugnot : "Une difficulté s'était élevée quelques jours auparavant, en présence du Roi, sur le nom que l'on donnerait à l'acte dont s'occupait la commission et sur la forme dans laquelle il serait publié. M. le Chancelier était d'avis de l'appeler *Ordonnance de réformation*, et de l'envoyer à l'enregistrement des cours et des corps administratifs. M. Ferrand voulait qu'on l'appelât *Acte constitutionnel*, et sans décliner l'enregistrement par les cours et les corps administratifs, il optait pour qu'il fût aussi envoyé à l'acceptation des assemblées de canton. Je combattis l'une et l'autre opinion. Je soutins d'abord qu'on ne pouvait appeler l'acte dont il s'agissait, ni du nom d' *Ordonnance de réformation*, ni de celui d' *Acte constitutionnel* ; il avait été expliqué très positivement et bien entendu dans la Commission que cet acte descendait de l'autorité royale, préexistante dans toute son intégrité et qu'il ne contenait que les concessions que cette autorité avait jugé convenable de faire *proprio motu* et dans sa pleine et entière liberté. On ne peut donc pas l'appeler *Acte constitutionnel*, parce qu'en général, et surtout en France, d'après les opinions qui y ont prévalu depuis vingt-cinq ans, le mot constitution suppose le concours, pour établir un nouvel ordre des choses, entre le Roi et les représentants, soit du peuple ... , soit du peuple et des grands, comme une nation voisine en a fourni des exemples ; et il est bien évident que rien de tel ne se rencontre ici. On ne peut pas employer davantage ce titre d' *Ordonnance de réformation*, car cette expression n'est appliquée dans notre ancienne jurisprudence qu'aux lois qui avaient en effet pour sujet la réforme de quelques abus qui s'étaient glissés dans l'Etat, et non pas l'introduction d'une institution nouvelle. Si on voulait absolument se servir d'un vieux mot, celui d' *Edit* serait préférable, et encore ne saurait-on détacher l'idée d'un Edit, de celle des Parlements, pour le registrer ou y faire des remontrances. Puisqu'il s'agit d'une concession faite librement par un Roi à ses sujets, le nom anciennement usité, celui consacré par l'histoire de plusieurs peuples et par la nôtre, est celui de Charte" (67). Beugnot, très logique et solide jusqu'ici, dérape par la suite

(64) Op. cit., t. 2, p.201.

(65) Voir SIMON, op. cit., p.88 et s. ; le ton "historique", marquant nettement la filiation avec l'Ancien régime, du propos de Montesquiou en cette occasion - tel que rapporté par Beugnot, op. cit., t. 2, p.195 - est significatif : "A quelque époque de l'histoire que l'on veuille remonter, et depuis les capitulaires jusqu'à 1789, on trouve la Couronne en possession de proposer la loi, et puisque l'excellence de la législation française a été vantée ..., il ne faut pas abandonner les formes qui ont contribué à sa perfection".

(66) Voir infra, deuxième partie, "L'unité du pouvoir d'Etat".

(67) Op. cit., t. 2, p.250 et s. ; notons que Vitrolles, op. cit., t. 2, p.55, prônait aussi l'expression "ordonnance de réformation".

un peu en concluant que le Roi devra "prêter le serment de l'exécuter, en attendant que dans la cérémonie de son sacre il en jure le maintien *à l'égal ou même en avant de nos autres lois fondamentales*" (68). Cette dernière formule est purement verbale et contradictoire avec ce qui précède : car enfin, comment placer les lois fondamentales qui autorisent et fondent l'édiction de la Charte en dessous de cette dernière dans la pyramide normative ? (nous reviendrons bientôt sur cette dernière question, on le voit stratégique).

b) La rédaction du préambule :

12 - On l'a dit, la rédaction du préambule fut confiée à Beugnot. Ou plutôt celui-ci fut conduit à réécrire - en quelques heures nocturnes, car le temps pressait - un premier projet de Fontanes qu'il jugeait peu adapté (69). Ce préambule - qui, cela a été noté, ne semble pas avoir été relu par le Roi, du moins dans sa version définitive et si l'on suit Beugnot (70) - reflétait pourtant et le sentiment royal et celui des autres commissaires (71).

Or, mieux que tout autre document, il permet de découvrir l'intention du "constituant" en même temps qu'il identifie - dans le cadre du système de pensée qui est le sien - l'unique personne de ce dernier : le Roi.

Le préambule affirme sans ambages la thèse de la *souveraineté royale*. Il pose que "l'autorité tout entière (réside) en France dans la personne du Roi" et que le Roi est "l'autorité suprême" qui "peut seule donner aux institutions qu'elle établit, la force, la permanence et la majesté dont elle est elle-même revêtue". Les fondements de cette souveraineté ne sont pas masqués : si le Droit divin n'est pas explicitement revendiqué - et de fait l'on ne pouvait se dissimuler la distorsion qui s'était développée entre le droit divin selon la pure orthodoxie catholique et le droit divin selon les légistes absolutistes - il est affirmé que c'est la "divine providence" qui a rappelé Louis XVIII en France, et l'ensemble du texte invoque le droit historique de la Maison de Bourbon.

C'est donc à un octroi, pleinement unilatéral, que s'est résolu le Roi. Fontanes avait imprudemment risqué la formule de "pacte social" : Beugnot l'a soigneusement gommée (72). Plusieurs expressions rappellent au contraire la pleine liberté royale. Tout au plus le monarque prend-il en considération

---

(68) Op. cit., t. 2, p.253 (c'est nous qui soulignons).

(69) Comme l'écrit Beugnot, op. cit., p.257 : "M. de Fontanes avait eu peu d'occasions de lire des préambules de lois, et ce n'était pas là généralement que les orateurs allaient chercher des modèles. Le morceau qu'il m'avait fourni contenait sur le sujet de hautes pensées revêtues de formes éloquentes : mais ces pensées étaient trop générales, ces formes avaient trop d'éclat. C'était une belle page, mais ce n'était pas un préambule" ; on lira avec intérêt le texte du projet de Fontanes dans l'ouvrage précité de P. Simon, p.127 et s.

(70) Voir supra.

(71) Voir ainsi FERRAND, op. cit., p.81 : "Deux choses essentielles devaient être clairement énoncées dans le préambule : l'une, que c'était une suite des anciens usages monarchiques, qui, tantôt sous un nom, tantôt sous un autre, étaient toujours destinés à tempérer et à éclairer l'autorité royale ; l'autre que ce dernier changement dans nos institutions était un pur don du Roi, une concession librement octroyée par lui. Ces deux points nous avaient paru, dans notre comité, d'une nécessité absolue pour que le Roi n'eût point l'air d'obtempérer à la Révolution ou de transiger avec elle".

(72) Comp. les deux textes in SIMON, op. cit., p.135.

"l'état actuel du royaume", le "voeu de (ses) sujets", "l'attente de l'Europe éclairée", vantant ces époques pendant lesquelles "la sagesse des rois s'accorde *librement* avec le voeu des peuples" (73).

Et cet octroi fondé sur une puissance souveraine *antérieure* à la Charte n'abolit pas le passé - le pourrait-il sans nier sa validité en tant qu'octroi ? - bien au contraire : la Charte se trouve à la fois banalisée et insérée dans le cadre d'un système plus vaste qui est celui d'un Ancien régime ininterrompu par une fiction juridique nécessaire dont l'histoire n'est au demeurant pas sans exemples (souvenons-nous seulement de la situation de 1944) (74).

La banalisation tient une large place. Louis XVIII rappelle que "ses prédécesseurs n'avaient point hésité à en (i.e. l'autorité) modifier *l'exercice*,suivant la différence des temps" (c'est à dessein, on comprendra plus loin pourquoi, que nous soulignons le mot exercice) - et de citer les réformes de Louis le Gros, Saint-Louis, Philippe le Bel, Louis XI, Henri II, Charles IX ou Louis XIV ; cette énumération a quelque chose de proprement mythologique, mais elle est très révélatrice. Le Roi cherche à trouver l'ébauche des institutions de la Charte dans "les monuments vénérables des siècles passés", établissant là encore des correspondances dont certaines peuvent faire sourire mais dont la portée est profonde. Bref, il "(renoue) la chaîne des temps" et, soucieux de "conserver ... les droits et les prérogatives de (sa) couronne", il situe délibérément et logiquement la Charte octroyée au coeur d'une problématique qui est celle de l'Ancien régime (75).

13 - La datation du règne fut la manifestation la plus immédiatement évidente de ce parti. Là encore, suivons Beugnot : "De quelle époque datera-t-on le commencement du règne ? On avait éludé la difficulté dans la Déclaration de Saint-Ouen ... ; mais il n'y avait plus moyen de reculer : il fallait donner à la Charte une date royale, et laquelle ? Dès qu'on avait reconnu l'ancienne royauté, il fallait bien admettre l'un de ses principes fondamentaux, c'est-à-dire la descendance de mâle en mâle, sans interruption possible. *Le mort saisit le vif. Le Roi mort, vive le Roi !* ... C'était en effet un principe puissant et conservateur que d'admettre qu'aussi longtemps qu'il restait un prince dans la ligne de successibilité, il y avait un Roi en France ou pour la France ... Hors de là, on retombait dans le principe de la souveraineté du peuple ; il n'y avait pas de milieu. Si Louis XVIII date ses actes du jour où il a été appelé au trône, il sanctionne ce rappel et reconnaît à une autorité le droit de le rappeler. Or, quelle est cette autorité, si ce n'est celle du peuple" (76).

Ainsi, "les droits, les statuts et les usages anciens, au sujet desquels il n'était pas innové dans la nouvelle constitution (étaient) maintenus de

---

(73) C'est toute cette théorie de l'octroi que nie absolument M.BASTID, op. cit., p.140 et s.

(74) BEUGNOT écrit, en termes profonds, op. cit., t. 2, p.254 et 255 : "Le Roi a régné dès que son droit au trône a été ouvert ; maintenant, qu'il soit censé avoir été toujours présent et ratifie ce qui s'est fait pendant son absence, il imprimera par cette fiction même une sanction toute monarchique aux actes émanés d'autorités différentes. Le passé rentre ainsi dans l'ordre, et la législation retrouve son ancienne origine et son uniformité".

(75) Même Royer-Collard disait : "... l'antiquité ne lui manque pas ; les premiers linéaments de la Charte furent tracés par Louis le Gros quand il affranchit les communes ; ils furent ineffaçables dès que Philippe le Bel eut appelé nos pères aux assemblées nationales" (cité par BARANTE, op. cit., t. 2, p.16).

(76) BEUGNOT, op. cit., t. 2, p.253 et s. ; voir aussi FERRAND, op. cit., p.81.

plein droit par cela même qu'ils n'y étaient pas relatés" (77).

Le Chancelier Dambray, parlant après Louis XVIII lors de la séance solennelle de présentation de la Charte, le 4 juin 1814, devait confirmer l'ensemble de cette inspiration - n'hésitant d'ailleurs pas à reprendre le concept auquel il tenait d' *ordonnance de réformation* - avec une raideur qui pour lui être propre n'en inquiéta pas moins un parterre d'anciens notables de l'Empire (78).

Bref, la Charte ne fut pas conçue comme une constitution globale formant à elle seule la loi suprême de l'Etat, mais - *au mieux*, car nous allons voir dans un instant qu'elle ne saurait être considérée comme *formellement* constitutionnelle - comme une forme d' *acte additionnel aux lois fondamentales* de l'ancienne France, mécanisme fort peu absurde puisque Napoléon allait l'adopter quelques mois plus tard (79).

3) Pouvoir "constituant" et situation de la Charte dans l'ordonnancement juridique :

14 - L'octroi renvoie à la puissance permanente du Roi et donc à la constitution de l'ancienne France. Le débat concernant cette dernière fut bien évidemment vif à l'époque de la Restauration. Au sein de la critique libérale, on retiendra la particulière violence de Lanjuinais qui parle de "la prétendue constitution de treize ou quatorze siècles" comme du "chaos des siècles d'ignorance et de fanatisme, d'usurpations cléricales, féodales, nobiliaires, ministérielles et judiciaires", ajoutant même : "En 1789, qu'y avait-il de vraiment constitué ? Le trône même ne l'était pas, puisque la prérogative royale n'était point définie" (80). Bref, pour Lanjuinais, la puissance "constituante" royale n'a guère pu être qu'un *fait* en 1814, la Nation seule étant dotée du droit de se constituer.

Cette position extrême est polémique. Comment nier qu'il y ait eu à la veille de la Révolution une constitution de l'ancienne France ? (81).

---

(77) VITROLLES, op. cit., p.55.

(78) Voir la reproduction du discours de Dambray notamment dans LENORMAND, Observations sur la Charte constitutionnelle de France, Paris, Chaignieau, 1814, p.6 et 7, et LANJUINAIS, op. cit., t. 1 er ; NETTEMENT, Histoire de la Restauration, op. cit., t. 1er, p.439 et s. Notons que ce discours fut critiqué ; comme le note BEUGNOT, op. cit., t. 2, p.267 : "On crut remarquer qu'il s'écartait ... de l'esprit dans lequel avait été conçu le discours du Roi", dans un sens autoritaire ; en fait, il n'en était rien au fond : le Roi ne pouvait qu'avoir connaissance du discours de Dambray s'il jugeait préférable de laisser à son fidèle serviteur le soin d'exprimer avec force les points les plus difficiles à accepter pour des esprits déformés par la Révolution.

(79) LANJUINAIS, op. cit., t. 1er, p.191, observe, en contestant cette façon de voir, que pour certains, "la Charte n'est qu'un acte additionnel aux précédentes constitutions du royaume .." ; il rapporte au même endroit que selon d'autres il fallait recourir à l'art. 68 pour trouver un fondement juridique à cette construction : "Le code civil et les lois actuellement existantes qui ne sont pas contraires à la présente Charte, restent en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé" ; comme on croit l'avoir montré, une démonstration aussi spécieuse - et contradictoire au demeurant - n'est pas utile.

(80) Op. cit., t. 1er, p.32.

(81) Sur cette constitution, voir notamment DOUCET (R.), Les institutions de la France au XVIe siècle, Paris, Picard, 1948, t. 1er, p.65 et s. ; BASSE (Bernard), La constitution de l'ancienne France, thèse, Droit, Liancourt, Presses Saint-Louis, 1973 ; LEMAIRE (André), Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'Ancien régime, thèse,

Ce qui est vrai, c'est que cette constitution essentiellement coutumière, comme tout instrument de cette nature, pouvait faire l'objet de débats quant à l'étendue de son domaine d'une part et à l'éventualité et aux modalités d'un pouvoir "constituant" non coutumier d'autre part.

Sans entrer dans le détail, force est d'admettre qu'il y avait discussion quant à l'étendue du *corpus*. Pourtant, un certain nombre de principes constitutionnels étaient considérés comme intangibles par tous les juristes, qu'il s'agisse par exemple des modalités de dévolution de la Couronne, de la règle de catholicité inhérente aux serments traditionnels du sacre (serments qui vont pourtant être modifiés pour le sacre de Charles X) ou de l'inaliénabilité du domaine. Nul légiste sérieux ne remettait par ailleurs en cause, dans le cadre ainsi tracé - et avec le sens que le concept de souveraineté possédait avant 1789 - la souveraineté royale, sous réserve des pratiques du "gouvernement à grand conseil". Ces principes n'étaient pas à la discrétion du monarque, on l'a vu au cours du seul XVIIIème siècle au moins à deux reprises : dans l'affaire de l'habilitation à la Couronne de ses bâtards légitimés par Louis XIV ; et dans celle de la renonciation à la Couronne imposée par les Anglais au traité d'Utrecht de 1713 aux Bourbons d'Espagne (82).

Pour employer des termes anachroniques, il est possible de dire que les lois fondamentales étaient la *constitution formelle* (bien que non-écrite) du royaume. Mais bien sûr, elles ne suffisaient pas à déterminer l'agencement des institutions. Si bien qu'en dessous dans la pyramide normative la *constitution matérielle* pouvait se trouver fixée par d'autres normes de moindre valeur. Ce point, malgré sa modernité, était clairement perçu de longue date. Ainsi le Président de Harlay écrivait-il en 1586 à l'intention d'Henri III : "Nous avons deux sortes de lois, les unes sont les lois et ordonnances des rois, les autres sont les ordonnances du royaume, qui sont immuables et inviolables, par lesquelles vous êtes monté au trône royal" (83).

La plus grande part de la législation qu'on serait aujourd'hui tenté d'appeler constitutionnelle était donc édictée par *ordonnances royales*, bien évidemment révocables par les rois et qui en tout cas, selon l'expression de Bodin, n'avaient "aucune force que pendant leur vie" (84). Il est possible d'illustrer cette proposition d'un exemple significatif, celui de la "révolution royale" réalisée par les réformes du Chancelier de Maupeou. Lorsque ce dernier procéda en 1771 à la dispersion du Parlement de Paris, les parlementaires invoquèrent les lois fondamentales, au rang desquelles ils admettaient avec excès les garanties les concernant. Maupeou fit cependant enregistrer des édits de réforme par le Conseil privé qu'il avait installé dans les fonctions

---

(suite note (81) : Droit, Paris, Fontemoing, 1907 ; MOUSNIER (Roland), Les institutions de la France sous la monarchie absolue, Paris, P.U.F., 1974, p.502 et s. ; TIMBAL (P.C.), Histoire des institutions et des faits sociaux, Paris, Dalloz, 3ème éd., 1966, p.285 et s. ; en sens contraire, voir MARION (Marcel), Dictionnaire des institutions de la France aux XVIIe et XVIIIe siècles, Paris, Picard, 1923, p.341.

(82) Le constituant de 1791 lui-même affirmait bien la réalité de ces lois coutumières en posant dans le titre III, chap. 2, section 1ère, art. 1er : "La Royauté est indivisible, et déléguée héréditairement à la race régnante, de mâle en mâle, par ordre de primogéniture, à l'exclusion perpétuelle des femmes et de leur descendance - (Rien n'est préjugé sur l'effet des renonciations, dans la race actuellement régnante)" (C'est nous qui soulignons).

(83) Cité par DOUCET, op. cit., t. 1er, p.66.

(84) De la République, I, 8.

de Parlement par intérim. Inversement en 1774, Louis XVI, pour son malheur, remit les structures anciennes en l'état par d'autres édits.

En bref, il faut considérer qu'à la fin de l'Ancien régime la constitution matérielle du royaume comprenait :

- un petit nombre de lois fondamentales intangibles (sauf extinction de la race régnante auquel cas les Etats généraux auraient pu être appelés à choisir une nouvelle dynastie) ;

- un grand nombre de lois constitutionnelles (au sens matériel) de rang inférieur, émanant de la seule autorité du Roi, sauf à respecter les modalités d' *enregistrement* en vigueur.

La conclusion de ce qui précède est simple : au regard de tout ce qui a été dit sur la Charte - octroi, datation du régime, incomplétude, question soulevée de l'enregistrement de la Charte et finalement résolue par la simple présentation du 4 juin (85) - celle-ci ne saurait être considérée, dans le cadre du maintien de l'économie générale du système d'Ancien régime, comme une *constitution* de même nature que les lois fondamentales. Elle ne peut leur être que subordonnée.

15 - C'est à ce point du raisonnement que la fin du préambule présente certaines difficultés. Louis XVIII est réputé s'y exprimer en ces termes : "Sûrs de nos intentions, forts de notre conscience, nous nous engageons, devant l'Assemblée qui nous écoute, à être fidèles à cette Charte constitutionnelle, nous réservant d'en jurer le maintien ; avec une nouvelle solennité, devant les autels de celui qui pèse dans la même balance les rois et les nations. - A ces causes - Nous avons volontairement, et par libre exercice de notre autorité royale, accordé et accordons, fait concession et octroi à nos sujets, tant pour nous que pour nos successeurs, et à toujours, de la Charte constitutionnelle qui suit" (86).

Quelle portée accorder à cette formule qui jure avec le relativisme de l'affirmation antérieure du même préambule selon laquelle "une Charte constitutionnelle peut être de longue durée" ? Une portée nécessairement restreinte. L'engagement moral est indubitable. L'engagement juridique est plus fragile dès lors qu'on accepte le maintien du cadre d'ensemble de l'Ancien régime. C'est un principe du droit public, on le sait, et inhérent à la notion d'Etat, qu'on ne peut renoncer aux compétences dont on est titulaire pour soi-même - et donc *a fortiori* pour ses successeurs. Sous l'Ancien régime, ce principe devait logiquement être envisagé différemment : d'une part, puisque le Roi avait, dans le cadre des lois fondamentales, pleine

(85) Comme l'observe très justement P. BASTID, op. cit., p.143 : "La séance avait été de pur apparat, tenue devant un public disparate où il n'y avait pas que les Chambres et dont beaucoup de membres étaient aussi dépourvus de mandat et d'autorité que les spectateurs d'une solennité académique". Tous les sénateurs n'avaient même pas été convoqués. Tout au plus, au discours du Roi, les assemblées devaient-elles répondre par des adresses, ce que firent la Chambre des pairs le 4 juin même, à peine désignée, et celle des députés le lendemain (DESLANDRES, op. cit., t. 1er, p.690 et s.). Il n'y avait là ni ratification, ni enregistrement ni a fortiori contrat.

(86) Ces dernières lignes ont été ajoutées par Beugnot : elles ne figuraient pas dans le projet de Fontanes (voir SIMON, op. cit., p.127 et s.) ; si Louis XVIII n'a effectivement pas lu la rédaction définitive du préambule, c'est tout de même assez extraordinaire ...

souveraineté (87), il pouvait renoncer, non bien sûr à celle-ci, mais à l'*exercice* de telle ou telle prérogative traditionnelle, et se trouver lié, selon le classique adage *patere legem quam fecisti*, par cette renonciation ; mais d'autre part, incapable de renoncer à sa souveraineté elle-même, il pouvait revenir à tout moment sur une telle *renonciation d'exercice* antérieure ; *a fortiori*, et la citation de Bodin reproduite plus haut le signifiait, le Roi ne pouvait-il engager ses successeurs qui, comme on le sait en vertu de la *théorie statutaire*, n'étaient pas ses héritiers au sens privatiste du terme (88).

C'était d'ailleurs le sentiment de Duguit qui n'hesitait pas a ecrire - et nous reprendrons ce point - que si, à la suite des fameuses ordonnances, Charles X fut défait, c'est parce que "les faits furent plus puissants que le droit ..." (89).

16 - Il est dès lors possible de préciser à la fois la place de la Charte dans l'ordonnancement juridique, et le pouvoir "constituant" résultant de sa mise en place.

L'ordonnancement juridique de la Restauration peut logiquement revêtir deux configurations, sachant qu'en toute hypothèse la Charte doit se voir assigner une place subordonnée par rapport aux lois fondamentales du royaume qui ont fondé son édiction : soit on lui attribue une place *infra*-constitutionnelle mais *supra*- législative par rapport aux lois ordinaires (90) ; soit on considère qu'elle a une simple valeur législative. Sachant qu'aucune procédure spéciale n'est prévue par elle pour sa révision, dans le premier cas de figure, en vertu du maintien de la souveraineté dans les mains du Roi et du principe du parallélisme des formes et des compétences, celui-ci conserve la forme de pouvoir constituant de second niveau par rapport aux lois fondamentales qui lui a permis d'édicter la Charte et qui subsiste après la mise en vigueur de celle-ci (on pourrait parler en termes modernes de pouvoir de législation organique). Si l'on se rallie à la seconde construction, la Charte ne saurait au contraire être révisée qu'en respectant les formes prévues par la procédure législative, la véritable question demeurant de savoir si le Roi souverain peut faire l'économie de cette procédure à titre exceptionnel. Reprenons

---

(87) Dans le cadre du respect des lois fondamentales mais aussi de celui des lois divines et naturelles ; ce système de références échappe à la plupart aujourd'hui, mais il suffit de lire n'importe quel légiste de l'âge classique pour le retrouver ; voir par ex. BADEVANT-GAUDEMET (Brigitte), Aux origines de l'Etat moderne, Charles Loyseau, théoricien de la puissance publique, Paris, Economica, 1978 (et notre note, R.D.P., 1982, n°1). Le concept de souveraineté ne revêt pas la même portée dans le cadre d'un système qui pose la transcendance de l'essentiel du droit - celui de la Monarchie sacrale - et dans le cadre des systèmes "populaires", qui affirment l'immanence. Sans jeu de mots, la souveraineté royale est par la force de la logique une souveraineté limitée, autant par les préceptes divins que par cette concrétisation de l'action de la providence que sont les coutumes fondamentales. C'est ce que veut, en des termes un peu différents, exprimer MAISTRE, Du Pape, Paris, Charpentier, 1841, p.175 : "La souveraineté n'est pas limitée, en ce sens que dans son cercle de légitimité, tracé par les lois fondamentales de chaque pays, elle est toujours et partout absolue".

(88) Voir TIMBAL, op. cit., p.290.

(89) Op. cit., t. 2, p.775.

(90) On ne saurait a priori se scandaliser d'une telle construction qui, en dépit des apparences, n'a rien de véritablement extraordinaire.

cette alternative et ces questions (91).

Tout d'abord, quelles furent les thèses en présence sous la Restauration ? Sachant que toutes étaient marquées par la conjoncture politique et qu'il y eut là encore chassé-croisé assez cynique des points de vue (voir l'introduction de cette étude), il est possible de distinguer grossièrement :

- des partisans de l' *immutabilité* de la Charte s'appuyant sur l'absence de prévision par celle-ci d'une procédure pour sa révision ; ce furent le plus souvent des libéraux modérés ou constitutionnels qui embrassèrent cette attitude, soucieux qu'ils étaient du maintien des avantages acquis ;

- des partisans de la *mutabilité* de la Charte, soit totale (certains ultras), soit partielle ; cette dernière conception opérait distinction entre des dispositions *fondamentales*, intangibles, et des dispositions simplement *réglementaires*, susceptibles de révision ; elle fut le fait de nombre de royalistes et le Roi crut devoir la reprendre dans son discours d'ouverture du 30 novembre 1819.

Parmi ceux qui admettaient la *mutabilité*, une nouvelle distinction doit être opérée entre :

- des partisans de la révision royale (nombre d'ultras) ;

- des partisans de l'emploi de la procédure législative, qui, considérant que les chambres incarnaient la Nation, et niant logiquement la pure doctrine de l'octroi, posaient la nécessité de leur association à la révision (les libéraux les plus fermes) ; ou qui, plus simplement, considéraient que le pouvoir législatif, dominé au demeurant par le Roi, avait toute latitude pour modifier ce qui pouvait l'être dans la Charte ;

- des défenseurs d'une procédure législative renforcée - position qui n'a jamais brillé par la clarté, on l'imagine.

La pratique refléta ces incertitudes. Après les Cent jours, Louis XVIII procéda lui-même à une révision ponctuelle de la Charte par l'ordonnance du 13 juillet 1815. Par cet acte, il convoquait une nouvelle chambre en portant provisoirement le nombre des députés de 262 à 402, et en abaissant l'âge nécessaire pour être éligible de 40 à 25 ans. La démarche était toutefois prudente : le Roi n'affirmait pas son pouvoir exclusif de retoucher et d'amender la Charte ; il n'agissait ainsi, selon ses termes, que pour "faire jouir dès à présent la nation des avantages de ces réformes" et il assurait qu' "aucune modification dans la Charte ne deviendrait définitive en dehors des formes constitutionnelles", et qu'en d'autres termes, "le pouvoir législatif dans son ensemble", c'est-à-dire le Roi associé aux chambres, selon la procédure ordinaire, serait appelé "à statuer sur la loi des élections, sur les changements à faire à la Charte dans cette partie" (92). Ce qui n'empêcha au demeurant pas le Roi de rapporter l'ordonnance du 13 juillet 1815 par une ordonnance du 5 septembre 1816.

Il apparaissait ainsi, au terme de cette révision, qu'il y avait deux modes de révision en concurrence : un mode normal par la voie législative

---

(91) Sur tout ce qui suit, se reporter à Joseph BARTHELEMY, "La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires sous la monarchie de Juillet", R.D.P., 1909, p.5 et s. ; PERNY (Adolphe-François), Le pouvoir constituant sous la monarchie de Juillet, thèse, Droit, Paris, Boyer, 1901 ; ROUX (E.), Le pouvoir constituant sous la Restauration, thèse, Droit, Paris, Rogues, 1908. Voir aussi BASTID, op. cit., p.155 et s.

(92) Préambule de l'ordonnance du 13 juillet 1815, Moniteur du 15 juillet.

ordinaire, et un mode exceptionnel par voie d'ordonnance. Le choix de la procédure législative demeurait ambigü : il pouvait signifier l'affirmation du caractère législatif de la Charte (mais, malgré le flou habituel des concepts, cette interprétation est gênée par la référence à la notion de "formes constitutionnelles") ; il pouvait tendre à affirmer d'autre part le renoncement à la thèse de l'octroi au profit de celle du pacte après le coup de semonce des Cent jours, mais une inflexion aussi radicale et aussi peu compatible avec la Charte est plus qu'improbable. Tout au plus faut-il noter que le sentiment de Louis XVIII a été fluctuant sur le point étudié (93).

En 1819, le Duc de Lévis parvint à faire rejeter par la Chambre des pairs un projet du Baron Louis reportant le début de l'année financière au 1er juillet, et ce au nom de l'intangibilité de la Charte. Il semble pourtant que peu à peu se soit réalisé un assez large accord sur la *mutabilité des seules dispositions "réglementaires" par la procédure législative*. C'est donc par cette voie que la "chambre retrouvée" modifia en 1824 une nouvelle fois le système électoral.

Il y a en vérité de fortes raisons de se rallier à la thèse de la *nature législative de la Charte*. C'est d'abord la plus compatible avec l'ordonnancement juridique d'Ancien régime dont nous avons essayé de montrer la permanence. Le Roi est bien un *pouvoir constitué* sous l'Ancien régime, mais, si l'on nous permet cette formule peu juridique, il est constitué *généreusement* , ou si l'on préfère, il bénéficie d'une habilitation à agir très générale et peu déterminée : mais pas au point de se trouver investi d'une forme de pouvoir constituant dérivé ; il ne jouit que d'un immense pouvoir législatif. Cette thèse n'est en second lieu nullement contraire, en dépit des apparences, au principe de la souveraineté royale tel que nous venons de l'expliquer (voir *supra* note 87). Cette souveraineté ne serait bafouée que si une révision pouvait être imposée au Roi contre sa volonté ou si le Roi ne pouvait modifier la Charte au cas d'urgente nécessité reconnue par lui.

Est-il possible, dans le cadre de la Charte, d'imposer une loi révisant cette dernière à un monarque réticent ? Bien évidemment non puisque le Roi a, ainsi qu'on va y revenir, le monopole de l'initiative et verrouille la procedure législative par le libre exercice de son pouvoir de sanction.

17 - La question de savoir si le Roi pouvait modifier la Charte en cas de nécessité reconnue par lui (un glissement de la pratique préjudiciable à sa souveraineté par exemple) en dehors de la procédure législative ordinaire est plus complexe. L'histoire a montré aussi qu'elle était plus explosive.

La fin de l'article 14 de la Charte dispose que le Roi "fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et la sûreté de l'Etat"(c'est nous qui soulignons). Le sens de cette formule a fait l'objet d'âpres contestations. Beugnot dans ses mémoires fait prévaloir une conception restrictive : "A-t-on placé cet article, écrit-il, dans le chapitre du Gouvernement du Roi, dans le dessein de lui réserver une dictature pour ces circonstances extraordinaires qui surviennent dans le gouvernement des Etats et qui dépassent la prévoyance humaine ? Je crois pouvoir assurer que telle n'a point été l'intention de la commission ni des rédacteurs du projet sur lequel la commis-

(93) Dans le discours du Trône du 4 novembre 1816, il affirme : "Je ne souffrirai jamais qu'il soit porté atteinte à cette loi fondamentale" ; au contraire, dans le discours d'ouverture du 30 novembre 1819, il semble faire sienne la distinction esquissée plus haut entre matières fondamentales et matières réglementaires.

sion délibérait" (94).

A l'opposé, insistant sur l'incomplétude de la Charte, Vitrolles qui, répétons-le, n'était pas membre de la commission, mais simplement conseiller de Monsieur, écarte même tout recours à l'interprétation de l'art. 14 : "J'avais également repoussé la définition, dans ce même article (i.e. : l'art. 14), du droit qui appartenait au Roi de réunir en sa main tous les pouvoirs dans les moments où les troubles publics l'exigent. Pourvoir au salut de l'Etat est un droit naturel imprescriptible qui appartient non seulement au Roi de France par tradition, mais par la simple raison à tout souverain légitime" (95).

Une tierce position - proche en réalité par ses effets de la précédente - consistait dans l'interprétation extensive de l'article 14. On la rencontre par exemple chez Clausel de Coussergues (96).

Par ses ordonnances du 13 juillet 1815 et du 5 septembre 1816, précitées, Louis XVIII avait apporté de l'eau au moulin de cette tendance et, les concernant, même le modéré Beugnot avait considéré, proche ponctuellement de Vitrolles, qu'au milieu des périls surgit nécessairement "une dictature qui n'a besoin d'être écrite nulle part, et dont le chef de l'Etat se trouve naturellement investi", ajoutant : "C'est pour lui un devoir étroit que de se placer en pareil cas au-dessus des lois pour sauver les lois elles-mêmes, et il ne faut pas qu'un tel pouvoir soit écrit et encore moins défini, car il s'en affaiblirait" (97).

En 1830, à l'appui de ses ordonnances de juillet, Charles X devait reprendre l'interprétation extensive de l'article 14 en procédant à dissolution de la chambre nouvelle, à modification de la loi sur les élections et à suppression de la liberté de la presse. Dans le rapport précédant les ordonnances était affirmée la doctrine la plus nette, l'article 14 n'intervenant qu'à titre subsidiaire : "La constitution de l'Etat est ébranlée ; le droit comme le devoir d'en assurer le maintien est l'attribut inséparable de la souveraineté. Nul gouvernement sur la terre ne resterait debout s'il n'avait le droit de pourvoir à sa sûreté ; ce pouvoir est préexistant aux lois parce qu'il est dans la nature des choses. Ce sont là ... des maximes qui ont pour elles la sanction du temps. Mais ces maximes ont une autre sanction plus positive encore, celle de la Charte elle-même. L'article 14 a investi Votre Majesté d'un pouvoir suffisant, non sans doute pour changer les institutions, mais pour les consolider et les rendre plus immuables".

Cette thèse était-elle inadmissible au regard des principes fondamentaux du système de la Charte ? Certes non. Elle revêt même une expression

---

(94) Op. cit., t. 2, p.191 ; on ne s'étonnera pas de retrouver la même position chez les libéraux ; voir par ex. LANJUINAIS, op. cit., t. 1er, p. 199 : "La France doit être gouvernée par des lois et non par des firmans".

(95) Op. cit., t. 2, p.55 ; ces arguments furent longuement repris par le Comte Siméon en 1828 à la chambre des pairs en cas de péril imminent pour l'Etat (voir la citation de son intervention dans Beugnot, op. cit., p.193 s.) ; voir aussi les libelles de Cottu, appelant à la modification du système électoral par ordonnances : Les résultats nécessaires de la situation de la Couronne et de la Chambre des députés, Paris, Dentu, 1829 ; Des devoirs du Roi envers la royauté, Paris, De Rusand, 1830 ; De la nécessité d'une dictature, Paris, De Belin, 1830.

(96) Op. cit.

(97) Op. cit., t. 2, p.193.

particulièrement modérée dans le texte précité. S'il découle de ce qui précède que la procédure législative est de droit pour la révision de la Charte, comment exclure en effet - à titre dérogatoire - l'intervention du Roi seul, auteur unique de la Charte, dès lors que la pratique de celle-ci remet en cause la seule véritable constitution du royaume : les lois fondamentales ? Et s'il n'est pas indispensable de s'appuyer sur l'article 14, le droit comparé des monarchies limitées nous montrera plus loin que de telles dispositions ont toujours été interprétées à la manière de Charles X, singulièrement dans l'Allemagne d'avant la première guerre mondiale.

18 - Le bilan de cette première partie peut donc être établi ainsi : la Charte octroyée est une simple loi édictée par le Roi en vertu d'une souveraineté antérieure, traditionnellement exercée par lui dans le cadre des lois fondamentales du royaume ; la particulière solennité de ce texte, la forte portée morale de l'engagement pris par son auteur de le respecter, ne pouvaient interdire sa révision, soit par la voie législative ordinaire, soit - en cas de nécessité reconnue par le Roi - par voie d'ordonnances.

La puissance royale qui avait octroyé la Charte du fait d'une puissance antérieure ne pouvait se trouver *constituée* par elle. Elle se trouvait simplement *réglementée dans son exercice* selon l'adage *patere legem quam fecisti*. Et cette réglementation, on va pouvoir l'observer, ne portait nullement atteinte au dogme de base : *l'unité du pouvoir d'Etat en la personne du monarque*.

Deuxième Partie : Théorie de la Charte de 1814 : 2 - L'unité du pouvoir d'Etat

1) L'affirmation de l'unité du pouvoir d'Etat au profit du Roi :

19 - On a vu dans un précédent paragraphe que l'une des difficultés de la discussion avait été la question de la place du Roi dans l'exercice de la puissance législative. De fait, la question la plus décisive concernant la Charte était la suivante : a-t-elle instauré la séparation des pouvoirs - ou pour être plus rigoureux : a-t-elle visé à favoriser la collaboration de plusieurs pouvoirs nettement distincts - ou bien a-t-elle simplement aménagé des procédures particulières d'exercice d'un pouvoir dont l'unité d'Ancien régime n'était pas vraiment atteinte ?

En dépit du flou déjà observé du vocabulaire des publicistes, il n'y a ici aucun doute : la Charte tranche logiquement en faveur de l'unité du pouvoir d'Etat. Logiquement parce que toute reconnaissance de la pluralité des pouvoirs aurait valu, dans le cadre des termes de l'époque, reconnaissance de la nation comme entité spécifique, distincte du Roi et jouissant d'une volonté propre, ce que justement le recours à la technique de l'octroi avait écarté.

Plusieurs articles soulignent avec force cette unité contestée ; l'article 13 : "Au Roi seul appartient la puissance exécutive" ; l'article 14 : "Le Roi est le chef suprême de l'Etat" ; l'article 57 : "Toute justice émane du Roi". On a bien sûr fait observer le caractère assez formel de cette dernière disposition - encore qu'à la mort de Louis XVIII l'on se soit demandé de façon significative s'il ne convenait pas que tous les magistrats démissionnent

pour être éventuellement, et librement, renommés par le nouveau Roi - mais en pratique, les choses n'étaient pas si fondamentalement différentes sous l'Ancien régime, et en théorie l'on ne saurait poser qu'une telle affirmation est indifférente pour la perception de la nature véritable du régime.

Seules deux séries de dispositions semblent échapper à cet unitarisme : celle concernant les ministres et celle qui organise l'exercice de la puissance législative.

L'article 13 disposait que les "ministres sont responsables" mais il s'est avéré qu'il ne s'agissait que d'une responsabilité pénale (susceptible bien sûr d'interférer avec la politique). De toutes façons, la logique et les implications ultimes du régime parlementaire n'étaient pas, on l'a dit, parfaitement perçues.

20 - Les dispositions concernant l'exercice de la *puissance législative* étaient en leur temps - c'est-à-dire après l'affirmation du légicentrisme révolutionnaire - plus décisives (98) ; article 15 : "La puissance législative s'exerce collectivement par le Roi, la Chambre des pairs, et la Chambre des députés des départements" ; article 16 : "Le Roi propose la loi" ; article 18 : "Toute la loi doit être discutée et votée librement par la majorité de chacune des deux chambres" ; article 19 : "Les chambres ont la faculté de supplier le Roi de proposer une loi sur quelque objet que ce soit, et d'indiquer ce qu'il leur paraît convenable que la loi contienne" ; article 21 : "Si la proposition est adoptée par l'autre chambre, elle sera mise sous les yeux du Roi ; si elle est rejetée, elle ne pourra être représentée dans la même session ; article 22 : "Le Roi sanctionne et promulgue les lois" ; article 24 : "La Chambre des pairs est une portion essentielle de la puissance législative" ; article 46 : "Aucun amendement ne peut être fait à une loi, s'il n'a été proposé ou consenti par le Roi, et s'il n'a été renvoyé et discuté dans les bureaux".

On a vu plus haut quelles avaient été en commission les discussions touchant au monopole royal de l'initiative et la fermeté de Louis XVIII sur ce point qu'il jugeait décisif quant à l'affirmation de la permanence de la souveraineté royale. Le Roi n'accepta en fin de compte que le modeste tempérament de l'article 19 (99). En dépit de l'existence en aval de la sanction, ce point était en effet de grande importance : c'est une vérité psychologique, voire mécanique, d'évidence qu'il est plus facile d'arrêter un mouvement au départ qu'à l'arrivée ; et Royer-Collard pouvait à bon droit affirmer que "dépouiller le Roi de l'initiative que la Charte lui réserve, ce serait frapper la royauté au coeur" (100).

Le pouvoir de filtrer discrétionnairement les amendements était lui

---

(98) On laissera de côté ici l'article 48 sur le consentement à l'impôt par la procédure législative ; bien que ce mécanisme ait lourdement pesé en faveur de l'évolution parlementaire du régime britannique, il n'était pas absolument ignoré dans l'ancienne France, au moins en ce qui concernait les impôts nouveaux (d'où la convocation des Etats généraux en 1788) ; il ne faut cependant rien exagérer : sous l'Ancien régime il n'y eut jamais de coutume obligeant le Roi à réunir les Etats généraux pour toute inflexion du système fiscal ; à cet égard la souveraineté royale souffre sans aucun doute du système financier mis en place en 1814.

(99) Voir supra, § 10.

(100) Discours sur le budget de 1826, in BARANTE, op. cit., t. 1er, p.252 ; voir aussi l'étonnant développement du discours sur la loi de sûreté de 1817, Ibid., p.296 et s.

aussi stratégique, même si en pratique il joua souvent de façon formelle.

Enfin et surtout, la sanction royale, suivie de la promulgation, donnait, on va y revenir, sa physionomie véritable au processus législatif tout entier, permettant de comprendre le qualificatif de "monarque législateur" conféré au Roi par Royer-Collard.

Mais en dépit de ces prérogatives considérables, l'affirmation du caractère collectif de la puissance législative (article 15), celle - même si là l'arrière-pensée était des plus conservatrice - du caractère de "portion essentielle de la puissance législative" de la Chambre haute (article 24), la possibilité pour les chambres d'arrêter au moins le processus législatif (article 18), toutes ces dispositions pouvaient apparaître comme autant d'entraves à l'unité du pouvoir d'Etat et surtout à sa manifestation concrète. Il faut s'attarder sur ces points car là gît, nous allons le voir, le critère de distinction de la monarchie "limitée" par rapport à la monarchie "absolue" (101).

2) La sanction et la puissance législative :

21 - Le refus de sanction n'a pas eu l'occasion de jouer véritablement sous la Restauration. Ou plutôt, il n'a joué qu'une fois, en 1825, sans crise aucune et plus ou moins du fait d'une inattention (102). Verrouillé en amont, le processus législatif était suffisamment dans la main du Roi pour que cette arme chronologiquement ultime n'ait pas à être utilisée. Mais cela importe peu dans la perspective théorique qui est la nôtre. La seule question pertinente ici est la suivante : quelle est la signification de la technique de la sanction au regard du sens de la répartition de la puissance législative ?

22 - La sanction existant dans les monarchies limitées allemandes sur lesquelles nous reviendrons (voir *infra* Troisième Partie), les grands doctrinaires royalistes allemands de la fin du siècle dernier l'ont étudiée avec une exceptionnelle profondeur (103).

La conception la plus extensive de la portée de la technique de la sanction fut représentée notamment par Laband. Selon celui-ci, "c'est dans la sanction des lois que se manifeste directement la volonté souveraine de l'Etat. La sanction est le point essentiel de toute l'oeuvre législatrice ; tout ce qui se produit avant dans la marche de la législation n'en est que la préparation, c'est l'accomplissement des formalités préliminaires indispensables ; tout ce qui se produit après, c'est la conséquence juridique nécessaire de la sanction, l'effet qu'elle produit sans que rien puisse l'en empêcher.

---

(101) Nous laissons de côté ici la question de l'interprétation de l'article 14 et de l'éventualité d'un pouvoir législatif purement royal par voie d'ordonnances : cette question a été traitée supra au § 17 ; il va de soi que l'interprétation la plus logique de l'article 14 apporte un considérable tempérament au caractère définitivement limité du pouvoir législatif royal ; voir aussi infra, sur l'utilisation des ordonnances législatives dans les monarchies limitées allemandes.

(102) Voir Bompard (Raoul), Le veto du Président de la République et la sanction royale, thèse, Droit, Paris, Rousseau, 1906, p.55 et s.

(103) Voir surtout, en français, JELLINEK, op. cit. ; LABAND, op. cit., t. 2, p.260 et s. ; BARTHELEMY (Joseph), "Les théories royalistes dans la doctrine allemande contemporaine", R.D.P., 1905, p.717 et s. ; du même, Les institutions politiques de l'Allemagne contemporaine, Paris, Alcan, 1915 ; et la remarquable synthèse critique de CARRE DE MALBERG, op. cit., t. 1er, p.383 et s.

La volonté libre qui décide si une proposition deviendra loi ou non, s'exerce exclusivement dans la sanction" (104).

Laband parvient à une telle conclusion en opérant une distinction préalable : "La loi étant, écrit-il, une *disposition* qui établit une règle de droit, il ne suffit pas de formuler seulement une règle de droit ; il faut, en outre, déclarer que cette règle implique une obligation. La volonté qui se manifeste dans la loi n'est autre chose qu'un *ordre*, l'injonction de se soumettre au principe de droit que contient la loi ...

"Dans toute loi, il faut donc distinguer les deux éléments suivants : une maxime de droit contenue dans la loi, et la sanction jointe à cette maxime ; en d'autres termes, le contenu de la loi et le commandement qui s'y ajoute ... Il peut se faire ... que la fixation du contenu de la loi soit soumise à d'autres règles et confiée à d'autres agents que l'émission de l'ordre d'obéir à la loi. Dès lors, il importe beaucoup, au point de vue théorique et au point de vue pratique, de distinguer l'une de l'autre ces deux opérations. Car il faudrait renoncer à comprendre l'idée scientifique du mécanisme de la législation, si l'on voulait voir dans la création d'une règle de droit l'essentiel de la loi.

"Assurément, c'est l'affaire de l'Etat de créer le contenu de la loi et d'en trouver l'expression ; c'est même un des devoirs les plus importants de l'Etat ; trouver la maxime de droit qu'il s'agira de sanctionner est une partie de l'activité législatrice ; mais l'activité propre de l'Etat, l'exercice de la souveraineté se manifeste par la sanction de la loi, et non par la fixation du contenu de la loi ; l'Etat manifeste son autorité en donnant force de loi à un principe de droit" (105).

Dès lors, "la souveraineté de l'Etat ne s'affirme pas par la détermination du contenu de la loi, mais par la sanction de la loi ; cet acte seul est un acte législatif au sens où il faut entendre ce mot si l'on se place au point de vue du droit public" (106).

Cette distinction fondamentale de Laband, d'un très puissant formalisme, et sa conclusion naturelle sur l'assimilation de la sanction à la puissance législative, comme manifestation de la souveraineté étatique, a rencontré une large adhésion dans la doctrine allemande.

Pourtant Jellinek a apporté à cette présentation des choses une note restrictive (107). Il reproche à Laband de ne pas suffisamment marquer la différence qui existe entre des chambres participant à l'oeuvre législative et de simples commissions préparatoires : les chambres en effet, non seulement déterminent le contenu de la loi, mais donnent leur assentiment au texte et surtout leur consentement à l'édiction du commandement par le Roi. S'il est vrai qu'elles ne participent pas à ce commandement du moins son émission est-elle suspendue à une manifestation de leur volonté. Celle-ci informe donc non seulement le contenu de la loi mais son édiction, le commandement qui l'accompagne et lui fait prendre place dans l'ordonnancement juridique. Et réciproquement, en sanctionnant, le monarque marque son accord au contenu de la loi.

---

(104) Op. cit., t. 2, p.301 et s.

(105) Ibid., p.263 et 264.

(106) Ibid., p.267 et 268.

(107) Voir CARRE DE MALBERG, op. cit., t. 1er, p.385 et s.

Jellinek rejoint cependant Laband en ce sens que pour l'un comme pour l'autre il n'y a pas partage du pouvoir législatif entre les chambres et le Roi. Comme l'écrit Jellinek, "l'acte de volonté législative est exclusivement un acte du monarque, auquel le Parlement a donné préalablement son assentiment". Il rejoint ce disant tout à fait les sentiments des auteurs de la Charte de 1814 tels que nous les avons mis au jour.

23 - Pourtant, Carré de Malberg a pu démontrer le caractère un peu artificiel de telles constructions (108). En principe - et sous réserve de ce que nous avons dit du rôle éventuel des ordonnances de l'article 14 - il va de soi que le monarque n'avait pas la possibilité de retirer une loi de l'ordonnancement juridique de lui-même par la seule abrogation de sa sanction. Comme l'écrit Carré de Malberg : "Si la puissance législative n'appartenait qu'au monarque, si la sanction royale était seule l'acte législatif proprement dit, et si l'ordre législatif du Roi suffisait par lui seul à faire la loi en lui donnant sa force impérative, l'ordre contraire du même monarque suffirait aussi à la défaire, et il deviendrait superflu de faire intervenir les chambres pour obtenir d'elles le retrait d'un commandement auquel elles étaient primitivement demeurées étrangères. La nécessité de leur intervention pour l'abrogation de ce commandement implique qu'elles avaient originairement pris part à celui-ci" (109).

Mais le maître Strasbourgeois ne considérait pas pour autant qu'il y ait eu une forme de dualisme égalitaire dans l'oeuvre législative. Il écrivait que "ce qui est différent, ce n'est pas le point ou l'objet sur lequel portent les deux volontés législatives concurrentes du Parlement et du Roi, mais c'est la qualité en laquelle ces deux organes coopèrent à la formation de la loi. Dans une monarchie, même limitée, le Roi est l'organe étatique suprême, sinon en ce sens qu'il porte en lui d'une façon initiale la puissance tout entière de l'Etat, du moins en ce sens qu'il participe, *en tant qu'autorité la plus haute*, à toutes les fonctions de puissance étatique. Il en est ainsi notamment en matière législative. Le monarque a bien pu, lorsqu'il a octroyé la constitution, partager sa puissance législative avec les assemblées : il n'a pu abandonner sa qualité d'organe suprême de l'Etat, car il aurait par cet abandon détruit la monarchie elle-même. Il est donc demeuré l'organe législatif suprême, et c'est en cette qualité spéciale qu'il intervient dans la confection des lois. En d'autres termes, il est appelé à énoncer en matière législative la volonté la plus haute qui soit dans l'Etat, et ceci implique alors que son rôle spécial consiste à émettre la décision définitive et suprême qui donnera naissance à la loi" (110). Tout au plus ne suivrions-nous pas tout à fait Carré de Malberg lorsqu'il semble considérer que, dans la monarchie limitée, la puissance étatique est partagée et lorsqu'il affirme qu'il n'entre pas "dans la sanction un élément de commandement ou de puissance spéciale qui ne se trouverait pas renfermé dans l'adoption votée par les chambres" (111). Mais reprenons l'ensemble de cette question à la lumière des dispositions précises de la Charte.

24 - L'on notera en effet que Laband, Jellinek et même Carré de Malberg, raisonnaient dans le cadre d'un aménagement de la puissance législative

---

(108) Op. cit., t. 1er, p.390 et s.

(109) Ibid., p.396.

(110) ibid., p.396 et 397.

(111) Ibid., p.397.

un peu différent de celui de la Charte de 1814. Le modèle central de la réflexion des auteurs allemands était celui de la constitution prussienne du 31 janvier 1850. Or dans cette dernière, contrairement à ce qu'il en était dans la Charte, le droit d'initiative appartenait tant aux chambres qu'au Roi (article 64) et aucune restriction n'affectait le droit d'amendement.

Le système de la Charte qui attribue l'initiative au Roi seul et qui lui donne la haute main sur le droit d'amendement transforme assez substantiellement les termes de la question et conforte les perspectives de Jellinek et surtout de Carré de Malberg, par rapport à celles de Laband, sans toutefois que l'on puisse se satifaire totalement des premières.

D'une part la distinction de Laband n'apparaît plus aussi riche pour le texte de 1814 : tenant l'initiative et le droit d'amendement, le Roi a en effet non seulement l' *imperium* attaché à la sanction mais encore la capacité d'opérer la définition intellectuelle du contenu de la loi, ce qui, dans la constitution prussienne, est au pouvoir des chambres.

Mais d'autre part, s'il est vrai qu'ainsi que le propose Carré de Malberg il y a action conjointe du Roi et des chambres, il ne suffit sans doute pas de dire que le rôle du Roi n'est que "la manifestation de volonté de l'autorité la plus élevée, de celle aussi en qui se réalise l'unité supérieure de l'Etat" (112). Certes, en gros, il s'agit bien de cela, mais à condition de clairement poser que la *puissance législative demeure dans le Roi, même si elle est entravée.* Le Roi qui tient l'initiative, qui verrouille l'amendement et qui jouit de la libre sanction n'est pas seulement la pièce maîtresse de la puissance législative, il est cette fois la puissance législative elle-même. Il l'est assez pour qu'il y ait en tout cas vraiment unité du pouvoir d'Etat. La souveraineté - au sens dit plus haut - demeure intégralement en ses mains : tout au plus connaît-elle des *sujétions d'exercice.* Il s'agit bien de cela : les chambres ne sauraient être un - ou deux, l'une et l'autre, comme Chateaubriand et Constant l'écrivaient - *pouvoir :* dénuées de légitimité propre, constituées par la loi en rang subordonné, elles sont le fruit d'un *agencement* de procédure limitant l'unique pouvoir du monarque.

25 - Ce qui permet finalement de comprendre de la façon la plus précise la portée des mécanismes mis en place en 1814 est leur comparaison avec ceux de l'Ancien régime : c'est dans la distinction des uns et des autres qu'on peut espérer découvrir le critère permettant de discerner entre la monarchie absolue - qui n'est pas une monarchie sans règles - et la monarchie limitée qui simplement, dans le domaine législatif, connaît des *sujétions d'exercice* plus contraignantes (113).

La monarchie d'Ancien régime était tempérée par des contrepoids, Etats généraux puis Parlements.

Les Etats généraux n'étaient qu'une *instance de conseil.* Comme l'écrivait Cardin Le Bret : "Plusieurs soutiennent que la réunion des Etats généraux est incompatible avec la souveraineté des rois. Mais j'oserai dire que cette opinion ne doit être reçue ni considérée que dans les Etats tyranniques et seigneuriaux. Dans un Etat royal, comme est celui de la France, tant s'en faut que l'assemblée des Etats affaiblisse ou diminue la puissance des rois ; au contraire, elle l'autorise, elle la fortifie et la relève au plus

(112) Ibid.

(113) Voir supra la bibliogaphie citée en note 81.

haut point, *car les rois ne sont point obligés de suivre les avis*" (114). Cette opinion était partagée par Bodin et par le gros des légistes d'Ancien régime.

Quant aux Parlements, l'on sait assez que le Roi leur avait reconnu un *droit de remontrances* à l'occasion de l' *enregistrement* de ses décisions. Le droit d'enregistrement était en vérité un devoir d'enregistrement tout à fait comme, sans abusive comparaison, la promulgation est aujourd'hui une compétence liée (les remontrances peuvent à cet égard être comparées avec la demande de seconde lecture d'une loi par le chef de l'Etat dans des constitutions plus récentes). Comme l'a écrit Adhémar Esmein, les remontrances "étaient de simples conseils que le Roi avait permis aux Parlements de lui présenter à l'occasion des lois qu'il leur adressait" (115). Aussi bien le monarque pouvait-il passer outre par le mécanisme des "lettres de jussion" puis du "lit de justice". Selon l'expression de De l'Hommeau, "quelque puissance qu'aient les magistrats, elle n'a aucune force quand le Roi souverain parle et commande" (116). Et Coquille : "Ès édits et arrêts, le Roi seul parle et reconnaît que la Cour est son conseil, mais ne la reconnaît pas pour compagne en cette puissance d'ordonner et de faire lois" (117).

L'on aperçoit ici la grande différence entre le système législatif d'Ancien régime et celui de la Charte : dans l'un le Roi n'est limité que par un *conseil,* dans l'autre il l'est par une *décision* qui suspend l'exercice de sa *volonté*.

26 - Mais cette décision est un simple pouvoir de *veto,* extérieur en quelque sorte et au contenu de la loi et à sa puissance normatrice. Sans rentrer dans les subtiles distinctions de Montesquieu entre "faculté d'empêcher" et "faculté de statuer", force est de reconnaître que les chambres, qui en droit n'ont en 1814 ni initiative, ni amendement, ni sanction, n'ont qu'une faculté d'empêcher. Leur intervention conserve une certaine extériorité par rapport à la puissance législative. Mais elle est décisive car elle peut en entraver l'exercice.

La position des chambres dans l'exercice du pouvoir législatif en 1814 est la même que celle du Sénat dans l'exercice du droit de dissolution dans le cadre des lois de 1875. Si bien qu'il n'est pas impossible de poser que, de l'Ancien régime à la Charte, on est passé, pour l'exercice du pouvoir législatif par le Roi, *d'une technique de l'avis obligatoire à une technique de l'avis conforme.*

Nous avons là, à notre sens, le critère distinctif de la monarchie absolue et de la monarchie limitée, la première limitée par des formes obligatoires mais faiblement contraignantes en dernière analyse, et la seconde qui, dans le cadre du maintien théorique de l'unité du pouvoir d'Etat, donne une véritable capacité de refus, une aptitude essentiellement mais authentiquement négative aux chambres.

Dans un tel contexte intellectuel, il va de soi que l'unité ultime du pouvoir d'Etat suppose logiquement qu'il puisse être mis fin par son titulaire,

---

(114) De la Souveraineté, Paris, 1689, cité par Basse, op. cit., p.221 et 222 (c'est nous qui soulignons).

(115) Histoire du droit français, Paris, Larose, 1898, p.526.

(116) Maximes générales du droit français, Rouen, 1612, cité par Basse, op. cit. p.237.

(117) Discours des Etats de France, Blois, 1588, cité par Basse, op. cit., p.238.

le Roi, à cette dispersion d'exercice, au moins dans des cas limites. D'où la nécessité d'admettre l'interprétation proposée plus haut d'un pouvoir législatif extraordinaire purement royal, soit sur le fondement de l'article 14 de la Charte, soit sur celui des principes fondamentaux de la Charte tels qu'ils se révèlent à nous (118). Alors, très supérieur en efficacité au *droit de remontrance* ancien, le *veto législatif* n'apparaît plus définitivement exclusif d'exceptionnels "lits de justice" au cours desquels le monarque, détenteur de la *plénitude théorique du pouvoir d'Etat*, parvient à en ressaisir l'*exercice*.

C'est dire à quel point tous les développements des publicistes plus ou moins libéraux sur le "gouvernement mixte", le "gouvernement *démocrati-monarchique" (sic)* (119), et autres formules classiques ou extravagantes mais toujours inadéquates, sont peu pertinents (120).

Troisième Partie : Essai d'une théorie générale de la monarchie limitée

1) Définition de la monarchie limitée selon la Charte :

27 - Il est désormais possible de définir, à partir de l'exemple de la Charte de 1814, la notion de monarchie limitée (121).

La monarchie - ou la royauté - limitée est une authentique *monarchie* en ce sens qu'à l'inverse des systèmes de concentration des pouvoirs au profit d'un organe collégial ou de ceux qui s'attachent à promouvoir - en les séparant plus ou moins - la coexistence de pouvoirs dotés chacun d'une légitimité et d'une capacité d'action, elle assure en dernière analyse l'unité théorique du pouvoir d'Etat : les fonctions "exécutive", "législative" ou "judiciaire" sont formellement détenues - au stade des principes - par le Roi.

Mais cette monarchie peut être dite limitée en ce sens que l'unité théorique du pouvoir qu'elle promeut s'accompagne d'un *aménagement technique de l'exercice des fonctions étatiques*, qui apparaît plus contraignant que ne le serait l'agencement de simples autorités consultatives dans le processus décisionnel, autorités capables certes d'influencer ou de ralentir la décision, mais non d'y faire en droit obstacle. La monarchie limitée, et c'est là son critère décisif, aménage l'exercice de la puissance législative de telle façon que, même si celle-ci apparaît dominée par le Roi, ce dernier est dans l'incapacité, en temps normal, d'édicter seul la loi.

Tout au plus faut-il considérer qu'en certaines circonstances, l'unité du pouvoir d'Etat ne peut qu'impliquer - par interprétation des textes ou sur le fondement du seul principe de cette unité - la possibilité pour le monarque de ressaisir l'intégralité du pouvoir législatif (122).

---

(118) Voir supra, § 17.

(119) FRITOT, op. cit., p.154 et 155 ; voir aussi MAHUL, op. cit., passim.

(120) Pour une fois, ESMEIN, Eléments de droit constitutionnel..., op. cit., p.5, avec sa présentation des "Etats mixtes", apparaît peu solide en dépit des nuances qu'il introduit.

(121) Il vaudrait peut-être mieux parler de royauté limitée pour éviter toute ambiguïté avec les systèmes de monarchie fondés sur une référence plus ou moins artificielle à la souveraineté nationale ou populaire, sur le mode des empires français.

(122) La question du pouvoir constituant, pour décisive qu'elle soit, doit être réservée et sera reprise plus loin.

2) Typologie des systèmes monarchiques :

28 - A la lumière de ce qui précède, il est possible d'une part de distinguer plusieurs types de systèmes monarchiques et d'autre part de réputer certains systèmes non monarchiques, en dépit des apparences.

Comme l'écrivait Jellinek, "la Monarchie est l'Etat guidé par une volonté physique. Cette volonté doit être juridiquement la plus haute, ne dépendre d'aucune autre volonté" (123). Et il poursuivait : "Tant que le pouvoir suprême, celui qui met l'Etat en mouvement et l'y maintient, reste dans les mains d'un seul, l'Etat est une monarchie même si d'autres pouvoirs poursuivent des buts politiques ... Dans la monarchie, il est donc indispensable que tous les autres organes soient, non pas nécessairement subordonnés au monarque, mais tout au moins dépendants de lui, en ce sens que leur activité, leur fonctionnement ininterrompu ou encore la force légale dont leurs résolutions sont revêtues, dépendent de sa volonté" (124).

En éliminant les diverses formes de concentration du pouvoir en dehors du droit (les figures immuables et changeantes du despotisme), et en sachant qu'il n'y a monarchie qu'à condition que le "monarque" tienne son pouvoir immédiatement des lois fondamentales ou de la constitution de l'Etat - à l'exclusion de toute dépendance organique à l'égard de quelqu'instance que ce soit - il est possible de distinguer :

1 - La **monarchie absolue,** qui réalise avec l'unité théorique du pouvoir d'Etat l'unité permanente de l'exercice de ce pouvoir ; les agencements de procédure ne sont pas des obstacles définitifs à la volonté royale ; la délégation d'un pouvoir n'interdit pas l'évocation d'une affaire.

2 - La **monarchie limitée,** qui réalise de la même façon l'unité théorique du pouvoir d'Etat mais qui, tout en assurant la suprématie du Roi dans l'exercice de ce pouvoir, soumet ledit exercice à certaines sujétions, singulièrement dans le domaine législatif, qui peuvent faire obstacle à la volonté royale, sauf circonstances particulières, sans jamais s'imposer positivement à elle (125).

3 - La monarchie parlementaire de type dualiste, n'est par définition, du fait même de son dualisme, pas une monarchie, ou n'est un Etat que

---

(123) L'Etat moderne et son droit, op. cit., t. 2, p.401.

(124) Ibid., pp. 417 et 421.

(125) CARRE DE MALBERG, op. cit., t. 2, p.64, après un assez curieux début, livre une définition sensiblement distincte et en réalité plus extensive de la monarchie limitée : "Même lorsqu'il s'y mêle des éléments démocratiques, la monarchie limitée garde pour caractère essentiel d'être une forme de gouvernement dans laquelle le chef de l'Etat est le centre de toute la vie et de toute la puissance étatiques. Sans doute, le monarque n'exerce plus ici, comme dans le cas de la monarchie absolue, la puissance intégrale de l'Etat : du moins, il ne peut l'exercer qu'avec le concours d'autres organes qui ne relèvent point de lui, et notamment il ne peut légiférer que moyennant le consentement préalable donné à la loi par une assemblée élue. Mais il n'en reste pas moins l'organe central et principal de l'Etat" ; les pages qui suivent complètent cette définition qui s'achève ainsi, p.65 : "En définitive donc ... le Parlement n'a qu'une puissance inférieure, puisqu'il ne peut rien sans le Roi ; le Roi, au contraire, est l'organe supérieur, puisqu'il peut tout avec le concours du Parlement et que, même sans le Parlement, il peut beaucoup en gouvernant et administrant".

partiellement monarchique ; il en va de même de tout agencement de séparation des pouvoirs plus ou moins en trompe-l'oeil (constitution de 1791) ; il faut dans tous ces cas parler de *régime à exécutif monarchique* (126).

4 - Enfin, et ce sont les plus nombreux aujourd'hui, il existe plusieurs sortes de *régimes en forme monarchique :* qu'il y ait unité ou pluralité des pouvoirs, et en ce dernier cas collaboration ou séparation des pouvoirs, le Roi n'y exerce plus que des prérogatives formelles (127).

Cette typologie permet d'opérer des observations à notre sens décisives. D'une part la vraie césure théorique passe non entre monarchie absolue et monarchie limitée mais entre monarchie limitée et monarchie parlementaire, c'est-à-dire entre systèmes fondés sur le *"monarchische prinzip"* selon l'expression chère aux auteurs allemands et notamment à Jellinek, et systèmes reconnaissant une dualité de principes ou encore niant le principe monarchique. D'autre part, le concept de "monarchie constitutionnelle" apparaît polémique : toutes les monarchies ci-dessus identifiées sont *constitutionnelles.* N'attribuer qu'à certaines ce qualificatif, c'est insinuer qu'il n'y a pas de constitution sans participation de la nation à la loi et dès lors déformer délibérément le sens des institutions de la monarchie limitée, ainsi que nous croyons l'avoir montré. Enfin, le concept de *monarchie pure,* parfois employé par Carré de Malberg et Esmein (128), parfaitement admissible, ne l'est toutefois qu'à condition de ranger sous cette notion à la fois la monarchie absolue et la monarchie limitée, ce qui semble d'ailleurs être le choix de Carré de Malberg (129).

3) Unité de la notion de monarchie limitée :

29 - Le fait que les monarchies que l'on peut identifier comme correspondant aux grandes lignes du modèle de la monarchie limitée présentent un *dégradé de techniques* n'est pas un obstacle à l'unité ultime de la notion.

Ainsi, s'il est plus logique, comme nous l'avons vu, que l'initiative législative soit détenue en monopole par le Roi, il n'est pas aberrant qu'elle soit partagée avec les chambres et que le droit d'amendement soit plus ou moins libéré, du moins tant que subsiste un pouvoir de sanction efficace et éventuellement effectif.

De même la question d'un pouvoir législatif d'exception au profit du Roi seul peut recevoir des solutions différentes. Dans les monarchies allemandes, il ne fut pas contesté même s'il n'eut guère à jouer, et s'exerça par la voie d' "ordonnances de nécessité" ou d' "ordonnances de détresse" (130) dans le cadre prévu par les textes (art. 45 et 63 de la constitution prussienne du 31 janvier 1850 ; art. 66 de l'acte constitutionnel du Grand-Duché de

---

(123) On rejoindra pour une fois BERRIAT SAINT-PRIX, op. cit., pp.116 et 117, écrivant, à propos de la monarchie de Juillet : "La dénomination de monarchie constitutionnelle ... manque d'exactitude en ce sens qu'elle exprime uniquement l'organisation du pouvoir exécutif, bien que le pouvoir législatif domine les deux autres ..." ; un tel propos est excessif pour la monarchie de Juillet, on va y revenir : il est en tout cas parfaitement justifié dans nombre de cas.

(127) CARRE DE MALBERG, op. cit., t. 2, p.180 : "Il y a des Etats qui paraissent posséder un monarque et qui ne sont en réalité que des démocraties représentatives".

(128) Voir CARRE DE MALBERG, op. cit., t. 2, p.311 ; et ESMEIN, op. cit., p.25.

(129) Op. cit., t. 2, p.180.

(130) Joseph BARTHELEMY, Les institutions politiques de l'Allemagne ..., op. cit., p.83 et 117 s.

Bade du 22 août 1818 ; art. 89 de l'acte constitutionnel du 25 septembre 1819 du royaume de Wurtemberg, etc..).

Moins anodine est la disposition prévoyant le contreseing ministériel lié à la responsabilité des ministres (art. 44 de la constitution prussienne ; art. 51 de la constitution du Wurtemberg, par ex.), encore que cette responsabilité ne soit *en droit*, manifestement, qu'une responsabilité classiquement qualifiée de pénale. Il y a là à l'évidence davantage un instrument juridique visant à éviter certains inconvénients techniques de l'inviolabilité et de l'irresponsabilité monarchiques (131), qu'une amorce délibérée de la logique parlementaire. Notons qu'en France, en dépit du silence de la Charte, le contreseing fut pratiqué de façon permanente : cette procédure ne revêtait pas *a priori* la considérable portée qui s'attachera par la suite à son emploi. Déjà sous l'Ancien régime le Chancelier de France avait le droit de refuser de sceller un acte qu'il jugeait contraire au bien commun et ne pouvait alors être contraint que par ordre formel du souverain (132).

Le choix d'assurer une certaine participation du peuple en abandonnant le cadre sur-censitaire - ce qui fut le cas de façon large dans l'Allemagne de la fin du siècle dernier et ce que ne se lassèrent pas de demander, à la suite des ultras, les légitimistes français après 1830 - n'altère pas non plus nécessairement le caractère monarchique d'un système, au moins d'un point de vue théorique, dès lors que cette participation ne se fonde pas sur l'idée d'un *droit originaire du peuple* ou encore sur le concept de *représentation*. Le principe monarchique n'est pas hypothéqué tant que l'admission des gouvernés à une certaine expression politique repose sur le simple avantage que le monarque et l'Etat y trouvent : c'est la thèse du "but politique" (133). Pour les publicistes modernes rompus aux abstractions de la théorie de la souveraineté nationale et de l'électorat-fonction, un tel raisonnement, finalement identique, ne saurait surprendre. Autre chose est bien sûr le point de savoir quelles peuvent être les *conséquences politiques* d'une telle évolution, conséquences qui au demeurant, on y reviendra, ne se produisirent pas dans l'Allemagne Wilhelminienne ; c'est une *question de fait*, non pertinente quant à l'analyse du modèle juridique.

Bref, certaines variantes techniques, dès lors qu'elles n'ont pas pour effet l'exclusion du Roi de l'une des fonctions majeures de l'Etat et la mise en place d'un système de pluralité des pouvoirs, au sens strict, sont parfaitement compatibles avec la notion de monarchie limitée dont elles ne transforment pas en droit la nature.

30 - Plus délicate est la question de la situation du Roi par rapport à la constitution ou ce qu'il est convenu d'appeler ainsi. Relisons ici Jellinek,

---

(131) CARRE DE MALBERG, op. cit., t. 2, p.311, écrit dans sa fameuse distinction de l'organe et du représentant : "Tandis que le représentant répond normalement des actes fautifs qu'il a pu commettre dans l'exercice de sa fonction, l'irresponsabilité qui est propre à l'Etat, du moins dans la sphère du droit public interne et en ce qui concerne ceux de ses actes qui se rattachent à l'exercice de sa pure puissance impérative, implique nécessairement l'irresponsabilité correspondante de ses organes, puisque ceux-ci, lorsqu'ils fonctionnent dans le cercle de leur compétence, sont l'Etat voulant et agissant. C'est là, en grande partie, le fondement de l'irresponsabilité, qui forme l'un des traits caractéristiques de la condition juridique de l'organe d'Etat proprement dit, c'est-à-dire des personnages ou assemblées qui ont le pouvoir de vouloir pour l'Etat d'une façon pleinement indépendante : tel est le cas d'une constituante, du monarque dans le régime de la monarchie pure, du corps législatif".

(132) MOUSNIER, op. cit., t. 2, p.197.

(133) Voir BARTHELEMY, "Les théories royalistes ...", art. cit., p.735 et s.

car certains traits de la Charte de 1814 ont échappé à sa pénétration.

Le grand auteur critique la thèse royaliste française de 1814, celle qui s'épanouit notamment dans le préambule, parce que selon lui le monarque n'a pas de droit propre. Il n'exerce qu'une *fonction étatique*. Il n'est pas à proprement parler le souverain parce qu'il est un agent de l'Etat qui lui est souverain. "Comme l'organe n'a pas de droit propre, qu'il a seulement des compétences politiques, ces compétences ne sauraient constituer des droits appartenant aux personnalités qui remplissent les fonctions d'organes. Admettre que des compétences politiques puissent être un droit propre des personnes, c'est déchirer l'unité de l'Etat ou affirmer qu'il existe un ordre juridique en dehors et au-dessus de l'Etat" (134).

En vérité, nous croyons l'avoir montré (voir *supra* § 14), la puissance du Roi n'est pas constituée par la Charte qu'elle édicte : elle l'est par les lois fondamentales ; elle est souveraine - au sens relatif de l'Ancien régime - dans leur cadre et notamment pour élaborer cette loi ordinaire quoique éminente qu'est la Charte. La puissance royale est donc bien extérieure à la Charte : mais cela ne veut pas dire qu'elle ne découle pas de la constitution de l'Etat (135). Simplement la constitution de l'Etat, dans la problématique royaliste dont nous avons tenté de faire la théorie, ce n'était pas la Charte.

Il est cependant possible de distinguer parmi les monarchies limitées jusqu'ici discernées en fonction de la nature du pouvoir "constituant" qui les a instaurées et qui y est mis en oeuvre.

31 - Les modalités de naissance de la "constitution" ou de ce qui - sous quelque titre que ce soit - en fait fonction, revêtent une grande importance.

Il va tout d'abord de soi que, pour qu'il y ait maintien de l'unité royale du pouvoir d'Etat, il faut qu'il y ait *auto* et non *hétéro-limitation* ou même *pacte*. Dès lors en effet que la "nation" intervient d'une façon ou d'une autre dans l'opération "constituante", seule ou à titre de partie, le "principe monarchique" se trouve battu en brèche. Dans le pacte, il y a l'amorce d'une *dualité* des pouvoirs qui même si elle n'est pas clairement agencée dans le corps du texte qui fait l'objet du contrat constituant, ne manquera pas de peser sur l'esprit du régime tout entier. En ce sens, il faut considérer que le pacte ne peut pas déboucher sur l'institution d'une monarchie limitée : le régime qu'il engendre n'est déjà plus sur le versant des "monarchies pures". Malgré une forte similitude des pratiques de la Monarchie de Juillet et de la Restauration, on qualifiera ainsi la première non de monarchie limitée mais de *monarchie pré-parlementaire* ou mieux encore de *régime à exécutif fortement monarchique*. L'on notera d'ailleurs que bien que les deux Chartes de 1814 et 1830 soient très proches l'une de l'autre, quelques traits les distinguent aussi radicalement que significativement : en dehors de

---

(134) L'Etat moderne ..., op. cit., t. 2, pp. 249 et 250 ; dans le même sens, voir CARRE DE MALBERG, op. cit., t. 2, p.132 s. (singulièrement note 14) et 184.

(135) Nous ne suivrons pas CARRE DE MALBERG, op. cit., t. 2, p.63, selon lequel, dans la monarchie absolue, le Roi "est le maître des changements à apporter à la constitution" ; ceci est vrai pour ce qui concerne la constitution matérielle, modifiable par voie législative, mais pas, on l'a dit, pour les lois fondamentales, coutumières et en vérité providentielles, hors de portée autant du Roi que de la Nation.

l'emploi de la technique du pacte, il faut retenir la modification de l'article 14 qui marquait, bien davantage que l'établissement de la concurrence de l'initiative des chambres, un changement profond.

Le concept de *monarchie pré-parlementaire* ne doit pas égarer : il n'implique pas une évolution inévitable vers le parlementarisme ; il marque simplement l'inflexion des bases idéologiques du régime en 1830.

La doctrine royaliste allemande ne se trompait d'ailleurs pas sur le caractère décisif de la technique de l'octroi. Comme le disait Bismarck en 1869, "en Prusse, la royauté a renoncé volontairement à certains de ses privilèges, mais elle eût pu résister, si elle eût voulu, à cette poussée révolutionnaire" (136) (137).

Ainsi, dans le cadre du recours à la technique de l'octroi, pourrait-on tout au plus distinguer deux types de monarchie limitée selon la nature de leur acte de naissance : par le recours, comme en 1814, à une technique qu'il faut bien appeler *législative*, marquée par l'incomplétude du texte produit, le pouvoir royal ne se trouve pas constitué par la Charte ; au contraire, dans des systèmes où, en l'absence de lois fondamentales à la française, le Roi jouissait d'un véritable pouvoir constituant, il a fort bien pu mettre en place une constitution constituant son pouvoir pour l'avenir : et ici nous retrouvons la pensée de Jellinek et de Carré de Malberg, sans vouloir nous aventurer dans des illustrations précises qui supposeraient une connaissance profonde de l'état du droit antérieur aux constitutions allemandes du XIXème siècle.

32 - Il ne saurait par ailleurs y avoir monarchie limitée que si le Roi verrouille la procédure de révision de la loi fondamentale (138) et peu importe qu'il s'agisse à cet égard d'une simple loi ou d'une constitution, et dans ce dernier cas qu'il y ait ou non une claire distinction des lois ordinaires et des lois constitutionnelles et un agencement précis de la procédure de révision. Sans ce verrouillage, on tombe de l'auto dans l'hétéro-limitation, incompatible on vient de le dire avec la notion de monarchie limitée (139).

La révision par ordonnances ne saurait nous l'avons dit être définitivement exclue dès lors qu'est utilisée - comme en 1814 - ce que nous venons de qualifier de technique législative. Par contre, si la monarchie limitée se fonde sur une constitution au sens strict, la logique du système veut qu'il ne puisse être révisé en dehors de la procédure prévue à cet effet. Tout au plus admettra-t-on au profit du Roi une prérogative reconnue aux modernes "monarques républicains", celle de suspendre l'application de la loi fondamentale en cas de nécessité.

---

(136) Cité par Joseph BARTHELEMY, Les institutions politiques de l'Allemagne ..., op. cit., p.92 ; voir aussi du même, "Les théories royalistes ...", art. cit., p.727 et s.

(137) Notons que l'acte constitutionnel du Wurtemberg, précité, avait fait l'objet d'un pacte : il est dès lors difficile, le concernant, de parler d'une monarchie limitée au sens strict.

(138) Voir JELLINEK, op. cit., t. 2, p.422 ; CARRE DE MALBERG, op. cit., t. 2, pp.64 et 65.

(139) Voir ainsi le mécanisme de révision mis en place en 1791, auquel le Roi n'avait nulle part.

33 - La monarchie limitée est ainsi une monarchie *autolimitée* par l'octroi de garanties concernant l'exercice du pouvoir d'Etat, sans que soit porté atteinte à l'unité théorique fondamentale de celui-ci au profit du Roi et sans que la suprématie du monarque dans l'exercice dudit pouvoir se trouve altérée.

Une telle formule est en principe instable. Car lorsqu'elle est adoptée, c'est généralement par refus d'une évolution plus radicale. Or par définition, dans la pureté de sa logique monarchique, elle ne peut dès lors que heurter. A moins qu'en pratique elle n'accepte de s'affadir.

L'exemple français ne doit cependant pas nous cacher le sort différent d'autres expériences. Des rapports de forces autres ont pu stabiliser ailleurs un régime qui a connu de telles vicissitudes en France. Charles X a joué et a perdu. Mais par contre, en 1862, une évolution vers le parlementarisme fut radicalement arrêtée en Prusse lorsque Bismarck remplaça Holenlohe acculé à la démission du fait du refus de la chambre de voter le budget (140). Ce renversement de tendance décisif, cette solution énergique du "conflit prussien", fit tache d'huile et marqua l'ensemble des systèmes monarchiques allemands jusqu'à la première guerre mondiale.

C'est dire qu'on ne peut bannir sans dommages le concept de monarchie limitée des études constitutionnelles.

---

(140) Voir Joseph BARTHELEMY, "Les théories royalistes ...", art. cit. p.721.

MORIN **Fiche n° 15**

FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE
CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT
Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille

NOTE DE LECTURE

TITRE : LE PARADIGME PERDU : LA NATURE HUMAINE
Seuil - Points n° 109, 1979.
AUTEUR : EDGAR MORIN
THEME PRINCIPAL :

- Nature et culture : une synthèse.
- "La culture constitue une structure d'accueil favorable à toute mutation biologique allant dans le sens de la complexification cérébrale, surtout si, en un secteur de pointe, le cerveau se trouve saturé et ne peut plus prendre en charge un progrès organisationnel nouveau" (p.90).
- Interaction entre hérédité génétique et héritage culturel.
- "Vérité et erreur sont antagonistes et complémentaires dans l'errance humaine" (p.163).

Comparer R. LENOBLE, Histoire de l'idée de nature, Albin Michel, 1969.

MOTS-CLES

Analogie : p.130, 134 (et note 2).
Anormaux : p.68.
Bonheur : p.155.
Classes : p.39, 76 et s., 80 et s., 96-97, 174, 182, 194, 199 et s.
Complexité sociale : passim et not.28-29, 45, 83, 88, 92, 128 et s., 152-153, 175-176, 194.
Communication : p.33, 157.
Conscience : p.108, 142, 148, 162, 197, 231.
Crise : p.156.
Culture : passim et not. 19-20, 86 et s., 98 et s., 159, 180 et s.,201.
Cybernétique : p.26 et s.
Désordre : p.29, 49, 51, 102, 122 à 125, 128 et s., 155-156, 158, 203.
Déterminisme : p.43, note 1.
Déviance : p.67, 184, 186, 201.
Ecologie : p.13, 30 et s.
Entropie : p.128.
Erreur : p.118, 125, 128 et s., 149, 230.
Esthétique : p.115 et s.
Economie : p.81-82.
Famille : p.76 et s., 170 et s., 179.
Hominisation : passim, 55 et s., 63 à 67.
Héritage culturel : p. 184 et s.
Idée : p.226.
Inégalité sociale : p.41, 49, 175, 195.
Exogamie : p.176, 214.
Innovation : p.50, 130, 135.
Jeunes : p.79-80, 87, 94 et s.
Histoire : p.147, 199, 203, 219.
Langage : p.52-53, 84 et s., 180.
machine : p.26 et s.
Magie : p.108-109, 157, 180.
Mariage : p.172.
Marx : p.21, 164, 224 et note 1.
Mort : p.107 et s., 154, 230.
Mutations génétiques : p.83, 92,178.
Mythe : p.109, 131, 154, 157-158,180
Nature : passim et not. 19-20, 163.
Normes : p.123, 146, 155, 162, 174, 177, 182-183, 186.
Objet : p.110, 113, 142, 197, 228.
Panne : p.28-29.
Parenté : p.173, 179.
Paternité : p.172.
Réalité : p.138, 144, 150.
Religion : p.158 et s., 193, 201.
Rêve : p.122, 136.
Sépultures : p.107 et s.
Sexes : p.76, 87-88, 90, 171, 175.
Sexualité : p.77 (note 1), 121, 170, 177 et s.
Société : p.35-36, 44-45, 73, 101, 162, 167, 177, 185, 193, 198, 217.
Système : p.30, 43, 161, 177.

Teilhard : p.102.
Temps : p.108, 154.
Valeurs : p.229.
Vérité : p.138, 151.
Ville : p.196.

PLAN

p. 17 1 . LA SOUDURE EPISTEMOLOGIQUE
p. 19 1 . La science close.
p. 25 2 . La "révolution biologique".
p. 38 3 . "Nos frères inférieurs".
p. 55 4 . La brèche et la soudure.
p. 61 2 . L'HOMINISATION (L'ANTHROPO-SOCIOGENESE)
p. 63 1 . Le chassé sachant chasser.
p. 74 2 . La sociogenèse.
p. 92 3 . Le noeud gordien de l'hominisation.
p. 101 4 . L'inachèvement final.
p. 105 3 . UN ANIMAL DOUE DE DERAISON
p. 107 1 . Sapiens-démens
p. 127 2 . L'hypercomplexité.
p. 148 3 . L'homme générique.
p. 165 4 . L'ARKHE-SOCIETE
p. 170 1 . La ramification et l'ouverture de la société
p. 180 2 . La culture.
p. 189 5 . TROISIEME NAISSANCE DE L'HOMME : LA SOCIETE HISTORIQUE
p. 191 1 . Le léviathan.
p. 199 2 . L'histoire.
p. 209 6 . L'HOMME PENINSULAIRE

EXTRAITS

p. 20 : "Paradigme introuvable de Pascal, paradis perdu de Rousseau, l'idée de nature humaine allait encore s'énucléer, devenir protoplasme mou, sous la prise de conscience de l'évolution historique et de la diversité des civilisations... Dans la mesure où l'idée de nature humaine s'est trouvée immobilisée par le conservatisme afin d'être mobilisée contre le changement social, l'idéologie du progrès a tiré la conclusion que, pour qu'il y ait changement dans l'homme, il ne fallait pas qu'il y eût de nature humaine".

p. 138 : "*Aucun dispositif dans le cerveau ne permet de distinguer les* stimuli *externes des* stimuli *internes,* c'est-à-dire le rêve de la veille ...".

p. 139 : "L'illusion, le désordre, l'erreur, le "bruit", vont accompagner sans relâche l'activité pensante de *sapiens,* laquelle est jeu, ruse, effort dans la zone d'ambiguïté et la brèche d'incertitude. Sans cesse il referme la brèche par de la mythologie et de l'idéologie, sans cesse quelque part, quelqu'un rouvre la brèche. Cette indécidabilité est à la fois ce qui limite à jamais et ce qui ouvre indéfiniment la possibilité de connaissance".

p. 162 : "La non-optimisation signifie qu'on ne saurait fournir au préalable une règle idéale, une norme, un schème rationalisateur qui assurent le plein-emploi permanent des vertus hypercomplexes".

p. 204 : "Le tourbillon de l'histoire, en balayant à tous vents les cultures en miettes, disperse aussi des spores".

p. 206 : "Les possibilités du cerveau humain n'ont pas toutes été immédiatement exploitées ... ses aptitudes - dont l'aptitude à la créativité et à la conscience - pour s'actualiser et se développer, ont besoin d'un contexte socioculturel lui-même suffisamment complexe et cette complexité socioculturelle, en même temps, est une lente et gigantesque sécrétion du cerveau humain lui-même".

R.R.J. 1982
p.305 à 345

DOCUMENT

L'ARTICLE 1384, AL. 1er, DU CODE CIVIL TEL QU'EN LUI-MEME ENFIN ...

(Arrêt de la Cour Suprême de l'Ile Maurice du 4 novembre 1936 (1)

Plusieurs raisons justifient la publication de l'arrêt de la Cour Suprême de l'Ile Maurice du 4 novembre 1936 (2).

Cette décision porte sur l'interprétation de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil. Elle offre l'occasion de réfléchir, à nouveau, sur ce qu'aurait pu être notre Droit de la responsabilité sans l'arrêt Jand'heur et elle recense les principaux arguments ***pro et contra*** *la solution qu'il a consacrée. L'arrêt de la Cour Suprême de l'Ile Maurice donnera aussi, aux étidiants, un exemple de motivation telle que la tradition de "Common Law" la conçoit. Plus fondamentalement, la décision rapportée invitera à réfléchir sur les rapports qui s'instaurent, dans les pays de droit mixte, entre le fond du droit - ici le Code civil - et les règles de procédure - la Common Law dans cet exemple - Cette question est suffisamment délicate (3) pour qu'un document de plus soit versé au dossier. Il est notamment important de relever dans quelles conditions la haute juridiction mauricienne décide de se séparer d'une interprétation adoptée par la Cour de cassation française.*

Les représentants de la victime d'un accident de la voie publique demandent 4 000 roupies. Le défendeur, propriétaire de la voiture qui renversa la victime, appelle comme défendeur en garantie, le père d'un jeune garçon qu'on déclare avoir pris le volant par suite de la négligence du chauffeur du propriétaire.

D'Unienville représentait les plaignants
Fouquereaux représentait le propriétaire
Gelle K.C. représentait le défendeur en garantie

Les faits et circonstances sont tout à fait précis dans le jugement de la Cour (Nairac C.J. et Le Conte J. avec la participation juridique de Espitalier Noël AG. J.) rendu le 4 novembre 1936 comme suit :

I ° - LE CONTE J. : Les plaignants en tant que seuls héritiers de Mangroo Kolfat, renversé et tué le 28 janvier 1935 par une automobile appartenant au défendeur et conduite par le fils du défendeur en garantie, ont intenté cette action.

Ils soutiennent que le défendeur, ayant la garde du véhicule est responsable

(1) Trad. M. ATIAS - Texte extrait de "The Mauritius Report", 1937, p.43 à 95.

(2) Nous tenons à remercier M. V. KOENIG de nous en avoir fourni le texte.

(3) Cf. supra F. GRIVART DE KERSTRAT, Une méthode pour le droit comparé

d'après l'art. 1384 du Code Napoléon, paragraphe I, ou encore qu'il est responsable :

a) soit parce que le chauffeur permit à un conducteur incompétent de prendre le volant de la voiture du défendeur, à savoir le fils du défendeur en garantie.

b) soit, parce qu'il abandonna sa voiture sur la voie publique sous la surveillance de particuliers non munis d'un permis de conduire, ainsi que la Cour pourra en trouver preuve dans les documents joints.

2° - Le défendeur reconnaît la propriété de sa voiture, et qu'au moment de l'accident, celle-ci était conduite par le fils du défendeur en garantie.

Mais s'il dit que ce dernier agit ainsi sans le consentement du chauffeur ou meme que ce dernier le sut, il nie avoir laissé la voiture sous la garde de personnes sans permis de conduire, et soutient qu'il n'est pas responsable, d'autant que l'accident survint par suite de l'imprudence et de la faute du jeune chinois Ah Kwong, et, de ce fait, demande la comparution du père de ce dernier Lee Ah Choon comme défendeur en garantie.

3 ° - Ce dernier affirme n'avoir jamais autorisé son fils à conduire la voiture du défendeur, ni aucune autre, Ah Kwong prit le volant, conseillé par le chauffeur du défendeur sans que Lee Ah Choon en sût rien.

Dans ces circonstances, comme il ne lui était absolument pas possible d'empêcher son fils d'agir comme il l'a fait, il n'est pas responsable devant la loi (art. 1384 par. 5). Enfin, il soutient que l'accident est du à l'imprévoyance et à l'imprudence du chauffeur du défendeur.

4 ° - Les faits de la cause tels qu'ils ont été établis devant nous par les témoins sont les suivants :

Le 28 janvier 1935 vers 2 h 30 de l'après-midi, Ah Kwong loua la voiture du défendeur alors sous la conduite de son chauffeur Mamode Auliar, il devait se rendre de Montagne Blanche où il réside, au Quartier militaire ; en chemin, Mamode Auliar s'arrêta au sommet d'une colline pour regonfler un de ses pneus qui était à plat. Ensuite il s'éloigna quelque peu pour satisfaire un besoin naturel. Un certain Jaykarran, fils du défendeur et qui se trouvait aussi dans l'automobile, était descendu de celle-ci de sorte que le jeune Ah Kwong, âgé de 14 ans, était seul dans la voiture. Ah Kwong mit en route et partit en zigzaguant sur la route si bien qu'en quelques secondes, il renversa la victime qui marchait devant la voiture sur le côté droit de la route, décapita un arbre sur ce même côté et termina son voyage court, mais riche d'émotions, dans un buisson voisin.

5 ° - Les problèmes de droit sur lesquels on doit rendre jugement sont les suivants :

a) Le défendeur est-il responsable au regard de l'art. 1384 simplement parce qu'ayant la garde de son véhicule il est juridiquement responsable des dommages causés par l'automobile (par. 7 de l'exposé de la demande).

b) Le défendeur est-il responsable de toute faute commise par son chauffeur pendant qu'il conduisait cette voiture ?

c) Est-il responsable si le chauffeur laisse ce véhicule sous la garde

de personnes non munies d'un permis de conduire, si bien qu'il laissa Ah Kwong agir comme il le fît ?

d) S'il est responsable, est-ce que le défendeur en garantie est responsable au regard de l'art. 1384 pour la faute de son fils, et de ce fait, le défendeur en garantie doit-il indemniser le défendeur à proportion de la somme que celui-ci pourra avoir à verser aux plaignants ?

QUESTION N° I

6° - C'est là et de loin, le point le plus difficile soumis à notre jugement. Il est indispensable que nous examinions les arguments pour et contre avec le plus grand soin et le plus grand discernement.

En effet le défendeur nous propose d'écarter l'arrêt de la Cour de cassation toutes chambres réunies (rendu dans l'affaire Jand'heur, le 13 février 1930) au motif que la Cour ne s'est pas contentée d'interpréter la loi française exposée dans le Code Napoléon (Art. 1382 à 1386) mais y a ajouté certains principes qui, non seulement n'y figurent pas, mais encore y sont contraires.

Avant de discuter cette nouvelle conception, il ne sera pas inutile de voir où en étaient les choses au moment où apparut cette théorie nouvelle.

7° - Le titre 7 du Livre 3 du Code Napoléon porte pour titre "Des engagements qui se forment sans convention". Il contient une disposition préliminaire, art. 1370 et deux chapitres : chapitre 1, des quasi-contrats, art. 1371, 1372 et chapitre 2 des délits et quasi-délits, art. 1382 à 1386.

Les articles 1370 et 1382 à 1386 sont intégralement cités dans le jugement de mon savant collègue, le Juge en chef.

Je vais appeler l'attention sur le texte du dernier paragraphe de l'art. 1370 : "Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé résultent ou des quasi-contrats ou des délits ou quasi-délits. Ils font la matière du présent titre".

En conséquence, il semblerait que le chapitre 2 qui traite des torts (délits et quasi-délits) concerne les obligations qui résultent d'un fait *personnel* regardant la partie qui est en cause.

8° - Les articles 1382 et 1383 se rapportent à l'évidence, à quelque faute commise par la personne elle-même poursuivie.

L'article 1384 se rapporte à la responsabilité d'une partie pour le dommage causé :

a) par d'autres personnes dont il est déclaré répondre telles que ses enfants mineurs, ses domestiques, agents, élèves et apprentis.

b) par les choses qu'il a sous sa garde.

L'article 1385 traite de la responsabilité du propriétaire d'un animal et l'article 1386 de celle d'un propriétaire d'une maison qui s'effondre, pour les dommages causés par l'animal ou l'effondrement de la maison.

9° - Quelle est la signification exacte de la fin du premier paragraphe de l'art. 1384, relatif au dommage causé par les choses ? Y a-t-il une quelconque indication que cette disposition puisse s'appliquer aux choses que quelqu'un utiliserait négligemment, imprudemment ou maladroitement ?

Si nous regardons l'avis des autorités, il semblerait que les choses auxquelles fait allusion l'article 1384 étaient jadis des objets inanimés ou les animaux causant dommage par eux-mêmes sans l'intervention directe de l'homme.

Nous lisons chez DEMOLOMBE, vol. 31, page 554, par. 638 :

> *"Chacun est responsable des vices ou des défauts de la chose dont il est propriétaire ou dont il se sert car il peut s'en défaire, et, s'il la conserve, il doit veiller à ce qu'elle ne cause pas de dommage à un tiers. Si donc, un dommage se produit, la logique et l'équité exigent que la perte retombe sur lui bien plutôt que sur le tiers, qui y est étranger et auquel aucun reproche ne peut être fait. Tes est le principe sur lequel repose la disposition de l'art. 1385, disposition qui est elle-même aussi fondée, comme celle de l'art. 1384, sur une présomption de faute de négligence ou d'imprudence, conformément aux art. 1382 et 1383".*

Et le savant auteur poursuit avec la discussion des art. 1385 et 1386, qui traitent de choses qui causent un dommage sans l'intervention de l'homme.

10° - BAUDRY-LACANTINERIE, en son précis de Droit civil, 13e éd., vol. 2, page 328, écrit :

> *"Le Code de 1804 après avoir déclaré dans l'article 1384, al. 1er* ***in fine****, qu'on est responsable des choses qu'on a sous sa garde, précise le sens de cette formule dans les articles 1385 et 1386, à propos du dommage causé par un animal, à propos du dommage résultant de la ruine d'un bâtiment".*

Dans la 6e édition du même travail, même volume, page 429, notre auteur propose comme exemple de préjudice causé par le fait des choses, l'explosion d'un moteur ou la chute d'un arbre.

> *"La responsabilité édictée par ce texte a sa source dans un quasi-délit. Avec une surveillance plus active, un choix plus scrupuleux, une plus grande diligence dans l'emploi des mesures préventives commandées par la prudence, nous aurions pu le plus souvent conjurer le préjudice qui a été causé à autrui par les personnes soumises à notre garde, comme nos enfants mineurs ou celui qui a été causé par certaines personnes, comme nos domestiques dans l'exercice des fonctions que nous leur avons confiées, ou enfin, le dommage occasionné par une chose qui nous appartient, par exemple, celui de l'explosion d'une machine ou de la chute d'un arbre.*
>
> *Voilà pourquoi la loi nous en déclare civilement responsables. Elle présume, parce que cela arrive en effet le plus souvent, que le dommage qui a été causé à autrui dans ces conditions, est la conséquence au moins indirecte d'une faute ou d'une négligence de notre part".*

11° - Dans le 15e volume de son Traité de Droit civil, pages 648 et suivantes, BAUDRY-LACANTINERIE examine de façon exhaustive ce problème. Il nous dit que pendant les trois quarts du siècle, la responsabilité attachée à des objets inanimés était reliée par les juges et les commentateurs

à l'article 1382. Il en résultait que le propriétaire ou détenteur de l'objet n'était pas tenu pour responsable sauf si une faute pouvait être rapportée à son encontre.

12° - En 1877, la Cour de Paris décide que la responsabilité des propriétaires ou détenteurs relevait de l'art. 1386 ; d'évidence, c'était une erreur, cet article dans ses termes mêmes, ne s'applique qu'à une construction, et à aucun objet qui puisse être déplacé.

13° - Vers 1889, tout soudain, les Cours et les commentateurs découvrirent le paragraphe 1er, **in fine**, de l'article 1384, qui, selon BAUDRY-LACANTINERIE, était jusqu'alors passé inaperçu et l'immense majorité considéra que le droit relatif à la responsabilité du fait des choses relevait de cet article. Quant au fondement rationnel de cette responsabilité, tout le monde n'était pas d'accord. Certains pensaient que la responsabilité était attachée à la capacité du propriétaire. Mais le texte lui-même de l'article 1384 montre que cette explication était erronée. Deux autres théories furent proposées.

> *"D'après l'explication courante qui l'emporte dans la jurisprudence française et que la Cour Suprême a consacrée par deux décisions toutes récentes" (ceci était écrit en 1908) "la responsabilité du fait des choses inanimées a pour fondement une faute de la personne déclarée responsable ; seulement cette faute est présumée, et par conséquent, celui qui réclame la réparation du préjudice n'a pas à prouver la faute. Une semblable présomption se justifie facilement, la faute existe presque toujours. C'était donc le cas de la présumer ... d'ailleurs cette présomption n'est pas irréfragable"*
>
> *(BAUDRY-LACANTINERIE, vol. XV, p.690 et 691).*

14° - Dans le dessein d'illustrer ce principe, BAUDRY-LACANTINERIE cite une douzaine de décisions de la Cour de cassation, de Cours d'appel et du Conseil d'Etat. Le dommage dans ces cas était causé par des objets dont voici des exemples : une scie circulaire ; un fragment de métal issu de l'explosion d'un moteur ; une machine à vapeur mobile qui a explosé ; une chaudière qui a explosé ; des étincelles projetées par un moteur ; la chute d'un vase placé sur un pilier en équilibre instable ; un incendie causé par une batteuse ; un cric à vis. Ces exemples montrent la solidité des remarques qui suivent, que je découvre dans les conclusions de l'éminent substitut pour la présente affaire :

Même si on s'accorde à dire que l'expression "fait des choses" n'est pas très heureuse, on peut donner une interprétation logique de l'idée du législateur. Ne peut-on soutenir qu'il s'agit d'un fait de la chose quand une chaudière explose ou un pneu d'automobile éclate ?

Il est vrai qu'une chaudière doit être chauffée par l'intermédiaire d'une action de l'homme et un pneu gonflé par l'intermédiaire de la même action humaine, mais je n'ai pas de difficulté à penser qu'on peut assez aisément différencier les accidents dont la cause la plus proche est le défaut ou le manque de la chose elle-même et ceux dont la cause ne peut être rapportée qu'à l'être humain qui contrôlait la chose.

15° - Dans tous les cas cités ci-dessus, le dommage était causé par la chose en soi, sans intervention directe de l'homme ; sauf cependant dans le cas du cric qui était en parfait état et était manoeuvré par la victime elle-même au moment de l'accident. Le Tribunal civil de Liège décida qu'il était nécessaire de montrer que le défendeur avait commis quelque faute. La simple preuve qu'il était le propriétaire du cric ne suffisait pas à établir sa responsabilité au regard de l'art. 1384.

La Cour d'appel de Liège rejeta l'appel pour la raison suivante :

"Attendu que le progrès industriel a, à la vérité, augmenté le nombre des accidents auxquels les ouvriers sont exposés, etc... etc... que si la situation créée à cet égard se recommande à l'attention du législateur, ce n'est pas à la jurisprudence de préparer par ses arrêts la voie dans laquelle il doit, suivant elle, entrer, elle dont la mission se renferme dans la stricte application du droit existant".
(D.P., 1900, II., 295).

16° - La troisième et dernière théorie est celle qui nous concerne plus spécialement. Plus récemment s'est fait jour la théorie du "risque" ou "risque créé".

"Dans cette théorie, la responsabilité du fait des choses dont nous avons la garde est rattachée à l'idée du risque. Celui qui, pour son agrément ou pour son profit, introduit dans la société, une chose dangereuse, fait courir à ses semblables un certain risque ; N'est-il pas juste que ce risque soit à la charge de celui qui se sert de la chose, qui en a la garde, conformément à la règle "ubi emolumentum, ibi onus" ? *La théorie du risque gagne du terrain chaque jour. Elle trouve de plus en plus faveur dans la doctrine et commence à pénétrer dans la jurisprudence"*

(BAUDRY-LACANTINERIE, vol. XV, pages 692 et 693).

C'est en 1898 que la Cour de cassation donna son appui à la nouvelle théorie (voir D.P. 1897, I, 433).

Dès le début, deux savants commentateurs, MM. SALEILLES et JOSSERAND, en devinrent les plus enthousiastes défenseurs, surtout ce dernier.

"Depuis cette date mémorable, écrit-il dans un article publié dans le Recueil Hebdomadaire de Dalloz, p.5, année 1930, *la nouvelle théorie d'abord vivement combattue au nom de la tradition et de l'orthodoxie juridiques, a rallié à peu près tous les suffrages ; elle a envahi tous les domaines de l'activité humaine, et les décisions judiciaires qui l'ont consacrée se dénombrent par centaines ; on peut considérer qu'elle est partie intégrante de notre droit positif français".*

La préférence de M. Josserand pour cette nouvelle théorie ne semble pas avoir été partagée par d'autres juristes français aussi vite ; le ton de l'extrait cité pourrait le faire croire.

Je vais citer quelques jugements de Cours françaises relatifs à la théorie du risque. Le premier est relaté dans D.P. 1925, I, 5.

La présomption de faute établie par l'art. 1384, al. I à l'encontre

de celui qui a causé un dommage ne peut être détruite que par la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable. Il ne suffit pas de prouver que le gardien n'a commis aucune faute ou que la cause du dommage est demeurée inconnue. Cette présomption de faute pèse sur le propriétaire d'une automobile en cas d'accident causé par la voiture à un piéton. En conséquence, la responsabilité du propriétaire ne peut être écartée par le motif que, l'accident ne résultant pas du mauvais état de la voiture, le propriétaire n'a commis aucune faute..."

En commentant ce jugement rendu le 29 juillet 1924, M. LALOU écrit dans son remarquable Traité "La Responsabilité civile, 2ème éd. note n° 1238 :

"Il avait paru à différents commentateurs que cet arrêt marquait un revirement important dans la jurisprudence, et que, pour se conformer à la doctrine de cet arrêt, il fallait assujettir tous les accidents d'automobile à l'art. 1384, par. I, sans distinguer si le dommage s'était produit par l'automobile indépendamment d'une direction de l'homme ou **avec** *l'automobile pendant qu'elle était conduite".*

18° - Le 6 janvier 1926, le Tribunal civil de Lyon rendit le jugement qui suit, ce dernier va à l'encontre du précédent (Jacques AMBLARD, Code de la Route, éd. 1928, p.226) :

"La responsabilité telle qu'elle est organisée par le Code civil, repose sur une distinction très nette entre la responsabilité directe créée du fait de l'homme et la responsabilité indirecte indépendante de tout acte de l'homme, ayant une relation immédiate de cause à effet avec le dommage.

La responsabilité directe est encourue lorsque le dommage résulte d'un fait personnel (acte positif ou négligence) précis, contemporain du dommage, ou le précédant immédiatement, et à condition que ce fait soit affecté d'une faute qu'il incombe au demandeur de préciser et de démontrer (art. 1382, 1383 du Code civil).

En l'absence de tout fait de l'homme, il existe un autre domaine tout à fait différent de responsabilité ; c'est celui des art. 1384 et 1385 du Code civil, en vertu duquel on est responsable du dommage causé par sa chose, par son préposé, par son animal. Ces derniers textes ne sont pas applicables lorsque c'est le fait de l'homme qui est la cause du dommage ; l'art. 1384 ne joue que lorsque le dommage est directement causé par la chose elle-même, par le vice propre de la chose. Si, au contraire, celle-ci est maniée et dirigée par l'homme, elle n'est qu'un instrument constituant le prolongement de l'activité humaine et c'est l'art. 1382 qu'il faut appliquer.

En conséquence, si un voyageur transporté en automobile est victime d'une collision entre cette automobile et une autre voiture automobile, il lui appartient de démontrer une faute, à l'encontre des deux conducteurs.

Les Tribunaux peuvent d'ailleurs se montrer très larges dans l'administration de la preuve de cette faute. L'invention ou le développement d'une machine ou d'un engin, éventuellement dangereux, n'autorise

pas les juges à créer, de plein droit, une responsabilité et un risque que le législateur seul est qualifié pour établir".

19° - Le 21 février 1927 (D.P. 1927, I, 97) la Cour de cassation confirme sé décision précédente :

"La présomption de faute établie par l'art. 1381, 1°, C.C., à l'encontre de celui qui a sous sa garde la chose mobilière inanimée qui a causé un dommage à autrui ne peut être détruite que par la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable.

Il ne lui suffit pas de prouver que le gardien n'a commis aucune faute, ou que la cause du fait dommageable est demeurée inconnue. Et la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non actionnée par la main de l'homme ; il suffit qu'il s'agisse d'une chose soumise à la nécessité d'une "garde" en raison des dangers qu'elle peut faire courir à autrui.

Par suite, en cas d'accident causé par une automobile à un piéton, l'application de l'art. 1384, al. I, ne peut être écartée sous le prétexte qu'au moment de l'accident, la voiture était sous la conduite d'un chauffeur".

20° - Sur les pas de l'affirmation répétée de cette opinion de la Cour suprême française, la Cour d'appel de Lyon, le 7 juillet de la même année, rendit l'arrêt suivant (D.H., 1927, p.423) :

"L'accident imputé à une voiture automobile en mouvement sous l'impulsion et la direction de l'homme, alors qu'ucune preuve n'existe qu'il soit dû à un vice propre de la voiture ne constitue pas un dommage causé par une chose que l'on a sous sa garde dans les termes de l'art. 1384, al. 1er du Code civil.

Il ne peut engager la responsabilité du conducteur qu'autant qu'il est la suite d'une faute établie dont la preuve incombe à la victime".

Les attendus qui suivent me paraissent dignes d'être cités :

"Attendu ... qu'il paraît bien y avoir quelque contradiction à admettre qu'un texte instituant une présomption de faute s'applique même au cas où l'accident provient de la seule force aveugle de la machine, si l'existence de cette cause n'est point établie, qu'il est plus rationnel d'imposer la démonstration de la faute à la victime, quand elle allègue un manquement à la règle qui commande d'agir avec vigilance et habileté ; qu'à cet égard, il n'est pas inutile de relever que la loi du 7 novembre 1922 complétive de l'art. 1384 a substitué en cas d'incendie, à la responsabilité présumée, la nécessité de prouver la faute, corrigeant ainsi une rigueur juridique vivement critiquée".

"Attendu qu'on objecterait vainement qu'en l'état de la doctrine traditionnelle, la victime d'un accident peut se trouver dans l'impossibilité d'obtenir réparation du dommage, à défaut d'être en mesure de rapporter

la preuve de la faute ; mais, qu'il importe d'observer que l'obligation légale de la preuve n'est en rien influencée par la plus ou moins grande difficulté de prouver, et que, si dignes d'intérêt que puissent être les situations lésées, il n'appartient pas au pouvoir judiciaire, d'ajouter des présomptions de faute à celles édictées expressément ou d'une façon virtuelle par notre grande charte civile".

"Attendu enfin que, quelle que soit la puissance des considérations d'ordre social déduites de la multiplicité des accidents et du souci protecteur de la vie humaine, on ne peut souscrire à une application jurisprudentielle qui risque d'aboutir à frapper des personnes non fautives par crainte de voir demeurer sans sanction quelques responsabilités ...".

21° - Ensuite, survint l'arrêt solennel de la Cour de cassation, toutes chambres réunies, rapporté dans le D.P. 1930, p.57.

"La présomption de responsabilité établie par l'art. 1384, al. 1er, à l'encontre de celui qui a sous sa garde la chose inanimée qui a causé un dommage à autrui ne peut être détruite que par la preuve d'un cas fortuit ou de la force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable ; il ne suffit pas au gardien de prouver qu'il n'a commis aucune faute, ou que la cause du fait dommageable est demeurée inconnue.

Il n'y a pas lieu de distinguer, pour l'application de cette présomption suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non actionnée par la main de l'homme ; et il n'est pas nécessaire que la chose ait un vice inhérent à sa nature, susceptible de causer le dommage, l'art. 1384 du Code civil rattachant la responsabilité à la garde de la chose, non à la chose elle-même.

Par suite, en cas d'accident causé par une automobile à un piéton, l'application de l'art. 1384 alinéa 1er du Code civil, ne peut être écartée par le motif qu'à ce moment la voiture était sous la conduite d'un chauffeur et qu'il n'est pas prouvé que l'accident soit dû à un vice propre du véhicule".

22° - Le moment est venu pour moi d'examiner et de décider si cette Cour aurait dû suivre la nouvelle règle de la Cour de cassation, ou si, ainsi que le soutient l'éminent défenseur, nous devrions rejeter cette nouvelle règle comme contraire aux dispositions du Code Napoléon.

Il est à peine nécessaire de rappeler les textes de nos savants prédécesseurs dans le procès de Hugues contre l'administration de Curepipe (1907, O.I. R. 13), concernant l'autorité attachée aux décisions de la Cour de cassation et des Cours d'appel françaises et que M. PETRIDES C.J. et moi-même ont cité avec la plus entière approbation dans le procès de Takan contre Bhagheerutty (1931, O.I.5).

Quand ces juridictions interprètent un texte incertain, il nous faut hésiter très longtemps avant de décider à l'encontre de leur opinion. Mais si nous considérons qu'elles ont atténué un texte de loi ou ajouté à ses dispositions, nous ne devrons certainement pas les suivre. Si nous sommes dans l'erreur, l'autorité convenable pour nous remettre dans le droit chemin est le comité judiciaire du Conseil Privé à Londres.

23° - Cette Cour suivit directement la Cour de cassation quand elle mit de côté sa jurisprudence précédente, et décida que la responsabilité d'un voiturier pour des blesssures reçues par un passager étaient hors du contrat, mais non pas hors du tort causé (1931, MR 3).

24° - Il est important de noter que dans cette petite île où malheureusement les accidents d'automobiles sont plutôt fréquents et où nombre de procès sont intentés par des piétons bousculés ou écrasés par des véhicules automobiles, pas un seul plaignant n'a jusqu'ici songé à se prévaloir de la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation. Le savant substitut nous a rappelé que dans le cas Asgar contre le chemin de fer de l'Ile Maurice (1931, C.I. R. 52) où un employé du chemin de fer avait été blessé par une machine alors qu'il marchait le long de la voie ferrée, et avait perdu une jambe, son avocat, le regretté Armand Esnouf, avait expressément assuré la Cour de son refus de discuter le point préliminaire soulevé par le défendeur, parce qu'il considérait que la charge (**onus**) de la preuve relevait du plaignant et que l'art. 1382 s'appliquait, non l'art. 1384. Le plaignant dans ce cas fut incapable de prouver qu'il y ait eu la moindre faute du défendeur et par conséquent perdit son procès. Mais son avocat, délibérément, refusa de demander à cette Cour, de délivrer un jugement qu'il considérait non conforme aux principes de nos lois.

25° - En ce qui me concerne, dès le début de ce procès, avant que j'ai commencé à lire la littérature abondante dont ce problème fort débattu a été l'objet, je trouvai les nouveaux principes si généraux, sans possibilité de choix, et en même temps si simplistes, que je ne pus me persuader qu'ils avaient été élaborés dans le pays où est né le Code Napoléon. Le passage qui suit écrit par M. JOSSERAND dans une note sur l'arrêt rapporté dans le D.P. (1904.2.257) me fournit la preuve que mon hypothèse était valable :

> *"Ce courant s'est dessiné puis affirmé en dépit des résistances de la doctrine, comme d'ordinaire plus conservatrice, plus immobilisée que la pratique, il menace d'emporter décidément la théorie romaine de la responsabilité subjective et de réaliser le triomphe de l'idée germanique d'une responsabilité objective encourue par cela seul qu'un dommage a été causé à autrui et abstraction faite de cette notion superficielle fuyante qu'est la faute aquilienne".*

26° - A mesure que je compulsais les notes des commentateurs, il arriva que je me hasardai à affirmer que même les Russes de l'époque moderne étaient peu désireux d'accepter la "théorie du risque" dans sa rigueur inflexible.

Dans une note sur l'arrêt des Chambres réunies cité ci-dessus M. Ripert observe que le *"Code civil des Républiques Socialistes Soviétiques lui-même ne condamne que les personnes et les entreprises dont l'activité cause une aggravation de danger pour l'entourage"* (art. 404). Le savant Professeur remarque judicieusement que cette notion de danger augmenté apporte une atténuation au concept abstrait du risque créé.

27° - Et maintenant examinons les arguments avancés par M. JOSSERAND en faveur de la théorie qu'il défend avec tant de science, d'éloquence et de capacité :

"Lorsqu'un individu introduit dans la société, une machine dangereuse, un animal méchant, il crée pour ceux qui l'entourent un péril dont il doit répondre, dont il est garant indépendamment de toute faute spéciale par lui commise ; la loi le constitue son propre assureur, à raison des risques auxquels il a donné naissance".
(D.P. 1900, 2.293, note L. Josserand).

A nouveau, dans un article publié dans le Recueil Hebdomadaire Dalloz pour l'année 1930, page 6, le même auteur écrit :

"Un parti important, dans la doctrine et dans la jurisprudence, prétend écarter l'application de l'art. 1384, al. 1, du moment que, lors de l'accident, le fait du gardien se combinait avec le fait de la chose, si peu que ce fût ; c'est ainsi que pour les automobiles, il conviendrait de distinguer selon que, lors de l'accident, la voiture était ou non en marche ; c'est seulement dans la seconde éventualité, de beaucoup la plus rare, que la responsabilité du fait des choses entrerait en jeu ; dans la première, donc, presque toujours, et du moment que l'automobile était sous la conduite du propriétaire ou du chauffeur, le dommage serait dû au fait de l'homme, et la victime ne pourrait donc obtenir une indemnité qu'à la condition de prouver la faute du défendeur ; la conduite de la voiture serait exclusive de la garde...

Mais on peut considérer que la cause est entendue en sens contraire ; il serait surprenant que la responsabilité du gardien fut atténuée par la mise en marche du véhicule, c'est-à-dire au moment précis où son utilisation devient vraiment dangereuse. On ne distingue pas pour les dommages causés par une batteuse mécanique, par une locomotive ou par un bateau, selon que le dommage survient pendant la marche de ces appareils ou alors qu'ils étaient au repos, on ne voit pas pourquoi on traiterait autrement les accidents de locomotion automobile ; la distinction entre la garde et la conduite est une distinction factice et presque byzantine ; une automobile n'est jamais autant sous la garde de son propriétaire que lorsque celui-ci est au volant. En réalité, le fait du conducteur s'intègre dans le fait de la machine qui apparaît au premier plan et qui commande à la nature de la responsabilité".

28° - Après mûre réflexion, je me vois incapable d'accepter la conception du savant Professeur. M. JOSSERAND, de mon point de vue, n'exprime pas correctement l'opinion de ceux qui ne pensent pas comme lui quand il dit : *"la conduite de la voiture serait exclusive de la garde".* La conduite d'une automobile ne peut pas plus être exclusive de sa garde que la couleur de la voiture ne peut l'être de sa longueur. Les deux choses sont différentes et la responsabilité de la conduite peut très bien coexister avec la responsabilité de la garde.

29° - Quand l'art. 1384 mentionne les choses que l'on a "sous sa garde", il vise évidemment à limiter le nombre de personnes responsables du "fait des choses". Il serait monstrueux que quelqu'un soit rendu responsable du "fait des choses" qu'il n'aurait pas sous sa garde.

Maintenant l'expression "fait des choses" a longtemps été interprétée par les Cours françaises y compris la Cour de cassation (voir le paragraphe 14

de ce jugement, voir aussi LALOU, La Responsabilité Civile, n. 1237), dans un sens différent de celui que défend M. JOSSERAND, et qui apparut et apparaît toujours raisonnable à maint juriste. Il s'agissait du dommage fait par une chose indépendemment de l'intervention directe de l'homme. Si cette interprétation est claire dans l'esprit, on peut voir qu'il sera inexact de dire que "la conduite de la voiture serait exclusive de la garde" ; une machine à vapeur mobile circulant sur une route peut par la maladresse de son pilote renverser un piéton ; elle peut poursuivre sa route et, encore en mouvement, exploser et blesser grièvement un autre passant. Le dommage causé par le premier accident serait sans aucun doute dû à une faute du conducteur (art. 1382) qui resterait à démontrer, et le dernier par le "fait de la chose" (art. 1384), ce qui soulèverait l'hypothèse de la présomption d'une faute de la part du chauffeur, ou de son employé, selon le cas. A la vérité, comme mon savant collègue le Juge en Chef le fait remarquer, les deux accidents, dûs, l'un à la "faute de l'homme", et l'autre au "fait de la chose" peuvent très bien survenir simultanément. Je suis parfaitement sûr qu'il n'est pas exact de dire que la "conduite de la voiture est exclusive de la garde". Il serait également inexact et peu désirable de soutenir, comme on nous le demande, que "la garde de la voiture est exclusive de la conduite". Je le répète, les deux choses sont différentes ; et il est possible de dire comme M. Josserand, que la distinction entre les deux est "factice et presque byzantine", seulement si on perd de vue le fait que la garde est mentionnée dans la loi simplement pour fixer la responsabilité sur quelqu'un, à l'exclusion des autres parties quand le dommage est causé par la chose elle-même (le fait de la chose) et si on considère le rôle joué par le conducteur comme insignifiant. C'est ce que fait M. JOSSERAND lorsqu'il écrit *"le fait du conducteur s'intègre dans le fait de la machine"*.

Je ne puis accepter cette proposition ; non seulement le fait du conducteur et le fait de la machine sont, comme je viens tout juste de le montrer, deux choses différentes, mais en plus, s'il n'en était pas ainsi, il n'y a aucun fondement raisonnable pour affirmer que l'acte de l'homme est absorbé et remplacé par le "fait de la chose". D'autant plus que nous sommes confrontés à un chapitre du Code qui traite de faits personnels de la partie qui est en cause (art. 1370 in fine).

30° - M. JOSSERAND lui-même est contraint de confesser que sa théorie perd beaucoup de son poids quand on envisage les accidents dûs aux bicyclettes.

> *"La question est assurément plus délicate pour les accidents causés par des bicyclettes et l'on a pu soutenir avec quelque vraisemblance que la chose dommageable est ici au service du bicycliste qui donne à l'appareil l'impulsion et la direction, au point que cet appareil n'est que le prolongement de sa pensée et de ses muscles ; c'est la faute de la chose qui paraît alors s'intégrer dans le fait de l'homme auquel il est subordonné.*
>
> *"Mais bien que cette vue ait été adoptée par de nombreuses décisions judiciaires, l'opinion dominante est encore et de plus en plus, favorable à l'application de l'art. 1384, alinéa 1er ; l'utilisation d'une bicyclette est considérée comme une source de risque et ce véhicule nécessite une garde de la part de celui qui s'en sert".*

Cela vaut la peine de noter que le savant commentateur n'essaie

pas de démontrer que la "théorie du risque" peut raisonnablement s'appliquer aux bicyclettes. Il se contente de remarquer qu'en dépit de toutes les bonnes raisons pour penser le contraire, il y a un accord de l'opinion en faveur de l'extension de la nouvelle doctrine à ce genre de véhicules.

31° - J'aimerais affirmer que les remarques de M. JOSSERAND concernant les bicyclettes me paraissent aussi vraies au sujet des automobiles. Avec cette réserve que les automobiles ne sont pas mûes par la force humaine, les termes de M. JOSSERAND leur sont autant applicables qu'aux bicyclettes. "Cet appareil n'est que le prolongement de la pensée et des muscles de l'homme". En fait, les améliorations récemment apportées par les constructeurs sont telles que, toutes choses égales d'ailleurs, une automobile est maintenant beaucoup plus souple et plus maniable qu'on ne pourrait raisonnablement espérer que le fût une bicyclette.

32° - Il y a un autre aspect du problème auquel il est opportun que je fasse allusion maintenant. Si la "théorie du risque" est acceptée, doit-elle s'appliquer à toutes sortes de choses qu'elles soient ou non dangereuses ? L'art. 1384 parle de choses en général ; et quoique ce soit, même apparemment inoffensif, peut dans certaines circonstances devenir une source de danger. Si l'art. 1384 doit comprendre toutes choses quelles qu'elles soient, la conséquence de la doctrine sera celle-ci : comme un homme ne cause que rarement des blessures à d'autres hommes avec ses poings, pieds ou autre partie de son corps nu, mais qu'il les inflige avec l'aide et par le moyen d'un objet, que va-t-il advenir de l'art. 1382 et de la responsabilité basée sur une "faute" dans le cas d'accidents corporels ? Il deviendra lettre morte ou à tout le moins une exception applicable seulement aux nudistes, et l'art. 1384 à son tour va devenir la règle générale. Un tel état de choses serait certes anormal.

33° - Le Professeur RIPERT a étudié ce problème dans une note sur le jugement rapporté dans le D.P. 1927, I,97. Faisant allusion à la décision suivante de la Cour de cassation :

> *"Il suffit qu'il s'agisse d'une chose soumise à la nécessité d'une garde en raison des dangers qu'elle peut faire courir à autrui".*

Le savant Professeur écrit ceci :

> *"Cette précision était indispensable. La plupart des accidents corporels proviennent en effet du heurt d'objets matériels : véhicules, machines, armes, meubles détachés brusquement ou mal maniés. Faudrait-il alors, toutes les fois que le dommage n'est pas causé directement par la main de l'homme, appliquer l'art. 1384 du Code civil, et admettre par conséquent une présomption de faute contre celui qui a la garde de la chose ?*
>
> *Si on élargissait ainsi l'application de la présomption légale, il n'y aurait presque plus, au cas d'accidents corporels, d'applications pratiques de l'art. 1382. L'art. 1384 deviendrait le droit commun de la responsabilité. Or il n'y a évidemment aucune raison pour faire d'une présomption de faute, la règle de droit commun".*

Nous croyons que le Professeur RIPERT, pour atténuer ce résultat

évidemment indésirable, suggère que la présomption ne s'attache qu'aux objets dangereux seulement.

Dans un article du D.H. 1930, page 32, traitant de l'arrêt des Chambres réunies, Monsieur Henri CAPITANT écrit :

"Cette nouvelle doctrine a pour résultat de déplacer le centre de responsabilité délictuelle, elle le transporte de l'article 1382 à l'article 1384, al. 1er ; elle vide le premier au profit du second.

La fortune de ce lambeau d'article si longtemps ignoré est vraiment singulière : voila qu'il devient le texte fondamental du chapitre des délits et des quasi délits. Cette évolution ne constitue pas à mon avis un progrès. L'équilibre, si sagement établi par le Code civil, est rompu ; son système est vraiment bouleversé. En décidant que l'individu est responsable de plein droit de tout dommage qui paraît causé par le fait d'une chose inanimée, quelle qu'elle soit, la Cour de cassation fait peser sur l'homme un risque trop lourd, contre lequel il ne peut se prémunir par l'assurance. Il ne lui suffit plus de se comporter en homme très diligent, de prendre toutes les précautions qu'exige la prudence. Si attentivement qu'il veille sur des choses, sa responsabilité peut être engagée et il lui sera impossible de s'en décharger. La juste mesure est dépassée.

Au fond, M. JOSSERAND a raison : la notion de faute n'est qu'une fiction. Sans bien s'en rendre compte la jurisprudence lui substitue celle du risque. Nous ne serions pas étonnés qu'un jour prochain le législateur dût intervenir pour remettre les choses au point".

35° - Mais M. JOSSERAND n'est pas homme à s'arrêter à de telles considérations. Dans son article précédemment cité, il pense que la question de savoir si l'objet est ou non dangereux est sans importance et doit être éliminée.

"Il est une autre tentative de resserrement qui est autrement grave et autrement spécieuse que les précédentes ; c'est celle qui tend à limiter le domaine du 1er alinéa de l'art. 1384 aux choses dangereuses, à celles qui nécessitent vraiment une garde. Présentée par Monsieur RIPERT, elle a obtenu un grand succès tant en doctrine qu'en jurisprudence. Cette thèse à retardement, etc... etc..."

Il termine cette partie de sa recherche comme suit :

"Il faut donc espérer que la Cour de cassation reviendra sur sa jurisprudence actuelle, comme elle l'a fait pour les dommages causés par les immeubles, et qu'elle reconnaîtra à l'art. 1384, al. 1er, le large rayonnement qui lui revient logiquement et équitablement".

36° - Deux ans auparavant, M. JOSSERAND dans une note sur une décision rapportée dans le D.P. 1928, I, 99, avait écrit ce qui suit et qui est plus général que son opinion telle que nous la rapportons dans le paragraphe 27 du présent arrêt.

"En somme, cette tentative de distinction entre choses dangereuses et choses inoffensives est purement factice et arbitraire. Il faut y

voir une des nombreuses offensives menées contre la thèse de la responsabilité du fait des choses, que l'on voudrait affaiblir, grignoter par tous les moyens, offensives rendues possibles par l'erreur que commet la jurisprudence en rattachant à tout prix la disposition de l'article 1384 al. 1er, à l'antique et subjective notion de faute. En vérité, ce n'est pas sur une faute présumée que repose la responsabilité du gardien, mais bien sur la notion de risque créé".

A ceci, le Professeur RIPERT répond (D.R. 1930, I, 59) :

"Il ne s'agit pas du tout comme le dit M. JOSSERAND d'un travail de refoulement de la responsabilité du fait des choses. Ceux qui cherchent à faire à cette responsabilité un juste domaine d'application en sont les meilleurs défenseurs. Ce qui pourrait arriver de plus fâcheux à ce précieux petit lambeau d'article c'est d'avoir la prétention d'être un grand principe de responsabilité civile. Déjà, le jour où on a voulu lui faire jouer un rôle dans le dommage causé par la communication de l'incendie, il a reçu du législateur un premier avertissement (ceci est une allusion à la loi du 7.XI.1922, qu'on peut trouver dans toute édition du Code civil, sous l'article 1384)".

"S'il voulait prendre la première place et prétendait assurer la réparation de tous les dommages causés par les choses, sans limitation de l'indemnité, sans garantie de l'assurance, il apparaîtrait comme une règle intolérable et qui, loin de faire régner la justice, substituant sans raison au hasard du dommage le hasard de la réparation".

38° - Il est tout à fait clair que M. JOSSERAND voit d'un oeil serein le détrônement de l'art. 1382 par l'art. 1384 et la substitution de la responsabilité d'objets inanimés, par celle d'un animal doué de raison. Les doutes de M. RIPERT, les craintes de M. CAPITANT, que la construction tout entière du Code civil puisse s'effondrer comme la maison dont il est question dans l'article 1386, ne perturbent point son équilibre.

Justum et tenacem propositi virum ...
Impavidum ferient ruinae.

39° - Dans le Recueil Hebdomadaire de Dalloz du 21 mai 1936 M. JOSSERAND a consacré un nouvel article à la théorie du risque dans le cas où un voleur, après avoir volé une automobile laissée par son propriétaire sur la voie publique, la conduisit d'une manière imprudente et blessa un piéton.

Il est d'avis que le voleur est bien sûr civilement responsable des dommages causés ; mais il ajoute que la Cour de cassation a bien jugé en déclarant que le propriétaire de la voiture est aussi responsable par suite de la présomption de responsabilité créée par l'art. 1384, al. 1er, parce que, bien qu'il ait actuellement perdu la possession effective de sa voiture il en a cependant conservé la possession juridique. Quelques unes des raisons avancées par le distingué commentateur à l'appui de cette théorie sont reproduites ci-dessous :

(page 37) - *"Alors qu'une automobile stationnait sur la voie publique, un malfaiteur - ou un mauvais plaisant - s'en empare, prend*

place au volant et dans sa fuite éperdue renverse un piéton ou accroche une autre voiture.

La responsabilité civile de l'auteur de ce double méfait est certaine mais restera sans doute illusoire ; normalement le filou ne sera pas à même de fournir à sa victime la réparation qu'il lui doit ; là où il n'y a rien, le créancier perd ses droits, sinon dans leur principe du moins dans leur réalisation. Et dès lors l'accidenté songera à s'en prendre à plus solvable que l'auteur direct du dommage, au propriétaire ou au détenteur de la voiture. "

(page 38) - *"Etant donné que l'insolvabilité du voleur constitue la règle presque constante, exonérer le légitime possesseur de l'automobile équivaudrait à sacrifier la victime de l'accident qui devrait alors supporter sans recours effectif, le dommage subi ; ce qui reviendrait pratiquement à lui faire endosser la responsabilité d'un accident dans lequel elle a joué un rôle purement passif, alors qu'elle ne se trouvait ni en faute ni en état de risque par elle créé ; sacrifice qui serait plus dur encore que celui du gardien légitime, lequel possédait et utilisait, pour son plaisir ou dans son intérêt, une chose susceptible de nuire à autrui.*

On peut donc estimer que sur le terrain de l'équité la solution consacrée par la Chambre Civile est encore la plus acceptable ; entre deux maux le sacrifice du légitime gardien ou celui de la victime, la haute juridiction a choisi le moindre ; il reste à rechercher si cette décision est également résistante lorsqu'on l'envisage du point de vue strictement juridique.

Nous pensons que, considérée sous cet angle, la nouvelle jurisprudence est parfaitement fondée, et qu'ici, comme presque toujours, le droit positif marche de pair avec l'équité et avec la justice".

40° - Je ne puis céler ma surprise devant ce raisonnement. Il est tout à fait déplorable que la victime innocente d'un accident ne soit pas indemnisée pour le préjudice subi, parce que le responsable est insolvable. Mais est-ce là, selon la loi de l'équité, un motif pour rejeter la responsabilité sur le propriétaire de la voiture ? Ainsi, cet infortuné personnage ne va pas seulement perdre sa voiture, mais encore payer les dommages causés par la conduite imprudente du voleur. Il doit être le perdant, ses moyens le lui permettent, ou comme l'a dit récemment un homme politique français *"il faut prendre l'argent là où il se trouve"*. En somme, la responsabilité d'un homme serait appréciée en fonction de son compte en banque. La même *"ratio decidendi"* a apparemment inspiré la "Court of Star Chamber" quand elle condamna un homme à payer une amende de 1 000 livres "ou plus s'il peut payer".

41° - Une fois encore, j'exprimerai mon accord entier avec les juges de la Cour d'appel de Lyon ; je suis totalement de leur avis quand ils écrivaient dans leur jugement de 1927 :

"On ne peut souscrire à une application jurisprudentielle qui risque d'aboutir à frapper des personnes non fautives par crainte de voir demeurer sans sanction quelques responsabilités".

42° - Je pense nécessaire d'observer que si, j'ai dans ce jugement,

surtout entrepris de réfuter les arguments de M. JOSSERAND, c'est d'abord parce que je pense que dans les grandes discussions qui naquirent de cette question le savant commentateur en fut *"magna pars"* ; ensuite parce que les Chambres réunies n'ont donné aucune raison pour leur jugement du 13 février 1930 ; et enfin parce que M. JOSSERAND est lui-même conseiller à la Cour de cassation.

43° - Je vais maintenant rappeler brièvement certaines difficultés que l'application de la "théorie du risque" a fait ou pourra faire naître.

Si une collision survient entre une automobile et une voiture tirée par des chevaux, va-t-il exister deux présomptions de responsabilité selon l'art. 1384, al. 1er à l'encontre des propriétaires des deux véhicules ou y aura-t-il une présomption de responsabilité selon l'art. 1385 contre le propriétaire des chevaux, et une autre selon l'art. 1384, al. 1er contre le propriétaire de la voiture ? Les deux présomptions vont-elles se neutraliser ? Si les occupants de l'un des véhicules seulement sont blessés, y aura-t-il présomption contre le propriétaire de l'autre véhicule seulement ? Quand un véhicule offrant peu de danger tamponne un véhicule plus dangereux, est-ce que la présomption ne devrait pas s'appliquer seulement au propriétaire du plus dangereux véhicule ? M. LALOU nous dit que dans le cas d'une collision entre une automobile et une bicyclette, pas moins de cinq "systèmes" différents ont été défendus par les commentateurs (La Responsabilité Civile, note 1255).

44° - Dans la note 1263 du même ouvrage, nous lisons :

"Telles sont les difficultés soulevées par la question des conditions requises pour l'application de l'art. 1384, al. 1er. Ces difficultés qui sont nées surtout à propos des accidents d'automobile et qui proviennent d'une interprétation audacieuse d'un texte auquel en 1804 le législateur ne voulait pas donner cette portée, ne seront évitées que le jour où les accidents d'automobile auront leur législation spéciale parce qu'au risque anormal créé par l'automobile doit correspondre une responsabilité dérogatoire au droit commun ... D'après M. le Professeur Maurice PICARD, depuis l'arrêt des Chambres Réunies de la Cour de cassation du 13 février 1930 (D.P. 1930, I, 57) la responsabilité qui pèse sur l'automobile présente un triple défaut : elle est :

1 - dénuée de tout fondement juridique
2 - incertaine dans ses applications
3 - excessive dans son étendue.

Pour remédier à ces défauts, d'après M. PICARD :

"Il faudrait sanctionner le risque automobile comme on a sanctionné en matière d'accident du travail le risque professionnel et s'inspirer pour la législation à faire, des principes consacrés dans la législation spéciale des accidents du travail".

45° - Il est généralement admis que la nouvelle jurisprudence a admis dans le Code Napoléon un principe que les créateurs de ce code n'avaient jamais eu à l'esprit. Monsieur le Conseiller LE MARC'HADOUR, dans son rapport aux Chambres réunies, déclara que selon son opinion personnelle la Cour de cassation avait usurpé le rôle du législateur, qu'en agissant

ainsi cela avait créé une théorie légale de la responsabilité des automobilistes dont les conséquences allaient si loin que les législateurs étrangers avaient reculé devant celles-ci - et ne les avaient pas appliquées à leurs décrets - Envisageant la loi anglaise sur ce sujet, il déclare que, en Angleterre, aucun automobiliste n'est responsable civilement sauf s'il conduit sa voiture de façon téméraire ou imprudente, en tenant compte de l'état de la route et du trafic normal au moment de l'accident.

46° - Devant les Chambres Réunies le Procureur Général MATTER, bien que concluant en faveur de la présomption de responsabilité selon l'art. 1384, al. 1er, admettait que relier la responsabilité à la "présomption de faute" était "beaucoup plus juridique" que de la relier à la "notion de risque matériel".

47° - Le Professeur RIPERT observe judicieusement que si on adopte la nouvelle doctrine, la propriété ou la simple possession de choses serait considérée comme une source non de profit mais de risque ; qu'ainsi il sera périlleux de se promener avec une canne, une épingle à chapeau, voire une bague ; "est-ce que l'initiative apparaîtrait toujours comme coupable et l'activité comme condamnable".

48° - J'ai seulement encore à citer deux opinions : d'abord celle de Monsieur Julien BONNECASE dans le premier supplément de l'important travail de BAUDRY-LACANTINERIE sur le Droit civil :

> (page 161) - *"Sous l'influence de la doctrine du risque opposée à celle de la faute, la jurisprudence s'est laissée aller à substituer au système du code un système tout différent ...*
>
> (page 166) - *"Tant que les articles 1382 et 1383 seront debout, l'idée de faute demeurera dans notre législation à la base de la responsabilité civile par opposition à l'idée de risque".*

Ensuite, celle de M. LALOU dans la dernière page de son livre sur la Responsabilité civile où ce savant commentateur fait sienne l'opinion de M. CAPITANT citée ci-dessus (par. 31).

49° - Après avoir parcouru toutes ces décisions, opinions, théories, distinguos et "systèmes", il ne sera point superflu de revenir pour un instant à notre point de départ, et d'étudier les deux articles du Code Napoléon qui vécurent pendant tant d'années côte à côte en paix, et qui ont été maintenant mis en rivalité par l'imagination des commentateurs.

Est-il juridiquement sain de dire que, quand un homme est blessé par un automobiliste imprudent, ivre ou étourdi, le dommage est dû au fait de la chose, c'est-à-dire, à la voiture ? Je réponds avec force : non. Ce dommage est dû, non au "fait de la chose" (art. 1384) mais à une "faute" de l'homme (art. 1382). Je considère que cette réponse est en accord parfait avec ce que le professeur JOSSERAND appelle "la logique juridique et le bon sens".

50° - La seule chose qui me reste à faire est de trouver une formule résumant le principe de la loi qui gouverne cette matière. Ce faisant, j'emprunterai certaines des formules de la Cour d'appel de Lyon dans son arrêt

du 7 juillet 1927 (D.H. 1927 p.423) et de la Cour de cassation elle-même dans un arrêt rendu avant que cette théorie du risque l'ait emporté (D.P. 1911, I, 354). Lorsqu'un dommage est causé à une personne par une automobile en mouvement conduite par un homme, dans le cas où on n'allègue ni ne prouve que l'accident a été causé par le véhicule lui-même, indépendamment de la manière dont il est conduit, la responsabilité encourue ne dépend pas de l'application de l'art. 1384, al. 1er, mais de la conduite de la personne qui en a la charge. En conséquence, le propriétaire d'une automobile n'est pas responsable des agissements de son employé sauf si ce dernier a commis une "faute" en conduisant le véhicule. Il dépend de la victime ou de ses représentants de prouver une telle "faute".

Par conséquent, sur le premier point, je me prononce en faveur du défendeur.

QUESTIONS N° II et III

51° - Les deux questions suivantes sont si intimement liées que l'on peut les traiter ensemble.

J'ajouterai que la question n° III fut, après accord entre les parties, discutée comme si la "faute" dont était accusé le conducteur avait consisté à laisser la voiture sur la route sans avoir pris les précautions d'usage pour qu'on ne puisse la mettre en route pendant son absence.

Le défendeur est certainement responsable pour toute faute commise par son chauffeur pendant que ce dernier conduisait. Cette responsabilité résulte de l'alinéa 3 de l'article 1384 qui établit que "les maîtres et les commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils sont employés". Le propriétaire et le chauffeur d'une automobile sont évidemment dans les positions respectives de commettant et préposé et si le chauffeur du défendeur a commis une faute alors que la voiture était sous sa garde et que cette faute a causé préjudice aux plaignants, le défendeur est tenu de les indemniser.

52° - Dans le cas actuel, le chauffeur du défendeur, Mamode Auliar, a-t-il été coupable de quelque faute ? Pour autant que cela concerne la cause, je suis convaincu par le fait que, quand Mamode Auliar quitta la voiture et s'en alla dans le champ de cannes à sucre, il laissa la clé de contact sur le tableau de bord. D'après l'art. 17 des régulations n° 207 (1921), répété et remis en vigueur en 1931 par l'art. I du G.N. n° 62, il n'aurait pas dû quitter son automobile sans avoir pris les précautions convenables pour qu'on ne puisse la mettre en route pendant son absence. Maintenant, la toute première précaution la plus importante, consiste à retirer la clé de contact. Il semble impossible d'imaginer quelque circonstance où l'on peut dire qu'un chauffeur a obéi à la règle sauf s'il a retiré la clé de contact (sauf peut-être dans le cas d'une conduite intérieure fermée par une serrure à clé).

Je dis ceci parce qu'aucune autre précaution ne sera plus efficace ; le frein à main est aussi vite desserré qu'il est serré ; si la boîte de vitesses est enclenchée en marche arrière, rien de plus facile que de la passer au point mort ou en toute autre vitesse. Si le contact a simplement été coupé, on peut le rétablir en moins d'une seconde. Mais c'est une autre paire de manches que de mettre en route une automobile quand on a retiré la clé de contact.

Je crois comprendre que la voiture du défendeur n'était pas une conduite intérieure ; mais même si c'en avait été une, et que le chauffeur ait fermé les portes à clé, le fils du co-responsable était à l'intérieur du véhicule, et rien ne pouvait l'empêcher de la mettre en route.

53° - Par conséquent, le chauffeur est coupable d'une faute ; j'ai lu le jugement de mon savant collègue, le Juge en chef ; je suis d'accord avec lui quand il dit que les circonstances étaient telles que, quelle que soit sa prudence nul homme n'aurait pu prévoir ce qui allait arriver. Néanmoins, comme même *"levissima culpa"* peut rendre quelqu'un responsable selon l'art. 1382, je suis arrivé à la conclusion que le défendeur est clairement responsable du dommage, si l'on ne peut prouver que le chauffeur du défendeur a commis une faute qui entraîne le décès regrettable du père des plaignants.

54° - En faveur de ce point de vue, une décision de la Cour de Douai a été citée par le savant substitut ; on la trouve dans B.P. 1902.2.287. Deux arrêts, l'un de la Cour de cassation et l'autre de la Cour d'appel de Grenoble, rapportés en D.H. 1936 p.193 et 203, décident qu'une personne qui, par négligence, permet le vol de sa voiture ou de sa motocyclette par un passant, est responsable des dommages éventuels survenant du fait d'une conduite fautive du voleur. Dans ces deux derniers jugements cependant, la responsabilité du défendeur fut présumée par les juridictions françaises en vertu de l'art. 1384, al. 1er, et il fut en outre jugé que la "garde juridique de la chose" dépendait du propriétaire du véhicule et non du voleur. Comme nous avons, en étudiant la question n° I repoussé la jurisprudence des Cours françaises sur la "théorie du risque" ces deux jugements ne peuvent nous aider dans la solution de notre problème.

55° - J'ai déjà étudié la question d'une relation causale entre le tort et le dommage subi ; dans Jumeau contre Savy (1933 MR 44) et je rappellerai simplement le jugement de Pétridès C.J. et le mien. Pour que le défendeur puisse être rendu responsable, on doit prouver que le préjudice souffert par les plaignants était le résultat direct de la faute du chauffeur du défendeur. Il est tout à fait clair que la négligence de Mamode Auliar qui n'a pas retiré la clé de contact, quoiqu'on puisse dire que ceci a permis au fils du "défendeur en responsabilité" de partir avec la voiture, cette négligence n'est pas en relation causale avec l'inhabileté du garçon à conduire et avec la mort de son infortunée victime.

56° - Je vais citer quelques récentes autorités pour appuyer ce point de vue ; LALOU, la Responsabilité Civile :

> (n. 246) - *"C'est un principe certain que la responsabilité civile suppose une relation directe de cause à effet entre le préjudice allégué et le fait illicite imputé au responsable. Les termes mêmes de l'art. 1382 du Code civil justifient ce principe. Ce texte exige en effet que le "fait cause le dommage".*
>
> (n. 256) - *"Il n'y a pas matière à responsabilité civile quand le fait illicite n'a qu'un rapport indirect avec le préjudice subi. Ainsi la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'une Cour d'appel qui avait estimée suffisante la relation entre l'état de faiblesse d'un ouvrier soigné dans un hôpital à la suite d'un accident du travail et une maladie épidémique contractée dans l'établissement".*

(n. 264) - *"Il n'existe aucune relation directe de cause à effet pouvant justifier une action en responsabilité fondée sur l'art. 1382 du Code civil entre la négligence d'un chauffeur qui s'est laissé dérober sa voiture et le dommage causé à un tiers par l'imprudence de l'auteur du vol.*

(n. 289) - *"Un jugement du Tribunal civil de la Seine tient pour la responsabilité du propriétaire pour le motif qu'on ne saurait voir dans la soustraction frauduleuse ni un cas fortuit, ni un cas de force majeure de nature à détruire la présomption de faute établie à l'encontre du gardien par l'art. 1384 al. 1er.*

Mais ce raisonnement ingénieux se heurte à une ***objection à notre sens péremptoire*** *et qui consiste à faire observer que la négligence imputée au propriétaire dans la garde ne présente aucun rapport de causalité avec l'événement qui a produit le dommage.*

D.P. 1929.2.95 :

"En cas d'accident occasionné par une automobile volée, l'imprudence du conducteur, cause unique du dommage, détruit la présomption de responsabilité de celui qui avait la voiture sous sa garde (1384 al. 1). Il n'existe aucune relation directe de cause à effet pouvant justifier une "action de responsabilité fondée sur l'art. 1382 C. civ. entre la négligence d'un chauffeur qui s'est laissé dérober sa voiture et le dommage causé à un tiers par l'imprudence de l'auteur du vol (voir note de M. Dalland).

PLANIOL et RIPERT, vol. VI, p.739 :

"Même lorsqu'il apparaît que sans l'acte fautif, le préjudice ne fût pas advenu, les arrêts ne déclarent pas toujours responsable la personne en faute. Ainsi, l'automobiliste qui n'a pas de permis de conduire n'est pas nécessairement responsable, ainsi (sic) quand l'accident est dû à la faute de la victime, bien que, sans cette sortie fautive, l'accident n'eût pu avoir lieu. C'est avec raison que la jurisprudence ne se contente pas de ce que le fait fautif constitue un des chaînons certains dans la série des causes du dommage ; chacun de nos actes étant susceptible, dans la complexité et l'enchaînement ininterrompu des faits de jouer un rôle dans la production d'une infinité d'événements, notre responsabilité n'aurait plus de limites...".

D.H. 1928, p.375 (Cour d'appel de Nîmes) :

"La présomption de faute à l'égard du gardien d'une chose inanimée ne subsiste plus lorsque, par suite du vol de la chose, le gardien a été mis dans l'impossibilité d'exercer sur elle la surveillance et de lui donner les soins qu'elle comporte.

La circonstance que le vol aurait été facilité par une imprudence, même caractérisée du gardien, ne rend pas l'article 1384 C. civ. inapplicable.

Il ne suffit pas qu'une faute soit constatée pour engager pécuniairement son auteur, il faut qu'il y ait entre elle et le dommage dont la réparation est demandée, une relation certaine de cause à effet.

En conséquence, si le propriétaire d'une automobile a commis,

en l'abandonnant sur la voie publique, une faute qui a entraîné la condamnation à une amende, il ne saurait être rendu responsable de l'accident causé par un tiers qui a volé sa voiture, bien que ce vol ait été la conséquence de son défaut de surveillance".

57° - Par conséquent, mon opinion est que le défendeur n'est pas civilement responsable de la mort du père des plaignants, ni au vu de l'art. 1384 ni à celui de l'art. 1382 du Code Napoléon.

Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire de discuter la question n° IV.

L'action devrait être renvoyée et le défendeur en garantie mis hors de cause.

Etant donné l'exrême subtilité des problèmes juridiques soulevés, je pense qu'il serait inéquitable de faire une appréciation au sujet du coût.

II° - NAIRAC C.J. : Les plaignants sont les enfants reconnus et seuls héritiers et représentants d'un certain Mangroo, Indien âgé, travaillant comme journalier qui fut renversé et tué sur le coup par un taxi que possède le défendeur. Les plaignants réclament 4 000 roupies d'indemnisation d'où l'on décompte 300 roupies pour les funérailles et 3 700 pour la perte matérielle subie par eux.

Cette demande est fondée sur les affirmations suivantes :

"Le conducteur au moment de l'accident était un jeune chinois âgé de 15 ans, qui conduisait la voiture pendant que le chauffeur de la voiture s'y trouvait avec deux autres personnes ;
et repose juridiquement sur les allégations :

a) que le propriétaire du taxi est responsable selon l'art. 1384 al. 1 du Code Napoléon, pour le dommage causé par la voiture et alternativement ;

b) pour le dommage causé par son chauffeur qui a permis que la voiture fût conduite par un garçon qui ne savait pas conduire, ou laissant la voiture sous la surveillance de personnes démunies de permis".

Le défendeur, dans son plaidoyer et les témoignages fournis, cherche à établir dans les faits et dans le droit que :

1°) l'accident se produisit quand le jeune Chinois conduisait et était seul dans la voiture ;

2°) aucune responsabilité ne s'attache à lui en tant que propriétaire de la voiture pour les dommages causés par cette voiture ;

3°) le chauffeur n'autorisa point le garçon à conduire et ne laissa pas sa voiture sur la route sous la surveillance de personnes démunies de permis ;

4°) le garçon causa l'accident par sa faute et par son imprudence ;

5°) le père du garçon est juridiquement responsable du dommage causé par son fils.

Une conclusion subsidiaire s'ajoute entre le défendeur et le père du garçon appelé en caution par le défendeur, puisqu'il répond de dommage causé par son fils ; le défendeur en garantie repoussant sa responsabilité en alléguant que son fils était l'invité du chauffeur, lequel était imprudent et négligent, et sur l'allégation qu'aucune responsabilité ne le concerne en tant que "défendeur en garantie" du fait que son fils conduisait sans son autorisation, son autorité ou sans qu'il en sache rien, et dans telles circonstances qu'il était impossible au père d'empêcher son fils d'agir ainsi.

Il n'y a pas de relation directe entre les plaignants et le défendeur en garantie qui, s'il est juridiquement responsable, est seulement appelé à dédommager le défendeur des indemnités que le défendeur pourrait être appelé à payer aux plaignants.

Les faits évoqués dans la plaidoirie furent amplifiés à l'audience, et il suffira d'établir les conclusions atteintes après mûre réflexion. En qualité de Juges du fait, nous trouvons que :

1°) l'accident fut causé par la conduite fautive de la personne qui tenait le volant quand le vieil indien fut renversé et tué.

2°) Cette personne était le jeune Chinois qui se montra avisé, alerte et intelligent, mais incapable du moindre respect de la vérité.

3°) Il loua le taxi pour un trajet de la Montagne Blanche au quartier militaire, et la voiture démarra avec le chauffeur au volant, et le jeune Chinois accompagné par un fils du défendeur comme passager.

4°) Au cours de la promenade, le chauffeur arrêta pour regonfler un des pneus avant. Il avait souffert la veille de diarrhée et fut soudain contraint de se soulager dans un champ de cannes à sucre voisin ; avant de descendre de voiture il avait coupé le contact, passé au point mort et serré le frein ; quand il quitta le taxi, le Chinois était toujours assis à l'arrière, et le fils du défendeur était à côté de la voiture, apparemment occupé à déconnecter la pompe d'avec le pneu.

5°) Il pleuvait, il y avait du vent, le temps pouvant être décrit peut-être avec quelque exagération, comme celui d'un cyclone.

6°) Tandis que le chauffeur se trouvait dans le champ, le fils du défendeur s'éloigna de la voiture, et s'en alla uriner à une petite distance derrière la voiture au bord de la route. Ainsi, le jeune Chinois fut laissé seul pendant quelques minutes dans la voiture, et s'arrangea, sans être remarqué par le chauffeur ou le fils du défendeur, pour passer de l'arrière à l'avant, mettre la voiture en route, conduire en zigzaguant au long de la légère descente au haut de laquelle la voiture avait été rangée, et, après un voyage court et périlleux, renverser l'Indien, du mauvais côté de la route.

Une des questions légales sur ces faits est assez simple ; les autres semblent de la plus extrême difficulté du point de vue des conclusions; les conclusions des jugements interprétant ou étendant la loi française sur les dommages et les commentaires des juristes français sur presque tous les aspects définis (ou peut-être indéfinis) de la position légale. En d'autres termes, nous avons encore à rechercher les principes sous-jacents et la véritable portée juridique de l'art. 1384 du Code Napoléon, en lui-même et en relation avec d'autres articles du Code sur lesquels dans cette Colonie et en France, est bâtie la loi sur les préjudices ...

Les questions suivantes furent soulevées et débattues :

1°) Le propriétaire est-il responsable en se fondant sur la partie de l'article 1384 qui dit :

> *"On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre ...*
>
> *Les commettants ... (sont responsables) du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés".*

Nous pouvons régler aussitôt le problème soulevé par cette question et dire que le défendeur et son chauffeur sont dans les relations de "commettant" et "préposé" ; le chauffeur était quand il commença son voyage "préposé dans les fonctions" ou le "commettant" l'employait, et que si le chauffeur est coupable de quelque "faute", négligence ou imprudence, pour lesquelles il serait selon les art. 1382 ou 1383 personnellement responsable, cela substituerait à la responsabilité du défendeur, son employeur ("commettant").

2°) Le propriétaire d'un véhicule est-il responsable selon la partie de l'art. 1384 qui dit que :

> *"On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait ... des choses que l'on a sous sa garde".*

et par une telle interprétation de ce texte, qui ou bien exclut la nécessité de la preuve d'une "faute" quelconque dans la "garde de la chose", ou bien attache à la propriété une présomption, que l'on acceptera ou non, de "faute" dans la "garde" de la "chose". La recherche s'étendant au sens des mots "fait" et "chose" et contenant aussi la question de savoir si la signification juridique du mot "garde" ne s'étend pas au-delà de la "garde" physique actuelle jusqu'à inclure ce qu'on appelle "garde juridique".

3°) Si dans notre solution de la question 2 nous trouvons que l'accident doit être imputé en partie seulement aux fautes du chauffeur, le défendeur peut-il réclamer une compensation du défendeur en caution pour cette part de dommages dont le défendeur peut être rendu responsable pour assurer le dédommagement en conséquence des fautes du chauffeur ?

4°) S'il le peut, le père du garçon est-il responsable par application de cette partie de l'art. 1384 qui dit en effet :

> *"On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait mais par le fait des personnes dont on doit répondre ..*
>
> *Le père est responsable du dommage causé par son enfant mineur habitant avec lui ... à moins qu'il ne prouve qu'il n'a pu empêcher le fait qui a donné lieu à cette responsabilité".*

Il serait aussi bien, au cours de notre enquête, de relire le texte complet de ces articles du Code Napoléon dont on a cité ci-dessus des alinéas.

La totalité de la loi française qui nous engage en cas de dommages peut être trouvée dans le titre IV du livre III du Code Napoléon.

Le titre IV est intitulé "des engagements qui se forment sans convention" et divisé en deux chapitres avec un article 1370 préliminaire qui dit ceci :

"Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'y oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé.

Les uns résultent de l'autorité seule de la loi ; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé.

Les premiers sont les engagements formés involontairement tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déférée.

Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi contrats, ou des délits ou quasi-délits, ils font la matière du présent titre".

Nous ne sommes pas concernés par le premier chapitre qui traite de ce que l'on appelle quasi contrats.

Le deuxième chapitre se lit ainsi :

Chapitre II

DELITS ET QUASI DELITS

"1382 - *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*

1383 - *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.*

1384 - *On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.*

Le père, et la mère après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux.

Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés.

Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance ; la responsabilité ci-dessus s'exerce à moins que les père et mère, instituteurs et artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.

1385 - *Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fut égaré ou échappé.*

1386 - *Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par suite du défaut d'entretien*

ou par le vice de sa construction.

Sur la question I, y a-t-il eu faute, négligence ou imprudence qu'on puisse imputer au chauffeur du défendeur dans les circonstances que nous avons étudiées ?

Aucune infraction aux régulations n'est relevée dans les débats comme cause originelle de l'accident, mais, mon collègue Juge attirant l'attention pendant la discussion sur des règles à propos de l'abandon d'un véhicule sur la voie publique, il lui fut répondu par l'avocat de la défense que le chauffeur avait agi avec toute la prudence requise, tandis que M. Gellé, pour le défendeur en caution, insista sur le fait que laisser une clé sur le contact montrait un manque de précaution. Le Ministère Public adopte ce point de vue et se réfère à l'art. 17 du Code de la Route (remis en vigueur par l'article I de la notice gouvernementale N° 62 de 1931). Le règlement déclare :

Art. 17 - Toute personne conduisant un véhicule automobile ou responsable de ce dernier quand on l'emploie sur une route devra obéir aux règles suivantes :

> "I° - *Il ne devra pas... quitter l'automobile sans avoir pris les précautions d'usage pour qu'on ne puisse la mettre en mouvement en son absence".*

Le premier jet de ce règlement date de janvier 1913 (notification gouvernementale n. 3 de 1913) et il a été adopté sans modifications dans les années 1921 et 1931. J'ai les plus sérieux doutes quant à la possibilité que le législateur ait pensé en 1913 et même en 1921 à la nécessité de retirer la clé de contact du tableau de bord en tant que précaution d'usage ; car l'utilisation des clés de contact, de clés que l'on puisse retirer, de clés telles que chaque véhicule possède une ou deux clés qui ne servent qu'à lui, cette utlisation est postérieure à ces dates. Ce système de clés est maintenant usuel et je considère que le règlement est assez ouvert pour déclarer que le fait de retirer la clé de contact d'un véhicule sur la voie publique est une précaution comparativement sûre pour empêcher sa mise en route.

Comme on l'a dit ci-dessus, l'oubli du chauffeur de retirer cette clé n'est pas la faute ou négligence visée spécifiquement dans les débats. Le chauffeur est accusé d'avoir "laissé sa voiture sur la route sous la garde de personnes sans autoprisation". Il ne nous paraît pas que cela constitue un manquement à aucun règlement existant ; la discussion ne portait pas sur ce point, et comme les avocats des parties ont discuté librement la conduite de ce chauffeur, j'accepte de juger sur le point de savoir, dans les circonstances de cette affaire, s'il a été prouvé coupable d'aucune "faute" imprudence ou négligence.

Si le règlement n. 17 s'appliquait, la nécessité apparaîtrait de préciser sa portée ; il n'impose pas l'emploi de précautions opportunes qui rendent impossible de mettre en route une automobile (il est probable qu'on ne pourrait inventer de telles précautions) ; il dit seulement "précaution opportune pour empêcher qu'on mette en route", et je ne pense pas que cela veuille dire plus que chacun est tenu de prendre telles précautions qu'on s'attend raisonnablement à voir prises dans les circonstances données pour chaque cas.

Nous connaissons ces circonstances. Le chauffeur arrêta sa voiture pour regonfler un pneu avant, il coupa le contact, descendit après avoir retiré la pompe de sous le siège avant, ce qui fit se lever la personne assise à côté de lui ; cette personne quitta la voiture, se tint à côté d'elle pendant que le chauffeur ressentit un besoin naturel urgent, se rendit dans le champ de cannes à sucre voisin, et demanda à la personne de retirer la pompe.

Est-ce que quelqu'un de raisonnable aurait pu prévoir que cette personne puisse ressentir comme par contagion le besoin de s'isoler, que le jeune Chinois assis sur le siège arrière, passe à l'avant et sans être remarqué, mette le contact, passe la vitesse, lâche le frein et s'en aille avec la voiture ? Je ne le pense pas.

En vérité, l'avocat de la partie adverse insiste très fort (et il ne semble pas que ce soit à tort) sur le fait que la coïncidence d'une telle succession d'événements est si extraordinaire que, sur ce point, cette version des faits doit être rejetée. A l'intérieur d'une ville, dans une rue encombrée de Londres ou Paris, il peut être imprudent d'abandonner une automobile, équpée des plus récents perfectionnements, sur la route avec la clé de contact sur le tableau de bord ; il ne serait pas déraisonnable de s'attendre à ce que de mauvais plaisants ou des spécialistes du vol de voiture puissent se trouver aux alentours, inaperçus dans la foule ; mais ici, par un très mauvais temps, sur une route de campagne déserte bordée de champs de cannes à sucre et où passent seulement quelques rares travailleurs indiens, était-il en quelque façon imprudent de laisser la voiture comme elle l'a été, avec le fils du propriétaire, un homme adulte, dans le voisinage immédiat et pratiquement sous sa garde, et un garçon de 15 ans sur le siège arrière ? De la laisser ainsi pour une minute ou deux, alors qu'on était obligé d'agir ainsi ?

Je pense que non, et je soutiens que le chauffeur du défendeur n'a été coupable d'aucune "faute" négligence ou imprudence, entraînant sa responsabilité selon les art. 1382 et 1383, et qu'il n'existe aucune responsabilité résultante pour le défendeur pour les actes ou omissions de son chauffeur.

Mon collègue Le Conte ne parvient pas à trouver le moyen de décharger le chauffeur de quelque négligence pour avoir laissé la clé de contact sur le tableau de bord. Il a donc été conduit à examiner si cette négligence était en relation de cause à effet avec la mort de la victime ; j'ai étudié le jugement de mon collègue et suis en complet accord avec lui : il n'y a point de relation causale entre les deux événements.

Je serais arrivé aux mêmes conclusions que lui si j'avais pu relever une négligence du chauffeur en la circonstance.

Sur la question II - Cette question a été étudiée sous trois aspects :

a) Quelle est la fondation juridique pour la responsabilité attachée à la personne qui cause le dommage "par le fait des choses" que cette personne a sous sa garde.

b) Quelle est la portée juridique de l'expression "sous sa garde" dans la phrase "des choses que l'on a sous sa garde".

c) Quelle est l'exacte signification des termes "fait" et "chose" dans la formule "fait des choses".

Les problèmes, au moins pour certains de leurs aspects, ont attiré l'attention de la Cour, encore qu'aucune conclusion définitive n'ait encore pu trouver place dans nos archives.

Batty contre Col. Gov. jugé en 1926 (M.R. 1926 p.14) était une plainte des héritiers d'un piéton qui avait été renversé par un train sur une place publique. Sir A. Herchenroder, déclare p.26 :

> *"Admettons que le cas puisse être décidé à la lumière des articles 1382 et 1383 plutôt que par celle des articles 1384, 1385, je constate que la charge de la preuve qui primitivement eut dû dépendre des avait été satisfaite en les portant répondants, en considération de leur responsabilité dans la collision".*

et Roseby J. page 36 :

> *"Il fut prétendu que dans ce cas, l'art. 1384 était inapplicable et qu'en conséquence, la "faute" devait être spécialement déclarée et spécialement prouvée. En ce qui concerne ce cas, je pense qu'il suffit de dire que même si l'art. 1384 ne s'applique pas, et la charge de la preuve d'une négligence selon l'art. 1383 est rejetée sur le plaignant, les termes du prononcé des demandes et les témoignages apportés ont suffisamment atténué cette charge".*

Plus tard, la même année, deux autres cas d'accidents jugés par la Cour virent les demandes basées sur les art. 1382 et 1383. L'application de l'art. 1384 dans ces cas, quoique non plaidés, fut discutée avec la permission des juges ; ceux-ci en fait ne firent que poser la question sans la trancher, en s'appuyant sur le fait que dans un cas la faute de la victime, dans l'autre cas, une négligence du pilote étaient établies clairement ; ces cas dont Aliphon contre Garrick (M.R. 1926, p.85) et Fougueuse contre Moosun (M.R. 1926, p.117). L'état de conflit entre les différentes jurisprudences françaises apparaît à l'évidence par les nombreuses citations et références qu'on trouve dans ces jugements ; les difficultés liées à la rédaction de l'art. 1384 et son contexte sont seulement exposées dans la mesure où elles concernent la question toujours discutée de savoir si :

a) l'art. 1384 al. 1 sera appliqué au propriétaire d'une automobile conduite par son employé ; si bien que le propriétaire sera responsable sauf s'il peut prouver un cas fortuit, ou un cas de force majeure ou la faute de la victime, ou bien,

b) si le propriétaire sera responsable seulement en vertu des art. 1382 et 1383 associés à sa responsabilité de "commettant".

Dans ce dernier cas, la victime ou ses ayant-droit, auront à prouver la faute, la négligence ou l'imprudence du conducteur.

Dhuny contre Nabeebaccus fut jugé en 1930 par le Juge Pouillard et moi-même, et là aussi il fut soutenu que même si le fait de la preuve est à la charge du défendeur, il s'en était déchargé et avait prouvé non seulement que son conducteur n'avait commis aucune faute mais encore que l'accident était dû à la faute de la victime.

Mon collègue cependant soutint incidemment que d'après la décision récente de la Cour de cassation toutes Chambres Réunies du 13 février 1930

et d'après le savant commentaire de M. Josserand du D.R.H. 16.I. 1930, p.6 et 7, écrit un peu avant la décision de la Cour de cassation, que dans les accidents causés par des automobiles et dans tous les cas le conducteur devait faire la preuve, non seulement qu'il n'y avait pas faute de sa part mais encore que l'accident était "dû à un cas fortuit, de force majeure ou une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable".

Je n'ai rien à ajouter ou à retrancher à ma décision sur ce cas telle qu'elle est reproduite dans le M.R. 1930 p.348 à 350, c'est-à-dire dans les limites qu'implique le sujet de ce jugement. Deux autres cas furent jugés en 1931 où M. Pezzani, originairement avocat des plaignants, dans les deux cas, plaida formellement que :

> *"Il y a eu présomption de faute légale contre le défendeur en tant que gardien de la machine qui cassa la jambe du plaignant. Ce dernier n'a en conséquence aucune obligation légale d'apporter une preuve supplémentaire de la négligence et de la faute alléguée "ex cautela" dans l'exposé des motifs".*

Dans ces procès, les plaintes visaient le chemin de fer de l'Etat en raison de blessures causées par une machine en marche. L'avocat originairement en charge quitta la Colonie et fut remplacé par deux de ses amis, feu M. Esnouf et M. Koenig, qui refusèrent de défendre l'affirmation que la charge de la preuve revenait au défendeur, parce qu'ils pensaient que l'art. 1382 (et non l'art. 1384) était applicable en ce cas.

En 1933 (M.R. 1933, p.98), Feu le Chef Juge, dans des conclusions sur un autre cas d'accident écrivait :

> *"Il n'apparaît pas que le Conseil Privé ait été prié de considérer la question de charge de la preuve, ou de négligence à la lumière des décisions françaises contradictoires sur ce point et il me semble que la discussion reste ouverte, ainsi qu'elle l'était quand M. Nairac, ag., Chef Juge, rendit son arrêt dans l'affaire Osman Dhuny contre A.R. Nabeebaccus"(M.R. 1930, p.344).*

Il est tout à fait clair que dans ce procès le plaignant a surabondamment prouvé que l'accident était dû à la "faute" du défendeur, faute qui consistait à avoir conduit sa voiture avec négligence.

Dans tous les autres cas d'accidents de ce genre, la plainte était fondée sur les art. 1382 et 1383 associés à la relation entre "commettant" et "préposé".

Je vais maintenant considérer chacun des trois chapitres qui forment la discussion de l'art. 1384 dans la question II.

a) Il est établi sans aucune discussion possible que le mot "faute" dans l'art. 1382 est d'une importance primordiale et qu'il domine la question de la Responsabilité. Le mot "responsabilité" apparaît pour la première fois dans l'art. 1383 mais il est sous-entendu dans l'art. 1382 "obligation de réparer" ou responsabilité du dommage veulent dire la même chose. "Faute" n'apparaît pas dans l'article 1383, mais domine le mot "fait" autant dans cet article que dans le précédent. Il n'y avait peut-être pas nécessité à sa promulgation puisqu'il tend à diférencier le fait, c'est-à-dire les actes

de mandat et la négligence ou l'imprudence qui constituent la "faute". Néanmoins, cette précision ne pouvait faire aucun mal.

A nouveau dans l'art. 1384, par. I, la responsabilité découlant de son propre fait et de celui des autres ne peut être que s'il y a faute dans l'un et l'autre cas.

Que dire des choses que l'on a sous sa garde ? Il eût, peut-être, été mieux de dire "du dommage qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre ou par les choses que l'on a sous sa garde". Le sens porté par le mot "fait" dans le "fait des choses" est si fondamentalement différent de celui du "fait des personnes" que nous devons penser que "fait" dans le "fait des choses" ne contient pas en soi l'idée de faute ainsi qu'il le fait dans d'autres articles. Et pourtant il implique nécessairement quelque chose qui soit causé par "la chose".

C'est dans la recherche de principes juridiques sur lesquels le Juge va fonder sa décision que des hésitations sont perceptibles et que des décisions contradictoires voient le jour ; si la meilleure opinion, qui a eu cours pendant un demi-siècle est la présomption de faute à l'encontre de la personne substituée en responsabilité, pourquoi cette personne devrait-elle être accusée d'une présomption sans réplique en raison d'une soi-disant interprétation qui, directement, ou indirectement, efface la notion même de faute ?

Dire que la notion de faute se tient si fatalement contre la personne rendue responsable par la loi, de façon telle qu'elle ne peut s'en dégager que si elle fait la preuve d'un cas fortuit, d'une force majeure ou de la faute ou du "fait" de la victime ou d'une tierce personne, qu'elle échouera même si elle prouve qu'elle n'a rien fait de mal hormis le fait d'avoir des employés, d'être en possession légitime d'une chose ; dire cela équivaut à introduire dans la loi une sorte de présomption non prévue par le législateur, au moins dans les cas où cette intention n'est pas une déduction véritable du texte.

Qu'il y ait eu une indication d'une telle intention au sujet des maîtres et commettants se déduit aisément de la disposition des 2ème, 3ème, 4ème et 5ème paragraphes de l'art. 1384. Nous avons vu que ces paragraphes sont des exemples spécifiques d'application de l'alinéa I, mais en outre, leur tissu propre révèle leur véritable motif. Le paragraphe 5 montre que père, mère, artisans et instituteurs, non seulement peuvent esquiver cette responsabilité, mais encore indique la preuve qui doit être ajoutée, et qu'elle doit être fournie par **eux**. Il n'en est pas ainsi en ce qui concerne les maîtres et commettants qui ne sont pas autorisés à prouver qu'ils auraient pu prévenir les méfaits de leurs serviteurs ou préposés. Ils sont et demeurent responsables.

Peu importe que la base de leur responsabilité réside dans un mauvais choix de leurs employés ou une surveillance présumée insuffisante. Il n'en est pas non plus de même en ce qui concerne les animaux, dont le propriétaire ou le possesseur est responsable du dommage causé, sans qu'il ait quelque chance d'y échapper en prouvant que la propriété ou la possession sont irréprochables.

Passons à l'art. 1386 : il traite lui aussi d'une particulière sorte de "choses", et nous trouvons que, quand le dommage est causé par un bâtiment, son propriétaire échappera à la responsabilité si la victime ne prouve pas que la cause de l'accident provient d'un "défaut d'entretien" ou d'une construction défectueuse.

Il s'ensuit que les exemples donnés dans le Code, de dommages causés par les choses, se divisent en différentes catégories, selon la condition de responsabilité attachée à chacun d'eux. Père, mère et artisans et instituteurs sont dans une catégorie ; la charge de la preuve qu'ils n'eussent pas pu empêcher le dommage leur incombe. Les maîtres et commettants et les propriétaires ou possesseurs d'animaux sont dans une autre catégorie qui ne comporte aucun moyen d'échapper à la responsabilité. Les propriétaires de construction sont dans une troisième catégorie ; la charge de prouver la cause du dommage repose sur la victime. L'existence de telles différences montre l'impossibilité de passer du particulier au général, et en raison des conditions de responsabilité diversement montrées dans les exemples, définir le sens des expressions générales du paragraphe I de l'art. 1384.

Ce paragraphe, du fait qu'il traite de choses autres que celles mentionnées dans les alinéas suivants, fixe la responsabilité sans rien dire sur la possibilité d'échapper ou sur le fardeau de la preuve des faits qui pourraient fournir cette possibilité.

Au regard donc de la nature et du fondement de la responsabilité édictée par l'art. 1384, al. 1, il est loisible à chacun d'y appliquer ses propres lumières ou les principes juridiques fondamentaux.

Si ce principe fondamental est considéré d'après la tradition Romaine de "l'imputabilité de la faute", ou sur la notion de "faute" en elle-même, comme l'ont fait pendant des années les Cours françaises, une réflexion appuyée par les termes de l'art. 1370, in fine, qui rend les engagements, nés d'un fait personnel, personnels à "quiconque" se trouve "obligé", c'est-à-dire quiconque est responsable, cette réflexion relève des délits et quasi délits groupés dans les six articles du chapitre du Code traitant des délits et quasi délits ; si cette réflexion est exacte du point de vue juridique, il semble alors difficile de priver la responsabilité traitée en l'art. 1384 al.1, de toute relation à la faute, et sur un plan plus général de la charge de la preuve ; il pourrait peut-être paraître juste de décider que c'est au plaignant à établir l'existence d'une faute dans la garde de la chose.

Tandis que je ne conclus pas définitivement sur cette dernière question, celle de la charge de la preuve, je suis positif que la notion de "faute" sous entend le principe de la responsabilité.

Il semble que les Cours françaises qui ont abandonné ce point de vue maintenant, l'ont fait sous l'influence de conditions sociales ou industrielles nouvelles, et ont apporté la notion que la fondation de la responsabilité de l'art. 1384, al.1, est celle du "risque" ou "risque créé" ; et ainsi, non seulement elles ont interprété la loi existante mais en outre ont empiété sur le terrain législatif.

Une loi française du 7 novembre 1922 (discutée dans le Dalloz 1923.4.89) fut édictée pour défaire ce que les Cours françaises, après une discussion fort prolongée et des décisions combattues, avaient décidé en fin de compte dans la fameuse affaire de Bordeaux dite "l'affaire des résines". Une compagnie de chemins de fer avait la "détention" d'un certain nombre de fûts de résine qui prirent feu, sans aucune faute de la Compagnie et causèrent dommage au voisinage par extension de l'incendie. La Compagnie fut tenue responsable par application de l'art. 1384, al. 1 qui, d'après le jugement, rend le gardien de la chose responsable sauf s'il peut prouver un cas fortuit, une force majeure ou la faute exclusive de la victime.

La loi de 1922 dit ceci :

"article unique : le premier alinéa de l'art. 1384 est complété par les dispositions suivantes :

"Toutefois celui qui détient à un titre quelconque tout ou partie de l'immeuble ou des biens immobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable.

Cette disposition ne s'applique pas aux rapports entre propriétaires et locataires qui demeurent régis par les art. 1733 et 1734 du Code civil".

Quoique la loi parle de complément à l'alinéa 1er de l'art. 1384, elle semble singulièrement limitative dans son application, au moins si l'on regarde cet unique article. Il ne crée pas une disposition spéciale pour une catégorie spécifique de chose, mais exonère de toute responsabilité le détenteur de toute "chose", par l'entremise de quoi survint le feu, sauf si une faute de ce détenteur, personnelle ou substituée, est prouvée par la victime.

Bien sûr, nous ne sommes pas liés par des lois françaises postérieures à la cession de l'Ile et qui n'auraient pas été adoptées par nos législateurs, mais il reste significatif que les législateurs français, non seulement ont rendu inapplicable la nouvelle mouture de l'interprétation juridique de l'art. 1384, al. 1er, à un détenteur de choses créatrices de dommage dans un certain sens, mais encore qu'ils ont agi ainsi en opérant un retournement évident de l'idée de faute qui domine les articles constitutifs de notre loi sur les préjudices.

Il n'est pas moins significatif qu'une Cour française ait jugé que la loi du 7 novembre 1922 interprétait l'alinéa 1er de l'article et qu'elle avait, pour cette raison, un effet rétrospectif sur des procès relevant de cet article et survenus avant sa promulgation (D.G. 1923.II.60).

Pour nous résumer :

Je suis d'avis qu'aussi longtemps que les art. 1382 et 1383 demeurent ce qu'ils sont, il ne peut y avoir de méfait susceptible de créer un préjudice s'il est basé sur une "faute" ; il ne peut y avoir de responsabilité différente en sa nature ou sa justification juridique de celle attachée à l'acte personnel, à l'omission de l'auteur du dommage.

Je n'ignore pas l'argument de ceux qui jugent que fonder la responsabilité de l'art. 1384 al. 1er et de l'art. 1385 sur une irréfragable présomption de faute n'affecte pas l'existence ou l'importance des art. 1382 et 1383, et qu'il s'agit simplement d'un changement de la charge de la preuve. Je pense que si cette "inversion de la preuve" conduit virtuellement et pratiquement à la négation des principes des art. 1382 et 1383, les choses étant ce qu'elles sont, le résultat est le même et les art. 1382 et 1383 sont effacés aussi bien que si les juges le daclaraient explicitement.

Il me semble parfaitement évident que si le législateur a cru bon de créer conjointement à la responsabilité découlant de la faute de l'homme (art. 1382 et 1383) une autre responsabilité avec présomption de faute

découlant du fait des choses sous la garde de l'homme, cette dernière responsabilité doit être interprétée strictement dans les limites spécifiques qu'a créées la loi ; elle doit dériver d'un défaut, ou disons d'un fait de la chose elle-même, pour la raison suivante : là où un dommage est causé par une chose qui se trouve sous le contrôle actuel de l'homme à ce moment, les art. 1382 et 1383 entrent en jeu aussitôt et l'application de l'art. 1384 al. 1er est pratiquement inutile.

QUESTION II (b)

L'art. 1384 al. 1er parle des personnes dont on doit répondre ou des choses **que l'on a sous sa garde** ; le verbe transitif "avoir" s'entend des droits primaires généraux du propriétaire ou du possesseur. Il semble que, à cause de la proposition des mots "sous sa garde" suivant immédiatement "que l'on a", les droits sont nécessairement en connection avec le fait matériel de la garde, auquel le verbe "a" se réfère exclusivement.

Le sens eût été plus étendu si le législateur avait dit "dont on a la garde". Il doit y avoir une raison pour qu'il n'ait pas écrit "des personnes dont on doit répondre ou des choses **dont on a la garde.**

Mon raisonnement s'exprimerait plus clairement si au lieu de "on" le législateur avait écrit "chacun" ou "toute personne" et déclaré : chacun (ou toute personne) est responsable du fait des choses qu'il (ou elle) a sous sa garde. Il serait dès lors impossible de faire une phrase qui voudrait dire quoi que ce soit d'autre que "chacun est responsable du fait des choses qui sont sous sa garde" (voir note Besançon, D.H. 25 mars 1937).

Néanmoins cette distinction n'est pas assez nette pour justifier une opinion fondée sur l'étendue et le sens du mot "garde". Mais il y a plus : l'expression "sous sa garde" apparaît aussi dans l'art. 1385 qui traite d'une application particulière des "choses" visées par l'art. 1384 al. 1er.

Cet art. 1385 rend le propriétaire d'un animal, ou la personne qui emploie cet animal (quand elle l'emploie elle-même) responsable du dommage causé par cet animal "soit que l'animal soit sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé".

Si le mot "garde" était utilisé avec un sens juridique et voulait dire "garde juridique", l'animal échappé ou manquant serait toujours "sous la garde" de son propriétaire ou possesseur, et l'alternative posée "qu'il fût égaré ou échappé" serait totalement inutile. Il semble que l'insertion de ces mots dans l'art. 1385 et l'antithèse ainsi formulée sont là pour montrer aussi clairement que possible que l'animal qui s'est échappé et est manquant n'est pas "sous la garde" de son propriétaire ou possesseur.

Je suis donc conduit à croire que l'emploi des mots "sous sa garde" dans la phrase "que l'on a sous sa garde" réduit singulièrement le sens de "garde" et implique que le mot ne s'étend pas in abstracto à toute tutelle fondée sur la loi ou sur un lien juridique ou autre ... A l'évidence, ce n'est pas limité à la détention actuelle de la chose ; les faits nécessaires pour entrer en possession d'une "garde" doivent dépendre de la nature particulière de la "chose" concernée.

Néanmoins, je ne souhaite pas faire plus que rapporter mon opinion sur les chapitres A et B pour les raisons suivantes :

1°) Nulle nécessité n'apparaît de se prononcer définitivement sur ces chapitres, puisque notre conclusion sur le chapitre C, que je vais exposer, suffit à emporter la décision dans le cas présent.

2°) Je souhaiterais entendre une argumentation ultérieure sur l'étendue et la nature de la preuve requise pour établir ou annuler une responsabilité dans un cas où un dommage serait causé par une "chose", comme définie dans ce jugement, où le dommage résulte du défaut de la "chose" elle-même, en dehors et indépendamment de l'action de la personne qui physiquement et actuellement contrôle la chose, ou bien là où en fait il n'y avait aucun contrôle de cette sorte ; et rien de ce que j'ai dit jusqu'ici, quelque laborieuse qu'ait pu être ma réflexion à ce sujet, ne devrait si un tel cas survenait, se réduire à une conclusion de ce cas jugée d'avance.

QUESTION II (c) - Fait des choses

Je repousse d'emblée la distinction de certaines Cours françaises ou de certains commentateurs entre une chose dangereuse et une autre qui ne l'est pas par elle-même, et je soutiens que "chose", dans le texte, s'applique en général à toutes choses, qu'elles soient de nature dangereuse ou non.

On a également considéré, en France, aux premiers jours de l'existence du Code, que l'alinéa 1er de l'art. 1384 servait d'introduction aux autres paragraphes de cet article ainsi qu'aux art. 1385 et 1386 ; et qu'en conséquence que les autres paragraphes de l'art. 1384 et les art. 1385 et 1386 contenaient une description limitative des personnes ou choses concernées. Pour moi, le premier paragraphe de l'art. 1384 est d'application générale et n'est point restreint par les articles suivants.

Quand je soutiens que ces articles sont seulement des exemples particuliers d'application du 1er paragraphe et ne le restreignent pas, je considère qu'on doit les lire ensemble avec le 1er paragraphe de l'art. 1384, et que la phrase écrite par le législateur dans l'un des art. 1382 à 1386 peut aider à élucider le sens de son expression dans l'un quelconque autre de ces articles.

A ce point, je soutiens que le mot "chose" concerne indubitablement une automobile et qu'il n'y a aucune nécessité à décider si une automobile est dangereuse par elle-même ou est plus ou moins dangereuse qu'une bicyclette ou une voiture à cheval.

Maintenant, quel peut être le "fait d'une chose" ?

Le même mot est indistinctement employé dans les art. 1382, 1383 et 1384 en référence à un être humain ou à un objet inanimé ; la comparaison de ces mots n'offre pas de solution au problème ; mais il est évident que le "fait" d'une personne ne peut être tout à fait le même que le "fait" d'une chose. "Fait", en relation avec l'homme sous-entend un élément moral qui est nécessairement absent du "fait" d'un objet inanimé. Est-ce que l'emploi de "fait" en relation avec des choses sous-entend que, quoique un être humain à ce moment même se sert d'une chose pour perpétrer un méfait, intentionnellement ou non, le méfait est quand même le "fait" de la chose employée ? Est-ce que l'emploi sadique des épingles à chapeau utilisées parfois par des maniaques dans les rues et tramways de Paris pour torturer des dames avenantes, cet emploi était-il le "fait" de l'épingle ou du chapeau ? Devons-nous suivre l'inspiration du noble poète qui décrit

l'histoire d'un homme percé par son propre poignard et qui disserte sur les sentiments du couteau :

> *"qui du sang de son maître s'est souillé lâchement, il en rougit, le traître".*

Si un assassin plonge **mon** couteau de table dans la poitrine de quelqu'un d'autre, le dommage résultera-t-il du "fait" du couteau ou de l'action du meurtrier ? Si le conducteur de mon automobile, en parfait état de marche, écrase un piéton en raison de son incapacité ou de sa négligence, ou parce qu'il est ivre, le dommage est-il causé par le "fait" de ma voiture ou par l'homme qui tient le volant, incompétent ou coupable ?

Il me semble incroyable que l'on ait jamais pu mettre en doute les réponses à ces questions, et je soutiens, comme je l'ai déclaré précédemment, que, pour qu'un dommage soit causé par le "fait" d'une "chose", il est nécessaire que la chose elle-même ne soit pas sous le contrôle physique de l'homme et que le dommage soit causé purement par l'action ou l'inaction machinale de la "chose".

Je suis parfaitement conscient que des problèmes difficiles peuvent se poser quand on applique ce critérium en général à toutes choses et en particulier aux automobiles. Un accident peut-être dû à l'incompétence d'un conducteur négociant un virage serré, et entraînant ainsi un essieu ou un pneu défectueux à casser ou à éclater, et ainsi sera blessé un passant. Il pourrait être difficile si cela est nécessaire, dans de tels cas de répartir la responsabilité entre l'homme et la chose, entre le conducteur et l'essieu ou le pneu, mais une décision judicieuse n'est sûrement pas hors de la portée du jugement de n'importe quelle instance.

Je désire rapporter sur ce sujet l'opinion de M. de Comarmond en tant que Ministère Public :

> *"Je ne trouve pas de difficulté à penser qu'on peut assez aisément distinguer entre des accidents où la cause la plus proche est le défaut ou le manque d'une "chose" elle-même, et d'autres où la cause peut seulement relever de l'homme qui contrôlait la chose. Quand la "chose" est déplacée ou contrôlée par l'homme et que c'est entièrement par la faute de l'homme qu'un dommage est causé, je pense que cette partie de l'art. 1384 traitant du "fait des choses" ne doit pas s'appliquer".*

Les cas que j'ai évoqués de dommages causés par divers objets ne sont pas tous hypothétiques ; ainsi la décision de la Cour de cassation du 21 février 1927 établit le principe qu'en appliquant la présomption de faute établie par l'art. 1384 al. 1er, *"il n'y avait aucune justification à différencier une chose actionnée par la main de l'homme ou une chose que ne dirigeait pas l'homme ; que le principe s'appliquait à toute chose soumise à la nécessité d'une garde en raison des dangers qu'elle pouvait faire courir à autrui".*

S'appuyant sur cette décision, devant la Cour de Limoges le 15 mai 1928 (Gaz. Trib. 1er juin 1928) on chercha à obtenir réparation d'une dame dont le bonnet armé d'une épingle à chapeau fut lancé à la tête d'une autre personne par un enfant ; cet enfant n'était pas sous l'autorité de la dame. Dans ce cas, pourtant le jugement débouta le plaignant.

De savants auteurs avec lesquels j'agrée disent que si le jugement

des Chambres Réunies du 13 février 1930 (sur lequel vous verrez l'opinion de mon collègue Le Conte), si ce jugement est suivi, il ne sera plus désormais nécessaire, pour appliquer l'art. 1384 al. 1er, que la chose inanimée présente un défaut inhérent ou ne soit pas sous le contrôle physique de l'homme au moment de l'accident ou soit dangereuse par elle-même, si donc le jugement est appliqué, le résultat inévitable sera que des blessures causées à un passant par un fusil ou par un bicycliste, seront imputées à l'arme à feu ou à la bicyclette et non à l'auteur du dommage.

Et alors, pourquoi ne pas considérer qu'un canif ou un couteau de table ou la plume ou la machine à écrire sur laquelle on écrit une diffamation, seront responsables à la place de l'agresseur ou du diffamateur ?

Mon opinion sur le chapitre C, telle que je la donne ci-dessus, est en accord avec la jurisprudence française en ce qui concerne son interprétation du mot "chose" mais non en ce qui concerne "le fait de la chose". Je ne parviens pas à croire que l'action d'un homme qui utilise une "chose", qu'elle soit inoffensive ou dangereuse, que ce soit un ustensile d'usage courant ou une machine perfectionnée, si cette action se fond dans l'acte, c'est-à-dire dans "le fait de la chose", que cette action soit l'interprétation du "fait". Il me semble plutôt s'agir d'une extension de son sens au delà de ce qu'entendait le législateur, extension qui équivaut pratiquement à une addition. Cela supprime dans le Code les art. 1382 et 1383 ou les limites aux actes méchants ou créateurs de préjudice, causés par des personnes faisant un usage illicite de leurs langues, poings et pieds, à l'exclusion des dommages causés par les objets qu'ils utilisent. Ceci n'est plus la loi.

Et on ne peut pas plus prétendre que mon opinion restreint indûment l'application de l'art. 1384 al. 1er. Cet alinéa révèle son utilité dans tous les cas où un instrument ou un objet hors la main de l'homme cause un dommage par sa défectuosité propre ou sa faute propre. Le contraste est donc mis en pleine lumière entre le "fait de la personne" (art. 1382) et le "fait des choses" (art. 1384) et aussi la justification des deux articles. Sur l'ensemble de cette question les appréciations de mon collègue Le Conte jettent la lumière la plus vive.

Je dois rechercher dans les études de Droit français et dans la considération sur l'attitude des Cours françaises la pleine justification de mon opinion. Il n'est pas nécessaire que j'écrive l'histoire de l'évolution de la jurisprudence française sur l'art. 1384 al. 1er. Ce travail a été très clairement fait par BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE dans le volume IV des "Obligations", édition de 1908 page 684 et seq. et des développements ultérieurs ont été parfaitement exposés jusqu'à 1932 par M Henri LALOU dans son livre sur "La Responsabilité Civile". Pendant plus de soixante-dix ans, le principe sous-jacent à l'art. 1382 fut considéré comme le même que celui de l'art. 1384 ; la responsabilité pour un acte préjudiciable dû à l'homme restait sur le même terrain que la responsabilité pour les choses qu'il a sous sa garde ; ce terrain était l'existence d'une quelconque "faute".

Ces auteurs suggèrent, à bon droit me semble-t-il, que la difficulté de prouver la faute était souvent si grande que pratiquement on laissait les victimes d'accidents sans réparation et ce résultat était "particulièrement regrettable lorsque les progrès de l'industrie et la multiplication des choses inanimées **dangereuses** rendirent les accidents plus fréquents, on sentit alors le besoin d'établir sur une autre base la responsabilité dont il s'agit".

Pourquoi, si la base était juridiquement solide, les Cours devaient-elles,

sous la pression des conditions sociales ou industrielles nouvelles, renverser leur jurisprudence ?

Le même désir fut ressenti en ce qui concerne les accidents du travail. Ce désir fut satisfait, non par des juges renversant une conception légale fermement établie, mais par le législateur qui créa des lois pour régulariser les compensations en cas d'accidents du travail.

On essaya aussi en France d'établir par une loi la responsabilité qui s'attache aux pripriétaires ou gardiens d'automobiles ; ces essais ne parvinrent jamais à l'état de loi, et les Cours se sont chargées du travail du législateur, travail qu'à mon avis, seul le législateur peut accomplir. Tout ceci conduisit à des conflits d'opinion sérieux entre les diverses Cours, entre les commentateurs, et montra les tâtonnements de chacun vers une solution (reportez vous au jugement de mon savant collègue).

D'abord des objets inanimés "les choses" de l'art. 1384, furent assimilés aux "bâtiments" de l'art. 1386, ce dernier article s'appliqua à un arbre tombé, une chaudière qui explose, une armoire qui tombe.

Ensuite, il apparut qu'on pourrait résoudre la question par l'application de l'art. 1384, al. 1er "fragment de texte qui avait jusqu'alors passé inaperçu".

Est-il concevable que des juges puissent être accusés d'avoir négligé une partie de l'un des 6 articles définissant le dommage qu'ils ont appliqué pendant les trois-quarts d'un siècle ?

BAUDRY-LACANTINERIE note pourtant que LAURENT, vol. XXX, N° 639, qui publia le premier son travail en 1869, avait mis l'accent sur l'importance de ce texte. En recherchant une base rationnelle à la responsabilité attachée au propriétaire ou au gardien d'une "chose" pour les dommages causés par la "chose" indépendamment de toute "faute" prouvée, Baudry-Lacantinerie relève 3 explications ; chacune d'entre elles a été adoptée par différentes juridictions.

a) La raison de l'obligation de propriété - il rejette cette explication.

b) Une jurisprudence française établie fondant la responsabilité sur une "faute" de la personne que la loi rend responsable ; présomption opposable dans la loi admettant une preuve contraire. C'est là que la vraie difficulté est soulevée. Quelle est la sorte de preuve contraire demandée ? Cela consiste-t-il seulement en la "faute" de la victime, un "cas fortuit", une "force majeure" ? Ou bien le défendant a-t-il la possibilité de prouver qu'il n'a commis aucune "faute" en tant que propriétaire ou gardien ?

c) La théorie récente du "risque" ou "risque créé". Suivant des références sur quelques applications de la théorie dans la jurisprudence : S. 1906.2.46 ; D.1905.2.417 ; D.1906.2.249. Le savant auteur à la date de son ouvrage (1908) indique aussi les schémas législatifs préparés sur la base de cette théorie, ou sur une autre, qui tous tendent à montrer que l'intervention du législateur était réclamée.

Laurent, dans sa préface de la 3ème édition (1879) de son ouvrage monumental défend la méthode d'interprétation qu'il déclare avoir adoptée dans ses "principes de droit civil" et dit :

> *"Quand le texte est clair, je m'y tiens sans m'incliner devant aucune autorité parce que la plus grande de toutes les autorités est*

celle du législateur ; quand il a parlé, il ne reste aux interprètes qu'à obéir. Trouvent-ils que la loi est mauvaise, ils sont libres de la critiquer, mais il ne leur appartient pas de la changer, sous prétexte de l'interpréter. C'est cependant ce que font trop souvent les Tribunaux et les auteurs".

Et sa profession de foi terminale est : *"Le respect du texte donne seul à la science du droit une base solide, tandis que l'interprétation qui s'écarte du texte, rend notre science incertaine et l'application des lois arbitraire".*

Les Cours françaises se sont-elles arrêtées de changer la loi sous prétexte d'interprétation ? Les auteurs français modernes donnent d'abondantes indications qu'il n'en est rien.

L'admirable travail de BONNECASE, qui se propose d'être un supplément au traité abrégé de BAUDRY-LACANTINERIE, contient un très grand nombre d'instances, où cette soi-disant interprétation du Code par les Cours est totalement contraire aux principes de LAURENT, et ignore les règles d'interprétation qui doivent guider notre jurisprudence. Dans sa préface (vol. I, p.5) il lui fait allusion : *"une jurisprudence qui ne pouvait être soupçonnée, a surgi, faisant en quelque sorte oeuvre de législateur plutôt que d'interprète".* Pages 554 et suivantes, on trouvera une complète démonstration de "l'affaire des résines" qui conduisit à la loi du 7 novembre 1922. Dans sa discussion de la jurisprudence française en matière de responsabilité civile (p.296 et suiv.) il dit : *"sous l'influence de la doctrine du risque, opposée à celle de la faute, la jurisprudence s'est laissée aller à substituer au système du Code un système tout différent".*

M. Henri LALOU, dans sa Responsabilité Civile (1932) p.64 et suivantes, expose la bataille des théories de la "faute" et du "risque créé" et écrit : *"entre ces deux théories quel parti prendre ? S'il s'agit uniquement d'appliquer le Code civil et de tenir compte de l'intention du législateur, aucune hésitation n'est possible ; pas de responsabilité sans faute prouvée ou légalement présumée".*

C'est entièrement mon opinion ; dans nos relations avec le Code Napoléon en tant que Cour, nous n'avons pas d'autre but que "uniquement d'appliquer le Code civil et de tenir compte du législateur".

La réserve concernant des considérations futures dans des cas d'accidents causés par des choses seules, réserve dont je parle dans ce jugement, n'ajoute aucune hésitation sur la validité du principe et je tiens à le préciser de la façon la plus formelle.

Notre Cour dans la considération de ce cas et d'autres cas de dommages, n'a ni le pouvoir ni le droit de suivre les Cours françaises quand elles s'écartent du texte du Code et de l'intention du législateur. De plus, nous devons faire cette interprétation en tenant compte des règles anglaises d'interprétation, et non pas innover. Le résultat de mon interprétation des art. 1382 à 1386 est que la responsabilité du dommage causé n'existe pas sans faute prouvée ou présumée légalement.

C'est en me référant à ce principe, que j'ai étudié chaque aspect de ce problème.

C'est seulement sur la nature de la présomption légale de faute et sur la preuve demandée que je ne crois pas nécessaire de conclure définitive-

ment puisque, ainsi que nous l'avons montré la question n'est pas posée.

Le résultat de mon étude est que les plaignants perdent leur procès contre la partie adverse sur les deux terrains où reposait la responsabilité, savoir :

1) la responsabilité substituée en tant qu'employeur pour une faute de son chauffeur ;

2) la responsabilité comme gardien de la chose qu'on accuse d'avoir causé l'accident ...

Prenant en considération le conflit d'opinions dans l'application de l'art. 1384 et la jurisprudence française moderne sur ce sujet ils ne devraient avoir rien à payer.

Une fois le défendeur déchargé, il n'a pas de recours contre le défendeur en garantie. Je ne pense pas qu'on puisse non plus rien lui réclamer. Il prit une part active à soutenir la thèse que nous n'avons pu faire nôtre ; la seule responsabilité de l'accident réside à mon avis sur son fils, et je ne puis préjuger d'aucune action que les plaignants s'ils sont ainsi conseillés, pourraient intenter contre ce dernier.

Il est vrai que l'une des affirmations de M. Gellé était que son client devrait échapper à toute responsabilité en vertu de l'exception créée par le 5ème paragraphe de l'art. 1384 et qu'en conséquence il était à tort appelé en garantie. Je ne puis décider quelle conclusion juridique on doit apporter sur une simple question de frais, surtout réclamés par la partie qui a été déboutée par ailleurs.

Les questions III et IV ne réclament aucune décision.

Il est désolant que les circonstances ne nous aient pas permis de siéger toutes Chambres Réunies pour le procès.

Vu l'importance des conclusions juridiques, nous avons demandé à notre collègue Espitalier Noël de lire et discuter nos jugements. Il désire que nous déclarions que son opinion rejoint la nôtre quand nous disons que le 1er paragraphe de l'art. 1384 ne s'applique pas aux cas où, comme ici, on demande d'établir la responsabilité du propriétaire pour un accident résultant de la conduite fautive ou négligente de son automobile. Il adopte aussi notre argumentation pour déclarer que, sur la présomption que le chauffeur du défendeur fût coupable de ne pas avoir retiré la clé de contact en laissant la voiture, il n'y avait pas de relation de cause à effet entre la négligence et l'accident qui causa le décès du père des plaignants et il rejoint notre jugement déchargeant sur ce chapitre l'employeur du chauffeur en tant que responsable.

Pour les raisons fournies par mon collègue Le Conte, et moi-même, nous décidons que l'action des plaignants contre le défendeur est renvoyée sans dépens ; le défendeur en garantie est mis hors de cause sans dépens.

R.R.J. 1982
p.347 à 380

ETUDES

LA DETERMINATION JUDICIAIRE DU PRIX DANS LES CONTRATS

par Jacques BELOT

1. De toute évidence, le prix est un élément important d'un contrat à titre onéreux. De ce fait, il est rare que ce prix n'ait été l'objet d'une discussion entre les parties. Quelle que soit la nature de la convention, il est peu fréquent que le débiteur du prix ne sache exactement à quoi il s'engage. Est-il pour autant nécessaire à la validité du contrat que le montant de la somme à payer soit fixé de façon précise "ab initio" ? A cette question, la jurisprudence apporte une réponse nuancée.

Ainsi, en matière de vente, les tribunaux font-ils, en application de l'article 1591 du Code civil, de la détermination du prix un élément de formation du contrat ; tout au moins la validité de la convention suppose-t-elle que ce prix soit déterminable (1). En revanche, dans d'autres contrats, tel par exemple le louage d'ouvrage, ils estiment que "l'accord préalable sur le coût des travaux n'est pas un élément essentiel" (2) et se reconnaissent le pouvoir de suppléer le silence des parties.

Il peut paraître surprenant que ce qui semble être un même problème reçoive deux solutions. Ne peut-on imaginer qu'en toute hypothèse la fixation du prix concourt à la formation de la convention ou inversement que le juge, à défaut de précision des cocontractants sur ce point, peut lui-même déterminer ce prix ? A l'évidence la question ne se pose pas lorsque les pouvoirs publics, par voie de fixation, imposent eux-mêmes un prix. Hors ces cas le problème demeure entier.

2. Certes, de nombreuses études ont été consacrées à la détermination du prix dans les contrats, mais la plupart n'ont examiné cet élément de

(1) J. GHESTIN, "Traité de droit civil", Paris, L.G.D.J. 1980, T. II, n° 521 et s. ; adde du même auteur, "L'indétermination du prix de vente et la condition potestative", D. 1973, chron. p.293 ; obs. sous 3ème civ. 22 avril 1980, D.1981.IR.307.

(2) 3ème civ. 18 janvier 1977, Bull. n° 25 p.21.

la convention qu'à propos de contrats particuliers (3). L'évolution récente de la jurisprudence invite à rechercher s'il n'existe pas de règle générale gouvernant la fixation du prix. En effet un mouvement en deux étapes s'est dessiné au cours de la dernière décennie. Dans une première étape, les tribunaux ont eu à apprécier la validité des contrats dits de "pompistes de marque" (4). Aux termes de ces conventions les détaillants, en échange de services divers rendus par des compagnies pétrolières, s'engageaient à effectuer leur approvisionnement en carburant et lubrifiant exclusivement auprès de ces dernières. A l'occasion d'une modification par voie réglementaire fusionnant les marges de chacune des parties, les pompistes, invoquant l'indétermination du prix de vente des carburants, obtinrent de la Cour de cassation qu'elle annule les contrats d'exclusivité qui les liaient à ces compagnies. Pour ce faire, la jurisprudence étendit à ces conventions les dispositions de l'article 1591 du Code civil relatif à la vente. Ultérieurement, le problème se posa en des termes semblables à propos des contrats dits de "marché de bière", lesquels prévoient l'approvisionnement des débitants auprès de certains revendeurs en contrepartie de diverses prestations assurées par ces derniers. Soumises à l'appréciation de la Cour de cassation, les conventions furent annulées, non plus cette fois sur le fondement de l'article 1591 du Code civil, mais sur celui de l'article 1129 du même code (5). La généralité de ce texte conduit à se demander si la solution adoptée par les juges à propos des contrats de bière ne peut être étendue à toutes les conventions (6).

3. Cette extension aurait pour elle le mérite de la simplicité. Chaque fois que les parties n'auraient pas fixé de façon précise le prix, ou tout au moins arrêté de façon objective les modes de détermination de ce prix, les juges devraient prononcer la nullité de la convention soumise à leur examen. On imagine aisément les inconvénients d'un tel système. Les critiques dirigées contre la jurisprudence relative aux contrats de bière mettent en relief les dangers qu'il y aurait à étendre l'article 1129 du Code civil au prix.

De nombreux contrats seraient voués à disparaître, faute de faire apparaître lors de la conclusion un prix dont on sait qu'il ne sera versé qu'à l'occasion d'opérations futures dont il est malaisé de préciser les termes.

---

(3) V. B. GROSS, "Le droit de la vente", P.U.F. 1978, note sous : Nancy, 13 juin 1979, com. 14 janvier 1980, J.C.P. 1981.II.19585 ; J. GHESTIN, note sous : com. 27 avril et 5 novembre 1971, D.1972.363 ; Rouen, 11 février 1972.585 ; com. 12 janvier 1974, D.1974.414 ; com. 12 février 1974, D.1974.414 ; J. BORE, note sous com. 27 avril 1971, J.C.P. 1972.II.16975 ; com. 12 février 1974, J.C.P. 1975.II.17915 ; N. ALBALA et A. CORNEVEAUX, note sous com. 21 juin 1976, J.C.P. 1978.II.18984 ; Y. LOUSSOUARN, note sous com. 11 octobre 1978, J.C.P. 1979.II.19304 ; R. HOUIN, note sous com. 11 octobre 1978, D. 1979.135 ; adde : M. ENGELHARD - GROSJEAN, "La détermination de l'objet dans les contrats" in Annales de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, T. XIII, 1979, p.439 et s. ; F. GORE, "La détermination du prix dans les contrats dits "marchés de bière", Gaz. Pal. 1979, 1, doc. 84 ; B. MERCADAL, "La détermination du prix dans les contrats", Droit et pratique de commerce international 1979, p.443 ; D. DE MARTEL, "L'indétermination du prix", Gaz. Pal. 1979, 2, doc. 653 ; A. DE MARTEL, "L'article 1129 du Code civil et l'annulation des contrats de bière pour indétermination de leur prix", J.C.P. 1980, éd. not., doc. p.291.

(4) Com. 27 avril et 5 novembre 1971, précités.

(5) Com. 11 octobre 1978, précités ; 14 janvier 1980, B.IV n° 16 p.13 et n° 17 p.14, Gaz. Pal. 1980.1. som. 255.

(6) J. GHESTIN : Traité de droit civil, précité n° 532.

Cette extension serait également peu réaliste. De nombreuses conventions sont valablement conclues dans la vie quotidienne sans que le prix ait été arrêté.

Enfin, on comprendrait que le juge dont l'intervention en ce domaine n'a cessé de croître se cantonne dans un rôle passif d'arbitre qui se contenterait de constater le vice qui affecte l'accord des parties. Aussi peut-on tenir pour établi qu'il subsiste toujours un domaine où le prix n'est pas appelé à être un élément de validité du contrat. La jurisprudence relative à l'article 1129 du Code civil est par ailleurs trop récente, trop sujette à discussion pour ne pas évoluer. Quant à l'interprétation traditionnelle que l'on fait de l'article 1591 du Code civil il est peu probable qu'elle fasse l'objet d'une modification. Il convient de distinguer les conventions qui sont, ou devraient être, assujetties, pour être valables, à la détermination d'un prix par les parties, de celles qui offrent au juge la possibilité d'intervenir, et de rechercher laquelle des deux branches de cette alternative pourrait faire figure de principe et laquelle serait l'exception. Il y va de la sécurité du commerce juridique.

4. Un point doit cependant être tenu pour acquis. Quelle que soit la solution préconisée au problème de la détermination du prix, il faut que le principe du paiement d'un prix par l'un des cocontractants ait été convenu par les parties. En d'autres termes, pour que l'on s'interroge sur les modalités de la détermination du prix, il convient que le caractère onéreux de la convention soit clairement établi. Faute d'accord sur ce point, il ne saurait y avoir de contrat valable, et, à supposer qu'une discussion s'instaure à ce sujet, la tâche des juges reviendrait à qualifier le contrat, opération préalable à celle qui fait l'examen de la présente étude. Un arrêt de la Chambre commerciale du 9 juillet 1964 illustre assez bien les difficultés que peut engendrer une telle incertitude (7). A l'occasion du règlement d'une succession un héritier prétendait que l'un des immeubles faisant partie d'un lot lui avait été donné à bail par le défunt. Cette personne alléguait que la détermination du prix du bail avait été reportée à plus tard et sollicitait des juges qu'ils désignent un arbitre pour en fixer le montant. Les juges du fond, approuvés par la Haute juridiction, ne firent pas droit à sa demande et estimèrent que le bail était inexistant. Il aurait pu paraître que le bail en question était nul pour indétermination du prix. En fait, ce qui faisait défaut était le principe même du bail à titre onéreux. Du vivant de son auteur, le demandeur avait sans doute obtenu que l'on mette gracieusement à sa disposition les locaux objets du litige. C'est pour n'avoir pas apporté la preuve d'un accord de principe sur l'existence d'un bail qu'il fut débouté de sa demande. Il convient encore de réserver le cas où les parties, bien qu'ayant admis le caractère onéreux de l'opération qu'elles envisagent, commettent une erreur sur le prix. En pareille hypothèse, il n'y a pas indétermination du prix, mais un prix déterminé, sauf que ce prix n'est pas le même pour chacun. Un tel contrat est nul en vertu de l'article 1110 du Code civil pour cause d'erreur (8). On pourrait même faire état d'une erreur obstacle (9).

---

(7) Bull., n° 368, p.326.

(8) C'est le cas lorsque l'une des parties s'exprime en nouveaux francs et l'autre en anciens, com. 14 janvier 1969, D.1970.458 note M. Pédamon. R.T.D.C. 1969, 559, observ. Y. Loussouarn ; 1° civ. 28 novembre 1973, D. 1975.21, note R. Rodière, R.T.D.C. 1974, p.628, observ. G. Cornu ; ibid. 1975. p.702, observ. Y. Loussouarn.

(9) J. GHESTIN, op. cit., n°373.

Pour que se pose la question de savoir si le prix déterminé est un élément indispensable à la formation du contrat, il faut que les parties aient convenu de l'existence de ce prix, n'en aient pas arrêté le montant et en aient reporté à plus tard la fixation précise.

5. Une conception classique du droit des contrats, conforme à l'idée que s'en faisaient les rédacteurs du Code civil invite à étendre au prix la formule de l'article 1129 de ce code. Dans un domaine où seule la volonté individuelle peut être source de droit, le juge n'a pas à intervenir pour parfaire un accord incomplet. Il ne peut que constater le défaut d'un élément que les parties, au terme d'une discussion de gré à gré, conduite sur un pied d'égalité, auraient dû nécessairement prévoir. D'ailleurs, on ne peut dire du prix, sauf peut-être s'il est modique (10), qu'il n'a guère d'importance puisque, le plus souvent, il constitue l'essentiel, si ce n'est l'intégralité, de l'obligation mise à la charge de son débiteur. On conçoit mal qu'une personne puisse valablement s'engager à exécuter une prestation dont elle ignore la mesure ou que le juge puisse l'y obliger. Admettre l'inverse reviendrait, semble-t-il, à ruiner le principe de l'autonomie de la volonté.

6. Il n'est pas certain qu'une conception aussi libérale des relations contractuelles ait de nos jours la même valeur. Les données économiques sur lesquelles se nouent les relations ont modifié les termes du débat. On se plaît à souligner le déclin que connaît le principe d'autonomie de la volonté (11). Les contrats d'adhésion se sont multipliés. Les limites dans lesquelles peut s'instaurer une discussion de gré à gré se sont resserrées. Les pouvoirs publics, lorsqu'ils ne fixent pas eux-mêmes le prix d'une opération déterminent le plus souvent les modalités selon lesquelles il se calcule (12). Par ailleurs, dans ces domaines où la liberté contractuelle peut encore s'exprimer, le prix dépend de données extérieures que les parties ne maîtrisent pas. On peut alors se demander si le rôle du juge n'a pas changé, s'il n'est pas devenu cet arbitre au sens où l'entend M. le doyen Carbonnier "d'évaluateur" (13). On pourrait dès lors admettre que, dans bien des cas, rien ne s'oppose à ce que les tribunaux déterminent eux-mêmes le prix d'une prestation puisqu'ils parviendraient à une somme proche de celle qui aurait pu être arrêtée par les parties. Le juge s'assurerait que les cocontractants ont librement donné leur consentement à un prix dont la détermination se fait à l'aide de données extrinsèques objectives sur lesquelles elles n'ont aucune prise.

7. L'exemple tiré des solutions adoptées par les pays voisins, en matière de fixation du prix, invite à l'intervention du juge en ce domaine. Il est couramment admis, en effet que le contrat est valablement formé alors même que les parties ne se sont pas mises d'accord sur le prix.

---

(10) C'est sans doute sur cette observation que se fondent les auteurs qui estiment que la détermination du prix dans le contrat d'entreprise n'est pas un élément de formation de la convention quand la somme est modique, à la différence que ce qu'il conviendrait d'admettre lorsque les travaux sont importants. V. H.L. et J. MAZEAUD, par M. de Juglart, leçons de droit civil, T. III, 4ème éd., n° 1343.

(11) J. GHESTIN, op. cit., n° 53 et s.

(12) V. par ex. à propos des modalités de détermination du prix du fermage les conclusions de M. GENEVOIS et la note de M.M.P. OURLIAC et M. de JUGLART ss. Cons. d'Etat, 7 décembre 1979, J.C.P. 1980.II.19483.

(13) J. CARBONNIER, Droit civil, Les obligations, T. IV, P.U.F., 1976, p.98.

C'est ce qu'admet le droit anglo-saxon (14), ainsi que le droit suisse (article 184 du Code des obligations) et le droit allemand. Il est même possible dans ce dernier pays que le créancier du prix le fixe lui-même ultérieurement (15) et que les tribunaux, en cas de désaccord ou en l'absence de toute précision, procèdent à la détermination de ce prix (16). Quant à la Belgique, qui a adopté notre Code civil, elle fait de l'article 1591 de ce code une interprétation assez stricte et les juges, se fondant sur l'interprétation de la volonté des parties n'hésitent pas à intervenir pour fixer le prix (17).

8. Cette attitude n'est sans doute pas celle qu'observent nos tribunaux actuellement. Il semblerait plutôt que leur intervention dans le calcul du prix soit l'exception et que le plus souvent ils se contentent de sanctionner par le prononcé de la nullité de la convention l'indétermination du prix.

A la vérité rien n'est moins sûr. Ce n'est sans doute pas tant le souci de rigueur juridique qui a conduit la jurisprudence à étendre le domaine de l'article 1129 du Code civil que celui d'intervenir au profit de la partie présumée la plus faible dans le contrat. Il n'est pas certain que cette voie soit la plus adéquate. La moralisation des relations contractuelles et la protection légitime du cocontractant le plus démuni, incitent plutôt à admettre dans une large mesure la détermination judiciaire du prix en vue de parfaire le contrat (I). On ne devrait admettre que restrictivement que l'indétermination conventionnelle du prix affecte la validité de la convention (II).

I - LA DETERMINATION JUDICIAIRE DU PRIX ET LA PERFECTION DU CONTRAT

9. Plusieurs raisons militent en faveur de l'intervention du juge dans la détermination du prix. L'une d'elles tient à ce que dans de nombreux cas, l'une des parties a déjà assuré l'obligation mise à sa charge. Refuser au juge de parfaire ce contrat présenterait des inconvénients non négligeables. Il semble préférable d'admettre que les tribunaux, en fixant eux-mêmes le prix, rendent parfait un contrat qu'il est malaisé d'annuler.

On trouve, sous-jacente à cette jurisprudence, l'idée d'équité. Dans bien des cas en effet, interdire la détermination judiciaire du prix favoriserait par trop l'un des cocontractants. Pourquoi dès lors ne pas admettre une extension du domaine de l'intervention judiciaire chaque fois que cela est possible, c'est-à-dire lorsqu'aucune règle particulière ne l'interdit ? Ainsi passerait-on de la détermination judiciaire du prix tenant à l'exécution d'une obligation (A) à une intervention qui serait une mesure de police contractuelle (B).

---

(14) M. ELLAND-GOLDSMITH, "Les principes généraux du droit anglais des contrats et les opérations internationales", Droit et pratique du commerce international 1980, p.454.

(15) M. STRAUCH et C.W. NEUMANN, "La détermination du prix et autres prestations en droit allemand des contrats", ibid., p.133 ; Stuttgart, 21 novembre 1966, N.J.W. 1967, p.31 ; 24 novembre 1975, N.J.W. 1976, p.27.

(16) M. STRAUCH et C.W. NEUMANN, op. cit. p.142 et s.

(17) H. PAULUS - DE RODE, "La détermination du prix dans les contrats en droit belge", ibid., p.89 et s.

A - La détermination judiciaire du prix et l'exécution du contrat

10 . a) Il est admis depuis fort longtemps que le juge intervienne, à propos de certains contrats, pour fixer un prix que les parties n'avaient pas estimé utile de mentionner.

C'est ainsi que doctrine et jurisprudence considèrent que le mandat salarié est valable, alors même que le montant du salaire n'aurait pas été fixé par la convention, pourvu que tacitement au moins, l'idée de mandat gratuit ait été écartée (18). Faute de précision sur ce point, les juges fixent souverainement le montant de la rétribution du mandataire (19). Ils doivent pour cela avoir égard aux "circonstances de la cause et (à) l'importance des services rendus" (20).

La même jurisprudence a toujours été étendue au contrat d'entreprise, qu'il s'agisse du louage de service ou de louage d'industrie. Le prix n'est pas une condition de validité de la convention et les juges peuvent en toutes hypothèses le déterminer souverainement (21). Le plus souvent ils procèdent par voie d'expertise (22) ou par référence aux usages en vigueur. La jurisprudence n'a guère varié depuis l'époque où Pothier écrivait : "Lorsque j'envoie de l'étoffe chez un tailleur pour me faire un habit, et qu'il la reçoit et se charge de le faire, le contrat est parfait, quoique nous ne nous soyons pas expliqué sur le prix que je m'oblige de lui payer pour sa façon : nous sommes en ce cas censés être tacitement convenus du prix qu'il est d'usage de payer dans le lieu pour les façons d'habit" (23). Cette catégorie juridique que constitue le contrat d'entreprise a vu son contenu se modifier. Certaines conventions tel le contrat de travail, ont acquis leur autonomie juridique et de nouvelles sont apparues au point qu'on a pu dire du louage d'ouvrage qu'il "est devenu ... une qualification "fourre tout" utilisée pour tous les contrats innommés qui apparaissent" (24).

11 . Toutes ces conventions, qu'il s'agisse du mandat ou du contrat d'entreprise, ont en commun de mettre à la charge du créancier du prix une obligation de faire, que certains qualifient encore de prestations de services (25). En ces matières, une règle doit être tenue pour acquise : l'indétermination

---

(18) BAUDRY-LACANTINERIE et WHAL : Traité théorique et pratique de droit civil, T. XXIV, 3ème éd., n° 729, p.283 ; D. ALEXANDRE, J.Cl. civ. V° mandat, fasc. I, n° 103 et s. ; R. RODIERE, Rép. civ., 2ème éd. eod., V°, n° 302 et s.

(19) 2ème civ. 28 janvier 1966, Bull. II, n° 131, p.94.

(20) 1ère civ. 23 octobre 1979, Bull. I, n° 252, p.200.

(21) 3ème civ., 24 janvier 1978, Bull. III n° 25, p.21 ; 1ère civ. 9 février 1977, Bull. I n° 74, p.58, D. 1977.I.R. 244 analysant comme un contrat de louage d'ouvrage la convention intervenue entre un détective privé et son client ; 3ème civ. 24 janvier 1978, Bull. III n° 49, p.39, D. 1978.I.R. 329, J.C.P. 1978.IV.102 qui rejette le pourvoi dirigé contre un arrêt de cour d'appel qui refuse pour calculer le prix d'appliquer le tarif syndical.

(22) 3ème civ. 4 juillet 1972, Bull. III n° 442, p.322.

(23) POTHIER : Traité du contrat de louage, Paris, 1778, n° 397.

(24) B. GRELON : Les entreprises de service, Paris - Economica - 1978, p.7.

(25) Le Doyen SAVATIER, dans sa chronique : La vente de service, D. 1971 chron. p.223, écrit : "L'objet des obligations de faire ou de ne pas faire, auxquelles correspondent les contrats de "services" est infiniment divers. B. GRELON (op. cit.) se range à cette notion de service qu'il définit cependant de façon plus étroite comme "des obligations de faire, fournies de manière indépendante et ne donnant pas lieu à la création ou à la cession d'un droit réel" (p.14).

du prix par les cocontractants n'empêche pas le contrat de se former.

Il est certes possible que les rédacteurs du Code civil aient entendu limiter cette solution aux contrats de faible importance. L'image évoquée par Pothier va dans ce sens. Il n'en reste pas moins que le montant du prix à payer ne peut constituer un critère qui permettrait dans certains cas l'exécution du contrat, dans d'autres son annulation. La règle énoncée précédemment doit donc être tenue pour générale (26).

12 . Un auteur a fait remarquer que la jurisprudence relative aux conventions qui viennent d'être examinées n'apportait pas de véritable exception à l'exigence de la détermination préalable du prix par les parties (27). Il ne saurait être possible en effet d'obliger, par voie judiciaire, le créancier du prix à exécuter son obligation. La remarque est exacte mais cette impossibilité d'agir ne provient pas de l'indétermination du prix, elle résulte de la nature juridique de la prestation promise, laquelle, consistant en une obligation de faire, ne peut donner lieu à exécution forcée. Il faut au contraire admettre que le refus de la part du créancier du prix d'assurer sa prestation doit permettre l'allocation de dommages intérêts alors même que le prix n'aurait pas été fixé. En ce cas, il est nécessaire, évidemment, que ce refus succède à un accord préalable sur les autres éléments faute de quoi aucune convention ne se serait formée. Comment justifier qu'en ce domaine on adopte une solution diamétralement opposée à celle admise à propos de la vente ?

13 . b) A priori, des considérations pratiques commandent l'intervention du juge. Lorsque le litige lui est soumis la prestation promise a déjà été exécutée et se révèle utile au débiteur du prix. En outre, il serait difficile de restituer ce qui a déjà été fait. Comment revenir sur le travail qu'aura exécuté un artisan ou le service qu'aura rendu un mandataire ? Enfin, les opérations donnant lieu à des conventions de ce genre sont très fréquentes et la détermination de leur prix ne soulève que peu de difficultés. Il est aisé de se reporter aux tarifs pratiqués par les membres de la même profession pour la même activité. Ainsi, ce serait l'exécution de l'une des obligations qui justifierait la détermination judiciaire du prix. On se bornerait en quelque sorte à liquider des situations de fait (28).

Ces considérations ne sont pas étrangères à l'intervention du juge mais elles sont insuffisantes à l'expliquer. En effet, les difficultés relatives à la restitution n'empêchent pas le prononcé de la nullité quand une des conditions de formation de la convention fait défaut. Il suffit de prendre pour exemple la jurisprudence relative à l'annulation du contrat de travail qui a déjà reçu un début d'exécution. En pareil cas, les juges annulent la convention et, faute de pouvoir revenir sur le travail fourni par le salarié, allouent à ce dernier une indemnité compensatrice (29). D'ailleurs, le problème

---

(26) C'est sans doute la généralité de cette règle qui a conduit les juges à considérer que le contrat d'assurance est formé alors même que le montant de prime n'est pas indiqué : 1ère civ. 22 octobre 1976, D. 1977.I.R. 463, observ. C.J. Beer et H. Groutel. Cette solution n'est pas à l'abri de critiques dans la mesure où le Code des assurances exige l'indication de cet élément.

(27) B. MERCADAL : op. cit. p.444.

(28) B. MERCADAL : ibid.

(29) Soc. 9 février 1966 in Les Grands arrêts du travail, 2ème éd., Sirey 1980, par G. LYON-CAEN et J. PELISSIER, n° 96, p.251 ; soc. 22 novembre 1979, Bull. V n° 884, p.651, D.1980.I.R.258.

se pose en des termes voisins lorsqu'une vente portant sur des choses consomptibles est annulée et que la restitution en nature est impossible (30).Ce n'est donc pas cette seule impossibilité qui conduit le juge à remédier à la carence du prix.

La raison tirée de la facilité qu'il y a à calculer le prix des prestations résultant des obligations de faire n'est pas plus convaincante. Il est tout aussi aisé de déterminer le prix d'un service que celui d'un bien (31). Il existe fort peu de choses dont on ne puisse établir la valeur.

14 . L'intervention du juge pour fixer le prix n'est donc pas dictée par des seules considérations pratiques. Elle semble davantage commandée par l'équité, par le souci de moraliser les relations contractuelles. Par hypothèse le créancier du prix a exécuté de bonne foi sa prestation et le débiteur de mauvaise foi pourrait échapper à son obligation si on lui permettait d'invoquer l'absence de détermination de ce prix. Mieux vaut parfaire un contrat en fixant un prix sur le principe duquel les parties étaient d'accord plutôt que de prononcer une annulation qui frapperait le concontractant qui n'a rien à se reprocher. Ce même désir de veiller à ce que les prestations de chacun soient exécutées de bonne foi a d'ailleurs conduit les tribunaux à méconnaître quelque peu la force obligatoire du contrat. Les juges en effet se sont arrogés le pouvoir, lorsque les parties étaient convenues d'un prix lors de la conclusion du contrat, d'en modifier le montant (32). Si la jurisprudence se permet de revenir sur les termes précis d'une convention a fortiori doit-on lui reconnaître la possibilité de déterminer le prix lorsque les cocontractants ont entendu s'en remettre aux usages sur ce point. Par ailleurs, aucun obstacle technique ne s'oppose à l'immixtion du juge dans les relations contractuelles. Il n'existe pas à propos du mandat ou du contrat d'entreprise l'équivalent de ce qu'est l'article 1591 du Code civil à la vente.

15 . Sans doute pourrait-on faire remarquer que cette intervention judiciaire va à l'encontre du principe de l'autonomie de la volonté et devrait être enfermée en d'étroites limites. En réalité, la volonté des parties n'est pas forcément méconnue. On peut en effet considérer qu'elles ont entendu que le prix à payer soit le prix habituellement exigé pour le genre d'opérations qu'elles ont prévues. La tâche du juge revient alors à veiller à ce que l'une des parties ne profite de la situation en exigeant un prix qui ne se fonderait pas sur des données objectives. Il faudrait alors admettre que le rôle du juge en ce domaine soit étendu. Non seulement ce magistrat doit veiller à ce que les parties exécutent leurs obligations mais encore il doit assurer

---

(30) V. par exemple les problèmes soulevés par l'annulation d'un contrat d'intégration en vertu duquel des ventes d'aliments avaient été consenties à un producteur agricole : 1ère civ. 12 décembre 1979, D. 1980.I.R. 390, observ. E.N. Martine.

(31) D'ailleurs, en matière de vente, contrat à propos duquel on exige la détermination du prix par les parties, le calcul du prix est presque toujours possible. L'action en rescision qui suppose le calcul du juste prix en est un exemple.

(32) Initialement limitée au mandat, cette jurisprudence a été étendue à la rémunération des membres de certaines professions libérales qui ne sont pas tenues en vertu d'un mandat mais d'un contrat de louage de service comme les agents d'affaires, architectes, agents : H.L. et J. MAZEAUD : op. cit. n° 1407, p.689, sur les difficultés à justifier en théorie cette jurisprudence, v. R. RODIERE, op. cit. n° 305.

la police des contrats. Ses possibilités d'intervention dans la fixation du prix ne doivent pas seulement se limiter aux contrats établissant seulement des obligations de faire ou de ne pas faire mais s'étendre à toutes les conventions complexes dans lesquelles prestations de service et ventes s'entremêlent. Tout au moins conviendrait-il de soumettre à ce régime les conventions dans lesquelles, par application de la règle "accessorium sequitur principale" ou de la règle "major pars trahit ad se minorem" (33), la prestation de service l'emporte sur la vente. La simplicité comme la sécurité juridique y gagneraient (34).

B - La détermination judiciaire du prix et la police du contrat

16. L'idée de justice contractuelle s'exprime avec une singulière netteté dans la jurisprudence relative aux contrats d'assistance et fourniture (35). Ces accords toujours conclus entre commerçants, comportent une assistance accordée par un fabricant à son débitant (prêt de matériel, avance de fonds, licence de marque, maintenance ...), en contrepartie d'un engagement d'approvisionnement exclusif. A la fois instrument de rationalisation de la distribution et instrument de crédit à l'installation, l'utilité de ce type de conventions n'est plus à démontrer (36) et leur apparition dans de nouveaux secteurs commerciaux témoigne de leur vitalité. Les parties cherchent à conforter leurs positions en organisant la permanence de leurs échanges : le fournisseur a ainsi la possibilité de prévoir le volume de ses ventes futures (au besoin en fixant une obligation minimum d'achats par période), donc de planifier sa production ; le fournisseur se procure à bon compte, souvent gratuitement, les équipements et la trésorerie indispensables à son installation en même temps qu'il règle son approvisionnement.

L'économie de l'opération se fonde, au premier chef, sur le service offert par le fournisseur. C'est en fonction des aides dont il va bénéficier que le détaillant accepte - ou refuse - de souscrire la clause d'exclusivité ; la durée de l'accord et éventuellement les quantités minimales à acheter périodiquement sont fonction de l'assistance reçue dont elles assurent progres-

---

(33) Sur l'importance et le rôle de ces adages en droit civil, v. G. GOUBEAUX, La règle de l'accessoire en droit privé, Paris, L.G.D.J. 1969.

(34) A titre d'exemple où l'incertitude serait levée, v. Colmar 5 novembre 1954, Gaz. Pal. 1955.1.154. En l'espèce, un boulanger avait passé commande d'un four de boulangerie. Cette personne fournissait la matière et aucun prix n'avait été prévu par la convention. La nullité de l'opération ayant été demandée par le boulanger, les juges durent qualifier le contrat. Ils estimèrent qu'il s'agissait là, non d'un contrat d'entreprise, qualification proposée par le fabricant, mais d'une vente nulle en raison de l'indétermination du prix. Il est pourtant évident que le travail de construction et d'assemblage du fabricant est indispensable à la réalisation du four. Il faudrait alors écarter la qualification de vente et par là même l'article 1591 du Code civil.

(35) Com. 27 avril 1971 et 5 novembre 1971, D. 1972.353, observ. J. Ghestin ; Rouen, 11 janvier 1972, D. 1972.585, observ. J. Ghestin ; com. 12 février 1974, D. 1974.414, observ. J. Ghestin ; ibid. 21 juin 1976. I.R. 264 ; ibid. 11 octobre 1978, D. 1979.135, observ. R. Houin ; J.C.P. 1979.II.19034, observ. Y. Loussouarn ; com. 14 janvier 1980 (2 arrêts). Bull. 1980.IV.16, p.13 et 17 ; cf. également Gaz. Pal. 1980.I.4. les observations signées Ph. Le T. réf. précitées.

(36) V. sur ce point la chronique de MM. MOUSSERON et A. SEUBE, "A propos contrats d'assistance et fournitures" in D. 1973, Chron. 197 ; P. PIGASSOU, "La distribution intégrée", R.T.D. Com. 1980.473.

sivement la rétribution (37). l'objet d'une telle convention est donc de faire naître à la charge de chacune des parties une obligation de faire. Spécialement, le respect de son obligation par le débitant consiste en la conclusion de nouveaux contrats (dits "contrats d'application") portant sur l'achat des produits fabriqués par le fournisseur (38).

17 . Seuls les contrats d'application comportent l'obligation de payer un prix, celui des marchandises acquises. Généralement, la détermination de ce prix se fait au jour de la vente par référence au "prix du marché" ou "prix catalogue" (39), conformément aux stipulations de l'accord-cadre. C'est en raison de l'imprécision de cette clause de prix figurant dans la convention initiale que les tribunaux ont eu à sanctionner la validité de cette dernière. La solution qu'ils ont retenue paraît contestable, d'autant plus que pour atteindre le but poursuivi, d'autres remèdes étaient concevables.

18 . a) La solution contestable (40) consiste à anéantir les rapports contractuels noués entre le fournisseur et son détaillant en se fondant sur l'indétermination du prix convenu. Pour parvenir à ce résultat, les juges doivent considérer que l'objet de la convention initiale est d'annoncer les ventes futures. Or, un tel raisonnement repose sur une double dénaturation de cette convention. Il faut tout d'abord faire abstraction de l'élément fondamental envisagé par les parties (l'assistance du fournisseur) et réduire l'accord-cadre au seul engagement d'exclusivité souscrit par le détaillant (41) ; il leur faut ensuite assimiler ladite clause d'approvisionnement exclusif à une promesse de vente (42).

19 . Dans un premier temps cette analyse a permis de soumettre la formation de l'accord-cadre au régime de la vente : dès lors que le prix des transactions subsidiaires ne pouvait être déterminé par référence aux stipulations y figurant, la validité de l'opération toute entière se trouvait remise en question sur le fondement de l'article 1591 du Code civil. A cette réduction abusive s'ajoutait un illogisme technique. En effet, l'applicabilité de ce texte aux contrats d'assistance et fourniture eût dû, s'agissant de l'inobservation d'une condition de formation, entraîner sa nullité. Or, les tribunaux reculèrent devant les conséquences d'une telle sanction ; aussi cantonnèrent-ils son application à l'avenir, préférant parler de caducité. L'intérêt pratique de cette solution est évident, du moins pour le détaillant : conservant leur

---

(37) P. PIGASSOU, op. cit., n° 14 p.487, dans le même sens.

(38) Mais pas nécessairement vendus par lui ; cf. sur ce point les remarques de M. Loussouarn in note précitée ; également F. GORE, "La détermination du prix dans les contrats de bière", précité ; observ. Ph. Le T. précitées.

(39) Ainsi dans les contrats de bière la formule usuelle est "sur prix habituellement pratiqué pour des marchandises de même qualité sur place où est exploité le fonds".

(40) Et contestée. V. notamment la doctrine citée précédemment ; adde Journée d'étude "Les contrats de distribution, avec ou sans exclusivité ?", Gaz. Pal. 1979.2. Doc. 647 à 673.

(41) Or tel n'est pas l'objet du contrat cadre que vise essentiellement à rationaliser la distribution des produits fabriqués par le fournisseur. On en veut pour preuve que la clause d'exclusivité n'est pas stipulée automatiquement dans tous les contrats de distribution et que l'accord s'inscrit dans un réseau de conventions fournisseurs-détaillants dont l'organisation est conçue en vue de la commercialisation optimale des produits fournis ; v. sur ces questions P. PIGASSOU, "La distribution intégrée", op. cit.

(42) Dans le même sens, MOUSSERON et SEUBE, op. cit., D. 1973.

validité aux relations déjà intervenues et notamment à l'assistance reçue en début d'accord, elle évite de lui imposer des restitutions ruineuses et lui permet néanmoins de se libérer de son engagement d'exclusivité (43).

20 . Une seconde vague de décisions (44), sensibles aux observations critiques de la doctrine soulignant l'autonomie de l'accord-cadre par rapport aux contrats d'application, admirent qu'il ne pouvait être considéré comme une simple promesse de ventes successives. Elles considérèrent donc le caractère prépondérant du service dans l'économie du contrat de fourniture et assistance. Néanmoins, la Cour de cassation a maintenu la solution initiale en substituant l'article 1129 à l'article 1591 écarté du débat. La fixation, dans la convention, du prix des ventes successives demeure ainsi nécessaire, à peine de nullité pour indétermination de l'objet de l'obligation du détaillant.

21 . Outre le fait que ce texte ne concerne pas les obligations libellées en argent (45), ce revirement théorique n'est guère satisfaisant du point de vue technique. En admettant même que l'objet dont il est question à l'article 1129 vise la prestation du détaillant, cette dernière ne consiste pas dans le paiement du prix mais dans l'engagement d'exclusivité (46) ; c'est seulement lorsque cet engagement est respecté que naît l'obligation de payer les fournitures commandées. Certes, on fait valoir qu'une clause d'exclusivité ne pourrait se concevoir sans prix déterminable car ce serait mettre le débiteur à la merci du créancier en concédant à celui-ci le pouvoir de fixer unilatéralement le quantum de son dû (47), mais cet argument est non pertinent au regard des dispositions concernées.

22 . La protection du détaillant contre l'arbitraire de son fournisseur semble pourtant bien être l'objectif poursuivi par la Haute juridiction lorsqu'elle censure une cour d'appel pour n'avoir pas recherché, comme l'y invitait le pourvoi, si la clause de prix stipulée dans le marché de bière "permettait d'avoir un élément de référence sérieux, précis et objectif" (48) ou encore "s'il s'agissait des prix demandés aux clients libres de toute exclusivité d'approvisionnement à l'égard de leurs fournisseurs ou de ceux exigés des clients liés par une telle obligation" (49) ; bref il faut pour la validité de la convention que "les prix de l'ensemble des fournitures prévues par celles-ci (soient) soumis, malgré l'obligation d'exclusivité, au libre jeu de la concurrence

---

(43) Jurisprudence relative à la distribution des hydrocarbures : Com. 21 avril 1971, précité ; Rouen, 11 janvier 1974, précité (le pompiste conserve les installations financées par la compagnie sous réserve de rembourser le solde non amorti des avances consenties ; il retrouve sa liberté contractuelle et peut désormais s'approvisionner auprès du fournisseur de son choix.

(44) Jurisprudence relative aux marchés de bière : com. 11 octobre 1978 et 14 janvier 1980, précités.

(45) V. sur ce point : Y. LOUSSOUARN, R.T.D.C. 1979.134.135 (chron. de jurisprudence).

(46) Ibid., op. et loc. cit. : "La détermination de l'objet de l'obligation au sens de "l'article 1129 n'a en effet de signification que lorsque l'on se trouve en présence de contrats donnant naissance à une obligation de donner. Or il a été démontré que les contrats litigieux entraînaient non des obligations de donner, mais des obligations de faire. La prestation promise obéit alors à des conditions qui sont différentes de celles requises de la chose par l'article 1129".

(47) J. GHESTIN, "L'indétermination du prix de vente et la condition potestative", précité.

(48) Com. 11 octobre 1978 (S.A. Brasserie Guillaume Tell c. S.E.B. Eurobra), précité.

(49) Com. 14 janvier 1980 (Piéri c. S.E.B.), précité.

et ne dépendent "pas de la seule volonté (du fournisseur)" (50). La formulation rapportée marque bien l'aspect protecteur de la jurisprudence : il faut éviter de livrer les petits commerçants aux caprices des fabricants et l'aménagement de la distribution ne doit pas être l'occasion d'imposer des prix excessifs ou fantaisistes.

23 . La voie choisie par la jurisprudence est-elle la bonne ? Il est permis d'en douter. Sous prétexte d'éliminer un risque d'arbitraire elle aboutit parfois à un résultat bien plus arbitraire encore. Pour s'en persuader, il suffit d'examiner les circonstances dans lesquelles est née cette controverse.

S'agissant des pompistes de marque, la raison de tous les procès est le refus opposé par les compagnies pétrolières d'augmenter la marge des détaillants au lendemain de l'arrêté du 27 mai 1963 dit "arrêté de fusion des marges". Dans le but d'améliorer leurs chances de négocier cette réévaluation, les syndicats de pompistes cherchèrent le moyen de libérer leurs adhérents de leurs engagements d'exclusivité afin de mettre les fournisseurs en concurrence. Ce moyen fut l'assimilation du contrat de vente et sa conséquence la caducité (51).

Dans les marchés de bière, ce sont également les débitants qui opposèrent la nullité de l'acte pour échapper à la clause pénale prévue en cas de violation de l'exclusivité. Le montant du prix exigé par le fournisseur n'a donc jamais été au centre des prétentions des détaillants. Bien plus, dans ce dernier cas, ils se sont généralement accomodés des prix pratiqués par leur cocontractant (ou son grossiste) et n'ont argué de la nullité de l'accord-cadre que pour faire passer des revendications mercantiles ou échapper aux conséquences de leur mauvaise foi ! (51 bis).

24 . Pourtant, la Cour de cassation a accueilli leur thèse et annulé les conventions litigieuses pour indétermination du prix (ou de la chose objet de l'obligation du détaillant). Et le doute devient incompréhension quand on s'interroge sur la portée pratique d'une telle décision. Elle permet en effet au détaillant de se soustraire à son obligation quand la situation qui lui est faite ne lui convient plus (52). En d'autres termes en cherchant à sanctionner la condition potestative affectant le prix, la jurisprudence accorde au débiteur une faculté de résiliation unilatérale du contrat. Si l'on se souvient que les ventes successives sont destinées, en partie, à rétribuer l'aide initialement accordée par le fournisseur, on doit conclure que reconnaître un tel privilège au détaillant c'est, dans une certaine mesure spolier le fabricant.

25 . Sur le plan technique, on peut même se demander s'il est encore possible de parler de contrat dans une telle hypothèse. La notion même de contrat implique l'idée de contrainte dont on ne peut se libérer qu'en

---

(50) Com. 14 janvier 1980 (Collinet c. Boudet), précité.

(51) V. les explications circonstanciées de M. J.P. FALLEUR, "L'assimilation à la vérité" in Journée d'étude : "Les contrats de distribution, avec ou sans exclusivité ?", précitée Gaz. Pal. 1979.2. Doc. 649.

(51 bis) B. GROSS, note précitée.

(52) Particulièrement nette chez les pompistes, cette faculté apparaît aussi chez les limonadiers : il leur suffit de violer leur engagement d'exclusivité, d'attendre la réaction du brasseur et de lui opposer la nullité du marché de bière.

s'y conformant. Admettre que l'une des parties puisse à tout moment mettre fin à son engagement, c'est ni plus ni moins que retirer force obligatoire à la convention qui devient alors simple "gentleman's agreement" échappant à l'article 1134 du Code civil. Peut-être est-ce là le but poursuivi par les tribunaux ? Au demeurant, les raisons d'une telle défiance à l'égard d'accords fort anciens (53) et donc la validité semble être acquise peut surprendre.

Surtout, on peut se demander si la solution retenue est opportune et s'il n'existe pas d'autres armes dans l'arsenal du droit positif pour rétablir l'équilibre contractuel et protéger le petit commerce.

26 . b) Les remèdes concevables pourraient s'inspirer de deux considérations. Techniquement, les règles posées aux articles 1591 et 1129 du Code civil sont mal adaptées à la moralisation de la convention : destinées à sanctionner l'une des conditions objectives de formation du contrat, elles ne peuvent sans dénaturation être appliquées afin d'assurer la protection d'une partie contre l'autre ; surtout, elles entraînent la nullité de l'opération viciée alors qu'une exécution contrôlée semble plus conforme à l'objectif visé par les tribunaux. Pratiquement, le montant du prix exigé par le fournisseur (ou son grossiste) est rarement critiqué ; le grief articulé contre les fabricants tient davantage à la crainte qu'ils n'usent de leur prépondérance économique pour infléchir les relations contractuelles en leur faveur. Dès lors, la nullité devient la sanction d'un comportement abusif dont le fondement doit être recherché dans les dispositions régulatrices du marché.

Ainsi, la police du contrat de fourniture serait gouvernée par une distinction : ou bien seule est en cause la détermination du prix applicable aux transactions subsidiaires et le juge interviendrait pour parfaire le contrat en vue de son exécution ; ou bien le fournisseur exploite la clause relative au prix afin de se procurer un avantage concurrentiel indu et la nullité est alors fondée objectivement sur la violation de l'ordre public économique.

27 . Sans reprendre dans le détail les arguments d'une doctrine importante (54), et à supposer l'accord-cadre valable nonobstant la détermination circonstanciée du prix applicable aux ventes futures (55), force est de constater que la référence au prix du marché ou prix sur place semble suffisante pour garantir au détaillant qu'il pourra s'approvisionner à des conditions équitables.

Tout d'abord la formation du prix échappe, compte tenu de la nature concurrentielle du marché, à l'influence du brasseur et on voit mal en

---

(53) Les marchés de bière existent depuis plus d'un siècle dans certaines régions de France : R. PICARD, "Les contrats de fourniture entre brasseurs et débitants", J.C.P. 1937.I.24.

(54) R. HOUIN, note ss. com. 11 octobre 1978, précitée in D. 1979, spécialement p.137-138. Y. LOUSSOUARN, note ss. les mêmes arrêts ; R.T.D.C. 1979.137.132 ; D. de MARTEL, "L'indétermination du prix" in Journée d'étude sur les contrats de distribution, exclusivité ou non ?" précitée Gaz. Pal. 1979, 653 et s. ; observ. signée Ph. Le T. ss. com. 14 janvier 1980, Gaz. Pal. 1980.1. somm. 255 ; F. GORE, "La détermination du prix dans les contrats dits marchés de bière", précité.

(55) Puisqu'il ne s'agit ni d'une vente ni d'une promesse de vente, on doit admettre que le prix des fournitures successives puisse n'être déterminé qu'au fur et à mesure des commandes à intervenir.

quoi ladite clause diffère de celle, non censurée (56), qui fait varier le prix en fonction de la moyenne des tarifs pratiqués par les vendeurs concurrents. En effet, il n'est pas contesté que le secteur des produits de brasserie est concurrentiel et qu'il s'y pratique un véritable prix de marché (57). En outre, le reproche adressé à la clause litigieuse vient de ce qu'elle confère au fournisseur la possibilité de moduler ses prix envers les différents détaillants qui s'approvisionnent chez lui (58), donc de faire varier le marché de référence. L'intervention judiciaire change alors de nature : il ne s'agit plus de constater l'imperfection objective du contrat de distribution mais de sanctionner un comportement discriminatoire. Dans ces conditions, rien ne s'oppose à ce qu'elle modifie également son objet : à la nullité mieux vaut substituer l'exécution contrôlée.

28 . Enfin, la situation créée par la jurisprudence récente aboutit, s'agissant des contrats de distribution, à une alternative néfaste : ou bien la clause de prix n'est pas suffisamment "détaillée, précise, objective" (59) ; ou bien elle se réfère explicitement aux tarifs pratiqués par les principaux concurrents du fournisseur et sa validité est reconnue (60). Dans la première hypothèse c'est la politique de distribution de tout un secteur économique qui se trouve menacée ; dans la seconde, la multiplication des clauses "tarifs concurrents" conduit nécessairement à l'uniformisation du prix sur le marché de l'aprovisionnement, donc à la disparition de toute concurrence entre les fournisseurs, situation qui risque d'apparaître illicite au regard des dispositions de l'article 50 de l'Ordonnance 45-1483 du 30 juin 1945 et de l'article 35 du Traité de Rome (61).

29 . Dès lors la détermination judiciaire du prix des fournitures devient le moyen de réaliser l'opération convenue entre les parties en garantissant l'équité des transactions. Concrètement, elle peut prendre des formes diverses.

Si l'accord sur la détermination du prix existe mais est entaché d'ambiguïté (plusieurs interprétations de la clause sont possibles qui conduisent à des

---

(56) Com. 21 juin 1977, B. 1977.IV. n° 178 et 179, p.153 et s. ; ibid. 30 janvier 1978, B. IV. n° 37 et 38, p. 29 et s. ; 11 décembre 1978, B. IV. n° 303, p.249.

(57) Contrairement au marché des hydrocarbures où l'étroitesse et la structure de l'offre ainsi que l'organisation de la distribution font obstacle à l'établissement d'une véritable concurrence entre compagnies pétrolières ; cf. Com. 21 juin 1976, J.C.P. 1978.II.18984.

(58) Comme l'indiquent les motifs de l'arrêt du 14 janvier 1980 (B. IV. n° 18 précité) où la Cour de cassation fait grief aux juges du fond de n'avoir pas recherché si la référence au prix sur place concernait le prix demandé aux clients indépendants ou à ceux liés par une clause d'exclusivité.

(59) Formule utilisée par la Chambre commerciale dans les arrêts du 11 octobre 1978, précités.

(60) Par la jurisprudence citée n° 12, ad notam (59).

(61) Elle pourrait en effet être considérée, suivant la structure du marché en cause, comme tombant sous le coup de la prohibition des ententes. L'élément matériel de l'entente serait le comportement parallèle et l'élément subjectif, la conscience, chez le brasseur, que ses concurrents adopteront la même politique de prix. Sur ces questions, v. notamment : M. WATHELET, "Pratiques concertées et comportements parallèles en oligopole", R.T.D.E. 1975.663 ; R. JOLIET, "La notion de pratique concertée et l'arrêt 101 dans une perspective comparative", Cah. dr. Eur. 1974.251 ; L. FOCSANEANU, "Les pratiques concertées" in "La jurisprudence de la C.E.C.E.", R.M.C. 1975,463 ; C. BOLZE, Le marché commun face aux trusts (étude comparative), (Nancy : Service des Publications de l'Université Nancy II, 1981).

tarifs différents), le rôle du juge serait de sélectionner le bon prix (62) parmi les prix possibles ; si les parties n'ont pas fixé le prix des ventes subséquentes, le juge devrait alors se substituer à elles pour suppléer leur carence (63). Certes, une telle solution peut paraître hérétique par référence au régime du contrat de vente, mais précisément le coût de l'approvisionnement ne constitue pas essentiellement le prix d'une marchandise ; il s'inscrit dans l'économie de la relation de distribution. Il doit donc assurer au fournisseur la rémunération de son effort commercial et laisser au fourni une marge suffisante pour garantir la rentabilité de son activité (64).

30 . En revanche, le contrat de fourniture pourrait être annulé à titre de sanction lorsque le fournisseur utilise la clause de prix pour fausser le jeu de la concurrence (65).

La première hypothèse imaginable serait que le fabricant pratique une politique discriminatoire des prix en fonction de la répartition géographique de ses concurrents (66). Dans un tel cas de figure, on peut admettre la nullité de la clause et, par voie de conséquence, de l'accord-cadre, mais cette nullité n'intervient qu'accessoirement à la sanction répressive (ou administrative) de la violation des dispositions impératives en matière de prix (67).

La seconde hypothèse est plus délicate à caractériser. Il faut établir que la référence au prix du marché est l'instrument d'une stratégie discriminatoire à l'égard des concurrents. L'insertion d'une "clause anglaise" destinée à intégrer les tarifs concurrents comme élément de calcul du prix de vente au détaillant constituerait une telle pratique dès lors que le fournisseur disposerait d'une position dominante sur le marché en cause (68).

31 . La distinction proposée se fonde donc sur les conséquences de l'indétermination du prix. Lorsque l'imperfection de la clause de prix n'a d'effet qu'entre les parties au contrat, le juge peut intervenir pour compléter l'accord et permettre son exécution ; lorsqu'en revanche elle est l'instrument

---

(62) Comme en matière de mandat, supra n° 9.

(63) Comme en matière de louage d'ouvrage, supra n° 9.

(64) Dans le même sens, P. PIGASSOU, op. cit., n° 59 p.517 et 518 ; c'est pourquoi lorsque le distributeur est, en vertu de l'accord qui le lie à son fournisseur, totalement subordonné à ce dernier, la jurisprudence considère qu'il y a louage d'ouvrage et soumet les relations concernées au régime du contrat de travail.

(65) Dans ce cas, l'indétermination du prix n'est plus le fondement de la nullité mais l'instrument d'une pratique prohibée par l'ordre public économique.

(66) V. à titre d'exemple, l'avis de la commission de la concurrence relatif au secteur de la distribution des briquets jetables, in Rapport au ministre pour l'année 1978 (annexe 5), suppl. au J.O. du 6 janvier 1979 ; adde Paris (9ème ch.) 4 juillet 1978 (S.A. Ceimac c. Hervet), inédit.

(67) En France, ces sanctions figurent à l'article 53 Ord. 45-1483 du 30 juin 1945.

(68) Selon cette clause, lorsque l'acheteur lié par une exclusivité à son vendeur reçoit des concurrents de ce dernier des propositions plus avantageuses, il doit en communiquer la teneur à son cocontractant qui peut alors soit aligner ses tarifs soit autoriser l'acquéreur à transgresser l'exclusivité. Selon les instances communautaires (aff. Hoffmann - La Roche : Décision de la Commission C.E.E. en date du 9 juin 1976, rapportée au J.O.C.E. L. 223 du 16 août 1976 ; sur recours, arrêt confirmatif de la C.J.C.E. ; en date du 13 février 1979, rapporté au Rec. 1979.461) une telle clause est abusive au regard de l'article 86 C.E.E. quand elle a pour effet de conforter la position dominante du fournisseur.

d'une pratique discriminatoire et produit son effet à l'égard des tiers, concurrents du fournisseur, l'annulation de l'accord-cadre redevient possible à titre de sanction du comportement prohibé (69). Mais alors ce n'est plus l'indétermination du prix qui est censurée, mais le comportement du fabricant sur le marché.

32 . Ces considérations devraient conduire à accorder au juge les plus larges pouvoirs en matière de détermination des prix. Certes, il n'est pas question d'admettre ce pouvoir d'intervention en toutes hypothèses. la formule même de l'article 1591 du Code civil ne le permet guère. Il convient cependant, au regard de ce qui vient d'être établi, de se demander si cette disposition, qui prend allure de principe en faisant de la fixation du prix un élément de formation du contrat, ne doit pas être repensée en des termes nouveaux.

II - L'INDETERMINATION CONVENTIONNELLE DU PRIX ET LA FORMATION DU CONTRAT

33 . L'indétermination du prix par les parties fait parfois obstacle à la formation du contrat. Les juges ne peuvent alors s'immiscer dans les relations contractuelles et remédier à la carence des cocontractants. Ils ne peuvent que constater l'absence d'accord qui empêche la convention de se former. Directement issue du principe d'autonomie de la volonté, cette solution paraît encore à certains inéluctable. Elle correspond à une conception classique du rôle du magistrat.

C'est dans le contrat de vente que cette nécessité de déterminer le prix apparaît le mieux. L'article 1583 du Code civil fait du prix un élément de formation du contrat et nulle autre convention que la vente n'est soumise à autant de dispositions légales relatives au prix. Cette exigence de la fixation du prix par les parties n'appellerait guère de remarques si la jurisprudence n'avait soumis aux règles relatives à la vente d'autres conventions. Il semble qu'initialement limitée aux conventions assurant le transfert d'un droit réel la nécessité de déterminer le prix a été étendue à des contrats conférant à l'une des parties une maîtrise sur un bien. Par ailleurs, les caractères de l'obligation mise à la charge du débiteur du prix ont influé sur la notion de prix indéterminé. A une conception objective de l'indétermination du prix s'est ajoutée une conception subjective. Cette double évolution, justifiée dans une large mesure, a sans doute conduit les juges à étendre au-delà de ce qui serait peut-être souhaitable l'exigence d'un prix déterminé par les parties. Ces propos conduisent à examiner ce que l'on entend par prix indéterminé au regard de l'objet (A) et des caractères du contrat (B).

A - L'indétermination conventionnelle du prix et l'objet du contrat

34 . Si l'exigence d'un prix déterminé ou déterminable se justifie aisément à propos de la vente, en revanche l'extension de cette nécessité à d'autres

(69) Mais pas inévitable puisque l'arsenal réglementaire prévoit nombre de sanctions : pécuniaires (article 53 Ord. 45-1483 du 30 juin 1945) ; injonctions visant au rétablissement de la concurrence (article 54).

contrats n'est pas sans poser de problèmes.

35 . **a)** Il est admis de tous que, faute d'accord des parties sur le prix, la vente ne peut se réaliser. Le simple bon sens commande qu'il en soit ainsi. Le paiement du prix en effet, constitue la seule obligation à la charge de l'acheteur. Il ne serait toutefois pas totalement inconcevable qu'on laisse au contractant la possibilité de fixer le prix ultérieurement au transfert de propriété. L'article 1592 du Code civil prévoit d'ailleurs cette hypothèse en précisant que le prix est déterminable lorsque les parties prévoient qu'il sera fixé par un tiers (70). En outre, la valeur d'aucun bien n'est véritablement indéterminable. Les cas de rescision pour cause de lésion par exemple, supposent la détermination du juste prix. Pourtant, on a toujours considéré que le juge ne pouvait se substituer aux parties (71) et que la vente n'est pas formée tant que l'accord sur le prix n'est pas réalisé. La jurisprudence considère même que le défaut de prix rend la vente nulle, d'une nullité absolue (72).

36 . En fait, ce n'est pas tant la structure de ce contrat que le rôle économique qu'il joue qui explique le refus des juges d'intervenir pour parfaire la convention. La vente est l'opération qui assure le transfert des biens. C'est par elle que se font et se défont les fortunes, qu'un individu acquiert ou perd ce qui est l'essentiel de son patrimoine. Ces remarques ont certes perdu un peu de leur valeur. On a montré qu'actuellement l'activité de la personne a largement autant d'influence sur la composition du patrimoine que l'ensemble des biens qui le compose (73). Il n'en reste pas moins que la vente continue à occuper une place privilégiée dans les actes juridiques qu'une personne peut accomplir. Un système fondé sur l'autonomie de la volonté et une économie libérale impliquent que les tribunaux réservent aux parties le soin de prévoir elles-mêmes les modalités de l'opération qu'elles envisagent. Si les juges se reconnaissent des pouvoirs pour régler les différends qui opposeraient les parties sur certains éléments accessoires de la vente (74), il est normal qu'ils se refusent à intervenir pour préciser une obligation essentielle que les parties n'ont pas prévue à propos d'un acte dont les conséquences peuvent être graves pour l'individu. Dès lors, il ne faut pas cantonner ce refus d'intervention judiciaire au seul contrat

---

(70) Ph. MALAURIE, Rép. civ. 2ème éd., V° vente (éléments constitutifs), n° 91 et s. ; H.L. et J. MAZEAUD par M. de Juglart, Leçons de droit civil, t. III, vol. 2, 5ème éd. n° 868 ; B. GROSS, op. cit., p.40.

(71) H.L. et J. MAZEAUD par M. de Juglart, op. et loc. cit.

(72) Ph. MALAURIE, op. cit., n° 324 et 325.

(73) P. CATALA, "La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne", R.T.D.C. 1966, p.185.

(74) La détermination des éléments essentiels et accessoires relève de l'appréciation souveraine des juges du fond : 1ère civ. 21 février 1979, J.C.P. 1980.II.19842, note P. Fieschi-Vivet, D. 1979. 400. La détermination du prix à l'évidence est un élément essentiel, les modalités de paiement de ce prix sont regardées comme accessoires sauf si les parties ont entendu en faire un élément déterminant du consentement : 3ème civ. 2 mai 1978, D.1979.317, note J. Schmidt-Szalewski. V. 3ème civ. 14 janvier 1975, D.1975.I.R. 68. Une abondante jurisprudence relative à la validité des clauses d'indexation montre que cet élément, dont le caractère est soumis à l'appréciation des juges du fond, permet souvent au juge de refaire le contrat, au point qu'on a proposé que les juges recherchent dans l'économie du contrat un indice licite.

de vente, mais l'étendre à toutes les conventions dont l'objet est le transfert d'un droit réel.

La jurisprudence cependant ne semble pas s'être limitée à ces seules opérations. Elle a appliqué les règles relatives à la détermination du prix dans la vente à d'autres conventions qui, sans transférer à l'une des parties un droit réel, confèrent néanmoins à leur titulaire une maîtrise ou un pouvoir sur un bien.

37 . **b)** L'exemple du louage de choses illustre bien ce phénomène. Pour être valable, le prix du bail doit avoir été prévu par les parties elles-mêmes, et le caractère déterminable du loyer s'apprécie comme en matière de vente (75).

38 . Quelques décisions ont pu faire douter de la solution. On cite parfois un arrêt assez ancien de la Cour de cassation en date du 14 novembre 1892 (76). En l'espèce, un boucher avait utilisé les locaux de triperie annexés à un abattoir public. Il refusa de payer la somme réclamée par les concessionnaires de cet abattoir au motif que l'usage de la triperie ne permettait pas la perception d'un droit spécial. Il fut néanmoins condamné à s'exécuter. Le traité de concession des abattoirs prévoyait que les concessionnaires "traiter(aient) de gré à gré la location de la triperie...". Aucune discussion n'ayant eu lieu à ce sujet, la Cour de cassation admit qu'il appartenait "aux tribunaux de fixer le prix d'après les circonstances". Il est permis de penser que cette décision a été influencée par le fait que les triperies, bien que distinctes des établissements publics que sont les abattoirs, en étaient cependant l'accessoire et que le prix de location s'apparentait davantage à la perception d'une taxe que d'un loyer. En outre, le service rendu par la mise à la disposition d'un professionnel d'un local spécial l'emportait sur la maîtrise que confère généralement un bail sur le bien loué.

Une décision beaucoup plus récente de la 3ème chambre civile (77) paraît également reconnaître au juge le pouvoir de fixer le prix du bail. Dans cette affaire, le bailleur réclamait 2 000 francs, somme qu'il disait correspondre à un semestre de loyer. Le locataire faisait valoir que ce prix correspondait au loyer annuel. L'expert désigné par les tribunaux, conformément à l'article 1716 du Code civil estima le loyer à 3 000 francs par an et finalement la Cour d'appel, se fondant sur une déclaration antérieure des bailleurs, retint la somme de 2 904 francs. Le bailleur critiquait l'admission par les juges d'appel d'un mode de preuve autre que celui prévu par l'article 1716 du Code civil. La Cour de cassation rejeta le pourvoi et ce faisant affirma qu'à "défaut de convention entre les parties, il appartient à la

---

(75) 3ème civ. 23 février 1967, Bull. III, n° 88 p.84 ; 16 octobre 1967, ibid. n° 324, p.310 ; 10 décembre 1975, ibid., n°369 ; 23 juin 1976, D. 1976.I.R. 286 ; Amiens 26 décembre 1976, J.C.P. 1077.IV. 254, qui décide que la jurisprudence relative à l'application de l'article 1591 du Code civil exigeant que le prix d'une vente soit déterminé est applicable aux contrats de location de matériel de transport. Adde T.G.I. Dijon 10 février 1972, J.C.P. 1972.II. 17156 note Y.L. Lemoine qui décide, comme on le fait à propos de la vente, qu'il n'y a pas de louage si les parties ne parviennent à s'entendre pour désigner l'expert qui devait fixer le prix du bail.

(76) D.P. 1893.1.11.

(77) Gaz. Pal. 1969.1.159, R.T.D.C. 1969, 351, observ. G. Cornu.

Cour d'appel de fixer le prix selon les circonstances". La généralité de la formule employée par la Haute juridiction laisserait penser que les juges ont le pouvoir de déterminer le montant du loyer. Il n'en est rien. Comme le remarque M. Cornu "l'article 1716 ne règle pas la manière de le fixer mais seulement celle de le prouver. Il n'a pas pour objet de parfaire un accord incomplet suivant tel ou tel mode de détermination du prix, mais de trancher une contestation sur le prix en vertu de tel ou tel mode de preuve" (78). Or on sait qu'un litige, lorsqu'il résulte d'une discordance sur le prix, permet aux tribunaux de rechercher l'intention des parties (79) qu'il s'agisse d'un bail ou d'une vente (80). Il est vrai que distinguer une discussion relative à la détermination du prix de celle portant sur le montant du prix procède parfois d'une grande subtilité (81).

Il faut cependant tenir pour acquis que le contrat de bail, en ce qui concerne la détermination de son prix, est soumis aux mêmes règles que la vente.

39 . L'assimilation du louage de chose à la vente, le refus de réserver aux seuls contrats translatifs de droit réel la nullité résultant de l'indétermination du prix, devraient conduire les juges à étendre cette solution à toutes les conventions attribuant à l'une des parties un pouvoir sur un bien. Il est alors étonnant de constater que les tribunaux n'hésitent pas à intervenir, sous couvert de respecter la volonté des parties, pour déterminer le taux d'intérêt que les parties n'ont pas stipulé elles-mêmes dans un contrat de prêt d'argent. Or, non seulement le prêt d'une somme d'argent opère au profit de l'emprunteur un transfert de propriété (article 1893 du Code civil), mais la stipulation d'intérêt est en quelque sorte au prêt ce que le prix est à la vente. Il faudrait alors, en cas d'omission sur ce point, annuler l'opération toute entière. L'intérêt en effet n'est sans doute pas de l'essence du contrat de prêt mais il constitue cependant, tout au moins quand le prêteur agit en tant que professionnel, la cause de l'engagement de ce dernier, le motif déterminant de son engagement que l'emprunteur

---

(78) Observ. précitées.

(79) V. par ex. : 3ème civ. 17 juillet 1968, Bull. III n° 348 p.268 admettant que le prix de bail soit déterminé par expertise, le montant du loyer prévu par le bail enregistré étant différent de celui du compromis.

(80) A propos de la vente : 1ère civ. 27 avril 1977, D. 1977. 413, note Ch. Gaury et sur renvoi, Reims 27 mai 1980, Gaz. Pal. 1980, journal des 21-23 septembre. En l'espèce, le différend portait sur le prix d'un manteau de vison. Le vendeur prétendait que le prix avait été fixé à 15 000 francs et l'acheteur à 8 500 francs. La Cour de cassation censure les juges d'appel pour avoir nommé un expert afin de déterminer la valeur marchande du manteau. Ce qui leur est reproché n'est pas tant de s'être arrogé des pouvoirs en ce domaine que d'avoir contrevenu aux règles de preuve de l'article 1341 du Code civil exigeant un écrit. C'est-à-dire que le litige, s'il avait opposé deux commerçants aurait trouvé son dénouement dans la mission de l'expert. En effet, ni la Cour de cassation ni la juridiction de renvoi ne s'interrogent sur la preuve de la vente elle-même. Le seul problème concernait le point de savoir quel prix avait été convenu. En définitive, ce fut le prix avancé par l'acheteur qui fut retenu.

(81) V. par ex. : 1ère civ. 15 juillet 1975, J.C.P. 1976.II.18414, note Ivainer qui a admis à propos d'un litige semblable à celui cité précédemment (cf. supra note 78), que la demande tendant au paiement du solde du prix de vente ne permettait pas la désignation d'un expert pour fixer ce prix car cela revenait non pas à établir la preuve de l'inexécution de l'obligation, mais la preuve de son existence.

ne peut ignorer (82).

40 . Récemment, la Cour d'appel de Paris eut à apprécier la validité d'un contrat de prêt dans lequel n'était pas mentionné, comme le prévoit la loi du 28 décembre 1966, le taux effectif global d'intérêt (83). La Cour d'appel considéra que le contrat était nul en ce qui concerne les modalités de fixation du taux de l'intérêt mais fit application du taux légal. Cette façon de procéder conduit à se demander, comme le fait M. Vasseur, si le juge au lieu de l'annuler n'a pas refait le contrat. En toute logique, la Cour d'appel aurait dû prononcer l'annulation de toute l'opération et des poursuites devant les juridictions répressives auraient pu être exercées contre le prêteur.

41 . En outre, en ce qui concerne les intérêts applicables au découvert en compte courant, la Cour de cassation reconnaît aux juges le pouvoir de se référer aux usages quand les parties n'ont rien prévu à ce sujet (84). On admet encore que l'absence de protestation à la réception du relevé de compte sur lequel figure le montant des agios prélevés équivaut à une acceptation (85). Cela revient à admettre que la détermination du taux d'intérêt n'est le fait que d'une partie, mais surtout qu'elle intervient après que le découvert ait été consenti, ce qui implique que l'accord des parties sur ce point n'est pas une condition de validité de l'opération.

42 . Ces solutions sont en pratique heureuses, même si elles manquent comme l'a fait remarquer M. Stoufflet, "d'une assise juridique précise" (86). Elles montrent en tout cas qu'il n'est guère possible de voir en l'objet de la convention souscrite par les parties un critère sûr qui permettrait de délimiter, autrement que par énumération, les contrats soumis à la règle contenue dans l'article 1591 du Code civil. Au contraire, elles militent en faveur d'une stricte limitation de l'exigence d'un prix déterminé au seul contrat de vente. Ce serait la seule exception au principe selon lequel l'indétermination conventionnelle du prix n'empêche pas le contrat de se former. On parvient à la même conclusion en appréciant l'indétermination du prix au regard du caractère des obligations prévues par les parties.

---

(82) Comme le fait remarquer M. STOUFFLET (note ss. 1ère civ. 23 juillet 1974, D. 1975.586) la règle selon laquelle le prêt d'argent, sans convention contraire, est un principe gratuit, "est devenue quelque peu artificielle dans l'économie moderne".

(83) C. appel Paris, 4 mai 1979, D. 1980.I.R. 15, observ. M. Vasseur.

(84) Ch. com. 14 avril 1975, D. 1975.596, R.T.D. Com. 1975, observ. M. Cabillac et J.L. Rives Langes, note Stoufflet précitée. Cet auteur fait d'ailleurs remarquer qu'il n'existe pas véritablement d'usage bancaire en la matière. V. com. 3 juin 1980, Bull. IV. n° 321 p.187 qui casse une décision qui avait estimé que "l'usage voulait que le découvert consenti en faveur d'un commerçant donne droit à la perception d'intérêts calculés selon les avis publiés par le Ministère des Finances en vertu de la loi du 28 décembre 1966".

(85) Aix-en-Provence 7 janvier 1976, D. 1977.I.R. 189, observ. M. Cabillac et J.L. Rives-Langes ; v. cependant Aix-en-Provence 24 mai 1977, D. 1977.I.R. 52, observ. M. Vasseur, R.T.D. Com. 1977.761, observ. M. Cabillac et J.L. Rives-Langes. Cette cour d'appel exige que le relevé fasse apparaître le taux d'intérêt appliqué. A défaut, c'est le taux de base de la banque qui est retenu. Ce taux étant régulièrement publié doit être connu du client.

(86) J. STOUFFLET, note précitée p.589.

B - L'indétermination conventionnelle du prix et les caractères du contrat

43 . a) Faire de l'indétermination du prix un élément de formation du contrat implique qu'à défaut d'accord sur ce point la nullité de l'opération doit être prononcée. Cette sanction n'est envisageable sans créer de difficultés que dans la mesure où une restitution du prix est possible (87) c'est-à-dire lorsque l'obligation mise à la charge du créancier du prix est instantanée. Dans le cas inverse, lorsque l'exécution de l'obligation s'échelonne dans le temps, la nullité se révèle une sanction mal adaptée. Certes, il est toujours possible d'estimer que la convention n'a jamais produit d'effet et qu'une indemnité compense l'exécution partielle des obligations. Cependant, cette solution n'est pas aisée à justifier (88), aussi convient-il de n'y recourir que dans des matières, comme par exemple le droit du travail, où l'atteinte portée à l'ordre public est telle qu'il est nécessaire d'effacer complètement une convention qui a méconnu des principes essentiels. Par ailleurs, la résiliation semble préférable.

44 . Il en résulte que pratiquement seul le contrat de vente permet, sans que l'on doive recourir à des explications quelque peu artificielles, le prononcé d'une annulation. Le caractère instantané du transfert de propriété commande une détermination immédiate de la contrepartie. Il n'est certes pas orthodoxe d'induire de la sanction qui y est attachée qu'un élément concourt à la formation du contrat. Ces propos tendent seulement à démontrer que c'est cette raison, très pragmatique, qui a conduit les rédacteurs du Code civil à rédiger à propos de la vente une disposition (l'article 1591) dont on ne trouve pas l'équivalent pour les autres conventions. On a vu que c'est également pour partie cette considération qui a conduit la jurisprudence à se reconnaître en toute hypothèse la possibilité d'intervenir pour parfaire certains accords qui ne faisaient pas apparaître de prix (89).

45 . En conséquence, il faudrait admettre que la détermination du prix n'est un élément de formation que des seuls contrats instantanés. C'est ce caractère, beaucoup plus que l'objet du contrat conclu qui implique cette solution. En réalité, l'article 1591 doit concerner les seules ventes. Décider que l'article 1129 se rapporte à la détermination du prix n'est guère logique. D'autant moins que le but poursuivi par les tribunaux n'est pas tant de sanctionner le défaut objectif de la convention que son caractère inéquitable.

46 . b) Il est admis que le prix n'est pas déterminé lorsque sa fixation ultérieure dépend d'éléments soumis à la volonté de l'une des parties (90). Ce que l'on sanctionne en pareil cas n'est pas l'indétermination du prix, car le montant peut parfaitement en être fixé, mais la soumission de l'une des parties à l'arbitraire de l'autre (91). Cette conception très subjective

---

(87) Les restitutions découlant de l'annulation d'un contrat de vente ne vont pas toujours sans poser de problèmes. V. : Paris 22 novembre 1972, D.1974.93 note Ph. Malaurie.

(88) V. J. GHESTIN, Traité de droit civil, t. II, précité n° 923.

(89) Cf. supra n° 11.

(90) Ph. MALAURIE, Rép. civ., 2ème éd. V° vente (éléments concsitutifs) n° 266 montre que cette conception de la jurisprudence a été empruntée à Aubry et Rau.

(91) Sur les difficultés relatives au point de savoir dans quelle mesure peut se manifester l'arbitraire de l'une des parties, cf. J. GHESTIN, op. cit. n° 525 et s.

de l'indétermination du prix a conduit les tribunaux à annuler sur le fondement de l'article 1591 des conventions dans lesquelles le prix relevait de l'arbitraire de l'une des parties. M. Ghestin a montré de façon péremptoire que la sanction résultait de la condition potestative que recélait le contrat et conclut : "... une évolution parallèle, inspirée par la même préoccupation de protéger l'une des parties contre les clauses de contrat la soumettant à l'arbitraire de l'autre, a conduit la jurisprudence à admettre des solutions très voisines, que la nullité soit demandée en application de l'article 1591 ou de l'article 1174 du Code civil" (92).

Certes, on a pu remarquer que le domaine d'application de ces deux dispositions ne coïncidait pas toujours (93). L'article 1174 du Code civil n'entraîne de nullité que dans la mesure où le débiteur seul s'exécute selon sa volonté alors que l'article 1591 du Code civil n'établit pas de distinction entre le vendeur et l'acheteur, pas davantage qu'il ne distingue entre la condition simplement et purement potestative. A vrai dire, aucun de ces deux textes n'est susceptible, sauf à être interprété extensivement, de recouvrir la notion subjective de prix indéterminé. Des deux, ce serait cependant l'article 1174 du Code civil qui justifierait le mieux la mission protectrice que les tribunaux se sont assignés. Il se fonde sur une analyse de la volonté des parties alors que l'article 1591 ne fait état que d'un élément objectif de formation de la vente. Par ailleurs, on comprendrait mieux que la définition que l'on donne du prix indéterminé soit étendu au louage de choses. Le détour de la jurisprudence par l'article 1129 du Code civil paraît alors bien inutile.

*
* *

47 . En définitive, il conviendrait de reconnaître au juge les plus larges pouvoirs afin de fixer un prix que les parties n'ont pas prévu. La proposition peut paraître audacieuse ; en fait nul bouleversement ne serait à craindre, ne serait-ce qu'en raison du domaine limité de cette intervention. Il est rare en effet que des contractants ne conviennent pas du prix de l'opération qu'ils envisagent. En outre, l'évolution législative (94), protectrice de la partie présumée la plus démunie, précise les conditions de forme auxquelles le contrat est soumis et le plus souvent la rémunération de l'opération est prévue (95). C'est ce souci de protection de la partie la plus faible qui a conduit les tribunaux à faire jouer au prix un rôle qui n'est pas le sien. Si les cocontractants ont omis de mentionner un prix sur le principe duquel ils étaient convenus, la sécurité juridique exige que l'on puisse parfaire cet accord. Si le prix fait apparaître la sujétion de l'une des parties à l'autre, l'indétermination de ce prix n'est que le symptôme d'un comportement illicite ou abusif. Ce n'est alors pas dans les règles gouvernant la détermination du prix qu'il convient de trouver un remède mais dans les dispositions régulatrices du marché ou dans celles dont l'objet est de sanctionner la disparité entre les parties.

(92) J. GHESTIN, L'indétermination du prix et la condition potestative, précité, p.296.

(93) Ph. MALAURIE, note ss. Paris 22 novembre 1972, précité, p.100.

(94) Ph. MALINVAUD, "La protection des consommateurs", D.1981, Chron. p.49 ; D. FERRIER, "Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants", D.1980, Chr. p.177.

(95) Encore faut-il que les juges sanctionnent un tel manquement, cf. supra note 26.

LE "PACIFISME" DE LA CONSTITUTION JAPONAISE COMME PRINCIPE FONDAMENTAL DE L'ACTIVITE EXTERIEURE DU JAPON D'APRES GUERRE (*)

par M. le Professeur Sakio TAKAYANAGI
Professeur de Science Politique
à l'Université CHUO

La Revue de la Recherche Juridique est particulièrement honorée de pouvoir publier l'étude de Monsieur le Professeur Sakio Takayanagi après la Comparative Law Review (Vol. XVI-2, 1982) dont nous tenons à remercier les responsables. Monsieur le Professeur Sakio Takayanagi est chercheur associé à l'Institut d'Etudes sur la Paix de l'Université Hiroshima ; il est aussi directeur du groupe de la recherche sur la paix du Japon et membre des Associations japonaises de Science politique, de Relations internationales et de Recherche sur la Paix. Son autorité est considérable, non seulement dans son pays, mais aussi en Europe. Ses ouvrages (Traité des théories des relations internationales ; le Japon dans le monde multipolarisé ; Etudes des Communautés européennes) l'ont fait reconnaître comme l'un des meilleurs spécialistes du droit et de la science politique des relations internationales. Il a ainsi la possibilité de s'exprimer dans les plus grands quotidiens japonais auxquels il donne des contributions régulières. Monsieur le Professeur Sakio Takayanagi est également l'auteur de nombreux articles importants ; en 1980, il a notamment publié une étude sur "la transformation structurelle de la politique internationale et ses causes" (Sekai, n° 12, 1980) et "Preliminary notes on japanese militarisation".

(*) Texte de la conférence à la Faculté de Droit de l'Université d'Aix-Marseille III (Aix-en-Provence, le 5 décembre 1981), et publié depuis, sous le titre : Le Japon superpuissance-victoire ? à l'édition d'Institut International d'Etudes Diplomatiques, Sur l'Etat de la Société Internationale, Economica, Paris, 1982.

- I -

A l'orée des années 80, le Japon se trouve à un carrefour critique, c'est-à-dire qu'il peut devenir une "superpuissance militaire" après être devenu une "superpuissance économique". Les Etats-Unis exigent du Japon un renforcement rapide et manifeste de la défense nationale en raison de la tension internationale accrue après l'invasion soviétique de l'Afghanistan, et de la "menace soviétique" en général.

Devant cette pression extérieure, le gouvernement japonais devra choisir, sans moyen de la repousser et pour ainsi dire malgré lui, sa ligne de conduite qui le mènera justement au renforcement de la défense nationale (bien que les Etats-Unis aient déclaré leur insatisfaction du projet de renforcement limité de la défense du gouvernement japonais). Cette ligne de conduite évidemment lance un grand défi au principe même du "pacifisme de désarmement" inscrit dans la Constitution japonaise. De plus le peuple japonais pense qu'elle peut entraîner une crise du "pacifisme" qui a toujours été considéré comme le principe le plus fondamental des relations extérieures japonaises. Toutefois il n'abandonnera pas facilement ce "pacifisme de désarmement", car c'est justement ce principe constitutionnel qui est soutenu profondément par une grande majorité du peuple japonais. Cela ne veut pas dire forcément que le "pacifisme de désarmement" soit l'idéal du peuple japonais, mais il est pour celui-ci le choix politique le plus réaliste et le plus naturel. Pourquoi ? Avant de répondre à cette question, je voudrais expliquer dans ses grandes lignes le "pacifisme de désarmement" de la Constitution japonaise.

Après sa défaite dans la seconde guerre mondiale, le Japon a accompli un total changement de régime en se dotant d'une nouvelle Constitution, qui démocratisa le Japon.

On doit noter que la Constitution japonaise actuelle proclame, dans son préambule, les principes fondamentaux qui sont la souveraineté du peuple, la paix universelle et le respect des droits de l'homme. Basé sur ces principes, l'article 9 stipule :

> "Aspirant sincèrement à la paix internationale basée sur la justice et l'ordre, le peuple japonais renonce pour toujours à la guerre en tant que droit souverain de l'Etat, et à la menace ou l'emploi de la force comme moyen de résoudre les différends internationaux.
>
> En vue d'accomplir le but de l'article précédemment cité, il ne sera jamais maintenu de forces terrestres, navales et aériennes, ainsi que tout autre potentiel de guerre ; le droit de belligérance ne sera pas reconnu".

Cette déclaration éclaire l'attitude du Japon d'après-guerre. En effet, la négation de la guerre ou l'abolition des armements se trouve dans la Constitution des Philippines de 1935 et dans celle de la France de 1946. Cependant dans celle du Japon il n'y a pas des expressions limitatives telles que "renoncer à la guerre comme moyen d'accomplir la politique nationale" ou "n'entreprendre aucune guerre qui ait pour but la conquête". En revanche, la Constitution japonaise déclare tout haut la négation totale de la guerre ainsi que la non détention de forces militaires, comme je l'ai déjà dit plus haut. Dans ce sens-là, elle a été unique dans l'histoire des constitutions du monde. Malgré cela, dans la politique japonaise d'après-guerre, l'article

sur le désarmement a été transgressé en réalité par la création des "forces d'auto-défense (FAD)" ; quoique le gouvernement ait toujours affirmé que ce n'était pas la force militaire décrite dans la Constitution. Cependant les spécialistes considèrent ces "FAD" comme anticonstitutionnelles. Pour ces raisons-là on ne peut pas dire que ces "FAD" soient reconnues par le peuple japonais. En outre comme il n'existe aucune loi permettant une éventuelle déclaration d'hostilités (déclaration de guerre) il est impossible de considérer juridiquement ces forces comme "l'armée japonaise", je reviendrai sur ce point plus tard. Si ce "pacifisme" fait l'objet d'un large consensus populaire ce n'est pas tant qu'il soit considéré comme une attitude idéale, mais plutôt comme un choix réaliste et naturel ;cela explique la position du gouvernement qui ,obligé de renforcer les FAD, n'a pas l'intention de les rendre trop importantes. Nous apporterons des éléments de réponse à cette apparente contradiction avec les trois points de vue suivants.

- II -

Premier point de vue : Nous commencerons par un élément quelque peu subjectif, c'est-à-dire, le très fort sentiment anti-guerre. Le "Jamais plus de guerre" qui est né d'une prise de conscience après les douloureuses expériences de l'échec de la dernière guerre mondiale, qui a entraîné la mort de 1.509.000 soldats et de 672.000 civils japonais, chiffres considérables si on les compare aux pertes humaines des précédents conflits auxquels le Japon a participé : la guerre sino-japonaise (1894-1895) qui se solda par 17.000 victimes militaires mais aucun civil japonais, puis la guerre russo-japonaise (1904-1905) dans laquelle 100.000 soldats japonais périrent. Le cas d'Hiroshima est symbolique ;par une seule bombe et en un instant ,100.000 personnes trouvèrent la mort, mais cette fois presque tous les civils, femmes, enfants et vieillards. En outre, le Japon, je crois, n'a pas oublié non plus les 22.200.000 victimes chinoises de la guerre en Chine, dont le peuple s'était opposé par des guérillas à l'agression des armées japonaises.

Ces expériences ont produit une sorte d'allergie, notamment envers l'arme nucléaire. Par conséquent la plupart des Japonais ont fini par penser qu'à l'époque nucléaire, la sécurité ne pourrait plus être assurée par quelques forces militaires que ce soient. Il est donc, en quelque sorte, naturel que les Japonais aient une allergie à l'arme nucléaire parce qu'ils furent le seul peuple au monde à avoir fait l'expérience de l'horreur de la bombe atomique. D'ailleurs aujourd'hui il y a encore à Hiroshima et à Nagasaki des gens qui souffrent de maladies des suites de l'explosion atomique et en meurent. Or certains stratégistes ont expliqué qu'à l'époque nucléaire la sécurité serait assurée par la force de "dissuasion nucléaire", mais quand on voit d'une part, la concurrence pour le développement de nouveaux armements nucléaires entre les Etats-Unis et l'Union Soviétique, et d'autre part, les mouvements pacifistes contre les missiles nucléaires portée moyenne qui se déroulent en ce moment en Europe, on peut démontrer que la sécurité (ou la paix) fondée sur la force de dissuasion nucléaire est très instable et fragile, et qu'elle n'est pas vécue comme une garantie pour la paix.

Il est donc normal que les Japonais qui veulent continuer à jouir de leur niveau élevé de vie, acquis après les années 60, refusent la dépense

pour le réarmement, car celui-ci ne pourra se réaliser qu'aux dépens de la croissance économique. Comme je l'ai déjà dit, le Japon a aujourd'hui en fait une armée dite "FAD" mais ces "FAD" ne sont pas législativement une armée. Il n'y a ni loi permettant une "déclaration de guerre" ni conseil de guerre. Certainement la "FAD", qui a été créée sous la pression américaine après le commencement de la guerre froide, est devenue aujourd'hui importante. Son budget militaire (à peu près 60 milliards de francs) arrive sans doute au 7ème rang du monde. Mais 50 % de ce budget est constitué par des frais de personnel. Les soldats des "FAD" sont des engagés volontaires ; on note actuellement une relative crise de recrutement.

Néanmoins les "FAD" sont effectivement puissantes avec leur force de 300.000 hommes et des armements conventionnels de tout dernier modèle et une stratégie opérationnelle commune avec l'armée américaine. Mais ce qui importe, c'est qu'elles ne sont pas considérées comme "légitimes" par le peuple japonais et que par conséquent le peuple japonais ne les tient pas du tout pour un moyen efficace pour assurer la sécurité japonaise. Autrement dit, les "FAD" ne sont pas reconnues par le peuple comme étant la force militaire japonaise.

Le problème de la constitutionnalité ou de l'inconstitutionnalité des FAD fait l'objet d'une vive polémique entre les partisans d'une armée japonaise et d'une éventuelle réforme constitutionnelle, permettant de légaliser l'existence des forces armées, et les opposants à toute militarisation ; ces derniers s'appuient sur une interprétation stricte de l'article 9 de la Constitution. Chacun interprète donc dans son sens la Constitution ; les premiers forts du soutien du parti libéral démocrate, au pouvoir, et d'autres partis modérés tels que le parti démocrate socialiste et le Nouveau Club Libéral, penchent pour une interprétation "souple" de la Constitution en revendiquant un droit de légitime défense qui permettrait au Japon de maintenir une force nécessaire dans le cadre d'une optique de légitime défense, d'autant plus que l'article 9 ne se prononce pas négativement sur ce point. L'opposition minoritaire à la Diète ne peut que veiller à ce que les FAD ne dépassent pas la "limite constitutionnelle". L'opinion publique, quant à elle, bien que profondément pacifiste s'est peu à peu faite à cette contradiction constitutionnelle. Aujourd'hui on peut dire que les trois quarts de la population admettent la nécessité des FAD. De plus la part importante des missions civiles des FAD a certainement joué en sa faveur auprès de l'opinion publique, grâce notamment à son rôle de protection civile dans un pays où les catastrophes naturelles sont fréquentes. Les objectifs d'utilité publique des FAD correspondent à près de 80 % de l'ensemble des missions, contre 10 % pour le maintien de l'ordre et 10 % pour la défense nationale proprement dite.

La présence des FAD sur le sol japonais trahit, peut-être, la Constitution dans l'optique des publicistes, toutefois elles représentent une solution intermédiaire de compromis pour la société japonaise. Si la majorité des Japonais est partisante d'une force de défense "minimum", cela ne signifie pas pour autant qu'elle considère que la sécurité nationale puisse être assurée par une force militaire. En effet le peuple japonais garde constamment en mémoire les conséquences des aventures militaires de son proche passé. Il semble donc peu probable dans ces conditions que le gouvernement puisse à la demande américaine constituer une puissante armée, pour cela il lui faudrait d'abord réviser la Constitution, scénario fort improbable qui nécessite l'appui des deux tiers de la Diète.

- III -

Deuxième point de vue : Considérons cette fois-ci le problème dans une perspective historique. Pourquoi n'existe-t-il point de consensus national en matière de défense ? Regardons un peu l'histoire japonaise pour nous en rendre compte. Au cours de 2.000 ans ,le Japon a fait 10 guerres contre les pays étrangers. Cela s'est donc traduit par une guerre tous les 150 ans. Une fois seulement le Japon fut exposé à une invasion étrangère : lors des tentatives infructueuses des alliés Yuan Koryo (mongoles) en 1274 et en 1281. A part cela presque toutes les autres guerres ont été faites à l'initiative du Japon. Surtout après la modernisation du Japon lors de la Restauration de Meiji (1868), il y a eu quatre guerres : la guerre sino-japonaise (1894-1895), la guerre russo-japonaise (1904-1905), la première guerre mondiale (1914-1918), et la seconde guerre mondiale (1931-1945) qui ont été vues de l'étranger comme le résultat de son expansionnisme. Par contre pendant plus de 250 ans -la période d'Edo (1603-1867-,il n'y a eu ni guerre étrangère ni guerre civile. Aussi, pour le Japon, guerre et champ de bataille se situaient dans des pays étrangers. Seule exception, à la fin de la seconde guerre mondiale, quand les Japonais se sont battus contre les armées américaines à Okinawa. Cette expérience exceptionnelle avec celle de Hiroshima et de Nagasaki est un facteur important qui a profondément enraciné le sentiment anti-guerre chez le peuple japonais. Car il s'est rendu compte pour la première fois combien la guerre était tragique et aussi que l'armée ne pouvait pas assurer sa sécurité. En fin de compte pour le peuple japonais la guerre ne signifie historiquement que "partir pour un pays étranger". Cela veut dire aussi que le peuple japonais pense que la guerre n'aura pas lieu car il ne partira pas pour les pays étrangers grâce à l'article 9 de la Constitution de "renoncement aux droits de la guerre". C'est donc que, ce qui peut ruiner la paix du Japon, ce n'est pas une invasion étrangère mais c'est une guerre résultant de l'invasion par ses troupes d'un pays étranger. Que cette façon de penser soit logique ou non, on ne peut pas répondre sans faire une analyse de la situation réelle de la politique internationale du Japon. Nous développerons ce point par la suite. Il nous faut d'abord comprendre pourquoi les Japonais n'ont pas de doute sur la "démilitarisation". A cette fin, il serait utile de se pencher sur l'histoire de la démilitarisation du Japon.

Jusqu'en 1590 où le shogun Hideyoshi Toyotomi a tenu le pays entier sous son autorité, le Japon connaissait des guerres civiles entre les fiefs des daïmios (barons), surtout dans la période appelée Sengokujidai (litt. période des pays en guerre, ou guerres civiles). Mais Hideyoshi Toyotomi avait commencé déjà en 1588 par enlever les armes aux paysans et bourgeois en appliquant la loi du "rafle des sabres" qui était le premier pas vers la "démilitarisation" japonaise. Ensuite, en 1876 le gouvernement Meiji (Japon moderne) promulgua un décret interdisant le port du sabre en confisquant les sabres des samourais qui, jusque là ,avaient le privilège de les porter (ce qui représentait seulement 6 % de la population). Ainsi le gouvernement a achevé le "désarmement" de la société japonaise. L'Etat devint donc l'unique possesseur des armes. Au fond, même à l'époque d'Edo, les samourais, malgré leur port d'armes, ont été strictement limités dans leur usage par divers décrets, et ils n'ont eu que très rarement l'occasion de les employer. De plus, parallèlement à la montée de la classe bourgeoise, les samourais se trouvant sans travail ont vendu leurs sabres et il arrivait souvent qu'ils

n'avaient plus que des sabres en bambou. Enfin les sabres en bambou n'étaient plus des armes mais n'étaient que des oeuvres d'art décorées. Ainsi on peut dire que "désarmement" de la nouvelle Constitution de 1947 fut la dernière étape du "désarmement" de la société japonaise en dépouillant de ses armes l'Etat lui-même. Que signifie cette histoire du "désarmement" dans la société japonaise ? Elle signifie tout d'abord que le Japon est une société où les individus n'ont pas besoin de prendre les armes ; ensuite elle signifie que l'Etat (le gouvernement), même en réduisant au minimum l'emploi des armes peut exercer ses fonctions d'autorité. L'armée rouge japonaise (groupuscule d'extrême gauche) a exigé la libération de ses camarades en échange de ses otages alors que le gouvernement japonais, ne lui a jamais répondu par la force militaire. Loin de là, il a accepté les exigences de l'armée rouge en préférant faire des entorses à la loi pour ne pas mettre en péril la vie des otages.

Le Japonais a senti continuellement, pendant environ 400 ans, qu'en possédant des armes il courrait le risque d'être tué et qu'au contraire en étant démuni d'armes il serait plutôt en sécurité. Donc on peut interpréter le "pacifisme" de la nouvelle Constitution comme l'application de cette manière de penser : autrement dit, les Japonais pensent que le fait de se démilitariser équivaut à ne pas menacer les autres pays. Telle est la conception actuelle de la "sécurité" chez les Japonais. Il existe même une expression populaire qui illustre l'idée précédente : "on peut obtenir l'eau et la sécurité pour rien". Ce sentiment est peut-être propre au Japon. En effet, l'ordre public de la société d'aujourd'hui (et son niveau de vie élevé), qui n'est que rarement troublé, confirme ce sentiment. Le taux de crimes violents pour 100.000 habitants fut de 1,9 au Japon en 1975 pour 9,6 aux Etats-Unis. Enfin on compte en moyenne un agent de police pour 568 habitants au Japon, contre un pour 385 aux U.S.A.

- IV -

Troisième point de vue : C'est le caractère fondamental de la situation d'après-guerre en politique internationale dans la région Extrême-Orient, qui rend clair le fait que la "démilitarisation" de la Constitution japonaise n'est pas un simple idéal mais une option très réaliste. Cela n'a rien à voir avec la situation changeante de la politique internationale mais avec le système politique propre à l'Extrême-Orient de l'après-guerre.

Il nous faut tout d'abord prendre en compte que le Japon, après sa défaite, n'a plus du tout de contentieux militaire dans cette région. Après sa défaite dans la seconde guerre mondiale - qu'il serait plus précis d'appeler "la grande guerre de l'Extrême-Orient" (1931-1945) car le Japon a commencé la guerre contre la Chine et il l'a continuée parallèlement contre l'Angleterre en Asie du sud-est et contre les Etats-Unis dans l'Océan Pacifique pour finir par une défaite totale chez lui -donc après cette défaite, en se retirant de la Chine, il a renoncé à ses prétentions sur sa colonie de Mandchourie, de même aussi qu'à la Corée, Formose et à Sakhaline. Il a même perdu une partie de son propre territoire, c'est-à-dire les îles de l'archipel des Kouriles (au Nord du Hokkaido). Par conséquent le Japon s'est renfermé entièrement à l'intérieur de ses frontières naturelles que forment l'Océan Pacifique et la Mer du Japon. Ce fait enlève en même temps toutes causes

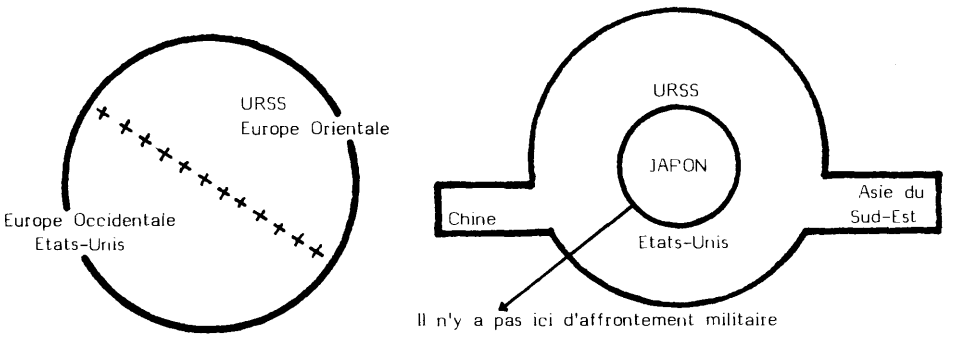
de conflits avec les pays voisins. Le Japon d'avant la grande guerre d'Extrême-Orient avait agrandi sa frontière aux dépens des autres pays en outrepassant sa propre frontière naturelle, et était ainsi entré en conflit avec l'Union Soviétique en Extrême-Orient, puis se trouva confronté à la résistance militaire, de type guérilla, du peuple chinois à l'intérieur de la Chine, enfin il fut pris dans des conflits d'intérêts avec les puissances occidentales, principalement avec l'Angleterre. L'Extrême-Orient était ainsi devenu une zone de conflits parce que l'invasion japonaise avait rompu "la balance des forces", gardée jusque là par des forces militaires s'équilibrant.

Mais, comme on l'a vu plus haut, quand le Japon, après sa défaite s'est renfermé dans ses propres îles, il est devenu totalement étranger aux conflits politico-militaires de ses voisins. Comme par exemple le sino-soviétique commencé dans les années 60 ; la tension incessante, conflit dans la péninsule coréenne après la guerre coréenne ; la perturbation dans la péninsule indochinoise après la guerre vietnamienne ; tout cela n'a pas menacé directement la sécurité et la paix du Japon. Et ironie de l'histoire : les Etats-Unis vainqueurs du Japon ont dû s'engager militairement à nouveau, héritant du Japon d'avant-guerre ses points de litiges militaires en Extrême-Orient. Les Etats-Unis sont entrés en guerre froide contre la Chine populaire en prenant le parti de la Chine nationaliste, de même que dans la péninsule coréenne ils ont été obligés de faire la guerre aux Chinois. Bien qu'ils fussent prochinois historiquement, les Américains ont été toujours en conflit (en guerre froide) avec la Chine jusqu'à la visite de Nixon en Chine en 1972. Dans la péninsule indochinoise, après la retraite française de cette région, ils sont entrés dans une guerre inutile contre le Viet-Nam. Nombreux sont ceux qui pensent que la défaite américaine dans cette guerre a été évidemment la cause directe du déclin de sa force et de son prestige sur la scène internationale. Ainsi les Etats-Unis, en se chargeant des "contentieux" de cette région à la place du Japon d'avant-guerre, ont fini, au bout de 30 ans, par se réconcilier avec la Chine, renoncer au Viet-Nam, promettre une retraite militaire de la péninsule coréenne et rechercher à se réconcilier avec la Corée du Nord. Pendant ce temps-là, le Japon restait toujours un "petit pays" non seulement militaire mais aussi politique pour ne créer aucune menace militaire à ses voisins, se consacrant entièrement à sa croissance économique.

Depuis la fin de la seconde guerre mondiale, d'une durée de 35 ans, il y eut des guerres successives autour du Japon, dans lesquelles celui-ci ne s'est jamais laissé entraîner. Est-ce parce qu'il était protégé militairement par les Etats-Unis ? C'est une opinion partagée par beaucoup d'hommes politiques conservateurs et de spécialistes réalistes de la politique internationale. Tandis que les socialistes et les pacifistes ont déclaré que c'était grâce à leur mouvement pour la paix. Mais il semble vraiment impossible de donner raison définitivement à aucun des deux partis. Il nous semble que l'explication probable réside dans la situation géopolitique du Japon d'après-guerre. Comme il a été dit plus haut quand le Japon s'est renfermé dans son propre domaine (entouré par la mer), il n'a plus eu de frontière terrestre ; ce point est de première importance. Il y a eu en effet le principe LSG (Loss of Strength Gradient Curb : "la force se perd avec la distance"), ce qui est aussi valable pour la sécurité du pays, même à l'époque nucléaire. Justement, la mer est la barrière naturelle qui fait fonctionner le mieux ce principe LSG. On peut donner pour exemple historique le cas de l'Angleterre qui a assuré sa sécurité militaire grâce à la mer. Donc même aujourd'hui, ce principe n'est pas dépourvu de sens. Car bien qu'en cette époque nucléaire

l'attaque soit devenue facile avec les avions et les missiles, tant que la "guerre est un moyen politique et non une fin en soi", si un pays fait appel à la guerre, ce n'est pas seulement pour détruire l'autre pays mais principalement pour l'assujettir. Autrement dit, les marines de guerre et les aviations modernes ont rendu extrêmement grande la capacité de détruire et de ravager un pays ennemi, mais elles n'ont pas la capacité de l'occuper. C'est justement la force militaire terrestre qui a cette capacité d'occupation. En ce qui concerne la barrière marine, il suffit de penser aux frais et aux longs trajets maritimes. Par conséquent si l'Union Soviétique voulait occuper le Japon tout entouré de la mer, ce serait courir un trop grand risque. Et il n'y a pas de point de litige politique ou militaire (on doit tenir compte aussi des réactions internationales et des coûts économiques et humains).

Si le Japon devenait une "superpuissance militaire" abandonnant son "pacifisme de démilitarisation" en se dotant d'armes nucléaires ou en s'alliant avec les Etats-Unis et la Chine contre l'Union Soviétique, cette dernière se méfierait du Japon et le menacerait militairement. Mais tant que le Japon continue sa politique actuelle, l'Union Soviétique n'a aucune raison de l'attaquer. De plus les communistes japonais n'ont aucune possibilité de saisir le pouvoir politique, il est donc beaucoup plus raisonnable pour l'Union Soviétique de choisir une relation de paix et de coopération avec le Japon en tirant le meilleur parti possible de la puissance économique japonaise pour le développement de la Sibérie. On peut dire que la structure de la politique internationale en Extrême-Orient, autour du Japon, n'a rien de commun avec la situation géopolitique de l'Europe où la force militaire de l'OTAN et celle du Pacte de Varsovie voisinent l'une en face de l'autre, où la "balance des forces" tient un rôle très important, par exemple, avec la concurrence des missiles nucléaires de portée moyenne dans la zone des opérations (SS 20, II Pershing), et où les unités de chars soviétiques peuvent atteindre théoriquement en quelques jours le Pas de Calais. En simplifiant un peu les choses, on pourrait qualifier sans doute la paix européenne de structure dure (type de petit pain) et celle de l'Extrême-Orient de structure souple (type de dougnut - voir schéma). C'est-à-dire, le Japon



ne s'affronte pas militairement à l'Union Soviétique d'une manière directe : par conséquent, il est important pour le Japon de ne pas devenir une superpuissance militaire et s'il prend le chemin de la démilitarisation en rompant l'alliance et en coopérant tous azimuts, il contribuera à la paix.

Ainsi, à cause de leur histoire et de la situation militaire Est-Ouest, les pays occidentaux sont très sensibles à la force militaire soviétique, c'est bien normal. Par contre, il n'est pas moins naturel que les Japonais n'y soient pas tellement sensibles.

Bien sûr, il y a au Japon des gens qui crient à "la menace soviétique" pour militariser le pays. Mais ce n'est vraiment que le prétexte pour lancer sur une grande échelle une industrie de guerre et aussi pour sortir de la crise économique intérieure. On peut même affirmer que non seulement le peuple japonais mais aussi le gouvernement ne croient pas du tout à "la menace soviétique". Quand le traité de paix sino-japonais a été conclu en 1978, les faucons japonais disaient que par ce traité le Japon serait l'ennemi des soviétiques et qu'il se laisserait entraîner dans le conflit sino-soviétique et que serait plus grande la pression politique de l'Union soviétique sur le Japon. Mais les choses se sont passées tout à fait autrement, car en fait, les relations politiques et économiques sino-japonaises, sino-américaines et nippo-américaines se sont resserrées et l'Union Soviétique a même affirmé son désir de coopération économique avec le Japon.

Revenons à la discussion sur la barrière maritime qui rend impossible l'invasion soviétique du Japon, bien qu'une attaque maritime ou aérienne soit théoriquement facile. Premièrement, l'Union Soviétique et le Japon n'ont pas de frontière terrestre en commun : l'extrémité nord du Hokkaido est proche de l'Union Soviétique, mais il y a entre les deux le Détroit de Soya, qui est 10 km plus large que le Pas de Calais, et très difficile à utiliser en hiver. Toutefois les forces soviétiques dans ces îles septentrionales s'élèvent à 2 divisions rien que pour l'île de Sakhaline. En ce qui concerne la Mer du Japon, la distance entre les deux pays est beaucoup plus grande. Par exemple entre Niigata et la région de Vladivostok (Sibérie orientale) il y a 800 km de distance. Et comme, actuellement, il n'existe pas de "point de litige militaire" entre ces deux pays, et que de surcroît l'Union Soviétique a besoin de l'investissement des capitaux et de la coopération du Japon pour le développement de la Sibérie, il serait plus sûr pour le Japon d'aller jusqu'au bout dans sa démilitarisation que de devenir une superpuissance militaire risquant d'accroître les tensions éventuelles avec l'URSS.

A plus forte raison, le Japon n'a aucun contentieux militaire avec la Chine, la Corée, et les pays de l'Asie du sud-est, car ces pays ne menacent pas sa sécurité. Cela est d'ailleurs vrai que l'on se place dans une perspective historique ou dans le contexte actuel.

Deuxièmement il est bien clair qu'une guerre localisée autour du Japon ne s'étendrait pas jusqu'à lui. En ce qui concerne la Corée, c'est un problème interne entre coréens, donc tant que le Japon ne se mêlera pas de leur avenir, il ne risque pas de se laisser entraîner dans une aventure militaire. En ce qui concerne Formose, c'est un problème intérieur chinois. Avec les pays de la péninsule indochinoise, le Japon n'a eu aucun rapport sauf de coopération économique. Alors quel scénario en cas de guerre sino-soviétique ? On peut penser que cette guerre ne serait qu'un micro-conflit sur la frontière sino-soviétique, et qu'elle n'atteindrait pas la dimension d'un conflit militaire total, et cela, selon nous, ne concernerait que fort peu le Japon.

Troisièmement il y a souvent les discussions au sujet des besoins militaires du Japon pour protéger "ses intérêts économiques". En réalité quand il déploie ses activités commerciales dans le monde entier, ses problèmes économiques doivent être résolus par voie de négociations avec des moyens pacifiques

et diplomatiques. De plus, dans le contexte politique international actuel, il semble illusoire de penser que l'on puisse obtenir quelque chose par la force. La force militaire n'est que tout au plus une force de dissuasion. Par conséquent le peuple japonais ne soutiendra pas une cause qui consisterait à augmenter ses forces de dissuasion, mais au contraire il soutiendra fortement l'opinion de la démilitarisation.

- V -

Pour conclure, si le Japon doit passer de la voie de "superpuissance économique" à celle de "superpuissance militaire" sous la pression américaine et sous prétexte de "menace soviétique", il ne trouvera jamais sa "sécurité". Il doit plutôt se faire l'avocat de son principe fondamental de "Constitution pacifique" dans le monde entier.

Ce sera l'unique moyen pour que le Japon puisse apporter sa contribution à la paix dans la société internationale. Dans ce contexte, la politique de désarmement japonais actuelle ne doit pas être sous estimée ; cette politique peut se résumer par les trois principes non-militaires suivants :

- non fabrication-possession-installation d'armes nucléaires ;
- non possession d'armes offensives (porte-avions offensifs, ICBM, etc..) ;
- interdiction d'expédition étrangère des FAD.

En dernière analyse, le Japon tente d'apporter concrètement une réponse pacifique à l'accroissement des tensions internationales, en mettant en accord ses principes avec ses actions (cf. la signature du traité de non prolifération des armes atomiques et les trois principes nucléaires). L'expérience japonaise de l'après-guerre (37 ans de paix) démontre l'importance croissante d'une sécurité assurée par des moyens pacifiques et confirme la nécessité et l'efficacité de sa stratégie pacifique.

Le pacifisme japonais est peut-être une expérience isolée et unique, de ce fait, pour certains observateurs trop liée à l'environnement japonais pour être applicable hors du Japon ; cependant, à notre avis, la stratégie pacifiste japonaise possède des valeurs universelles qui sont essentielles pour préserver la paix à l'âge nucléaire.

REFERENCES

Tadakazu FUKASE : "De quelques aspects particuliers et universels de la paix constitutionnelle japonaise". *Revue internationale de droit comparé*, 1978,n°4.

Jiro KAMISHIMA, NIHONJIN NO HASSOU, Kodansha, 1975.

Hisashi MAEDA, MACHIGAIDARAKE NO BOEIRON, Kodansha, 1981.

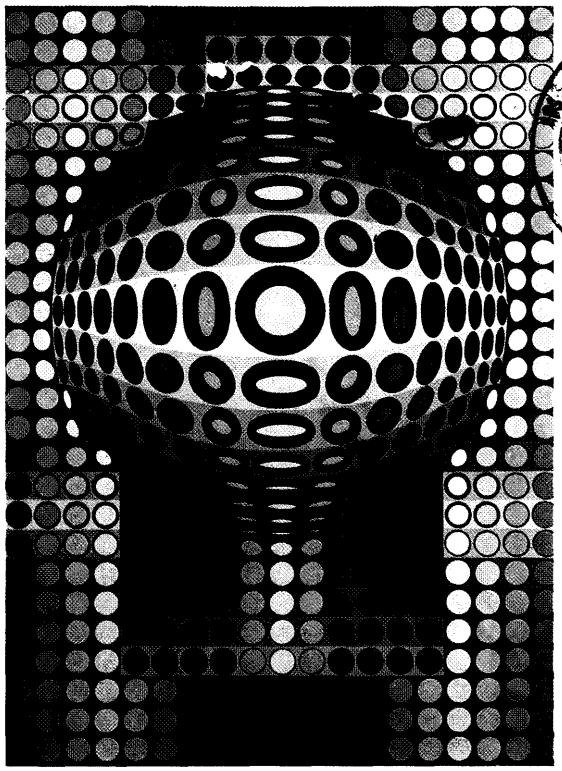
Sakio TAKAYANAGI : "Points de vue d'appréciation sur le Traité de paix et d'amitié sino-japonais". *Peace Research in Japan*, 1978-1979.

Composition C.E.R.S.O.I.
Septembre 1982 - Dépôt légal 3e trimestre 1982

Nº ISSN 0249 8731

Revue de la Recherche Juridique

DROIT PROSPECTIF



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

(Pierre TEILHARD DE CHARDIN)

Numéro spécial :

LES NOUVEAUX RAPPORTS ENTRE **PROPRIETAIRES** et **LOCATAIRES**

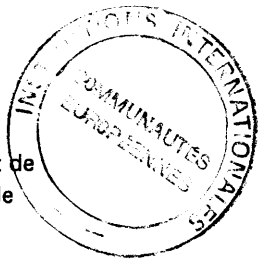
(Loi du 22 juin 1982)

PRESSES UNIVERSITAIRE D'AIX-MARSEILLE

1982-3

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE
DROIT PROSPECTIF

1982 - 3



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

avec le concours de l'U. E. R. de
Recherches Juridiques de l'Université
d'AIX-MARSEILLE III

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

N. VII - 14 (7ème année - 14e 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 Membre 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 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 TERRE	Professeur à l'Université de Paris II
M. André TUNC	Professeur à l'Université de Paris I
M. Marcel WALINE (†)	

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

Directeur de la publication : M. J.-L. MESTRE

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

COMITÉ DE RÉDACTION

M. C. ATIAS : Rédacteur en chef - Responsable de la rubrique du Centre de Philosophie du Droit

M. D. LINOTTE : Éditorial - Responsable de la rubrique : Tendances du droit contemporain

M. C. MOULY : Responsable de la rubrique : Méthodes de la recherche juridique

M. J.-J. BOUSQUET : Responsable de la rubrique : Activités de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

M. R. GHEVONTIAN : Responsable de la rubrique : Bilan des recherches de doctorat

Missions de recherche :
- étudiants de doctorat
- collaborateurs des Centres de recherche

Secrétariat et service commercial : **U. E. R. Recherches Juridiques**
3, Avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence Cedex

Abréviation de référence : R. R. J.

ABONNEMENT : 3 numéros par an

Abonnement de soutien : 300 F
Abonnement (France) : 160 F
Abonnement (étranger) : 240 F
Numéro (France) : 60 F

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

Demandes à adresser à : U. E. R. Recherches Juridiques
3, Avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence Cedex

La correspondance relative à la rédaction peut être adressée à :
M. C. ATIAS, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille - 3, Av. R. Schuman
13628 Aix-en-Provence Cedex

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

PRÉSENTATION

La loi du 22 juin 1982, préparée à l'initiative de Monsieur QUILLIOT, Ministre du Logement et de l'Urbanisme, est un texte de grande envergure. Ses 82 articles, complétés par plusieurs décrets d'application, vont régir les rapports entre propriétaires et locataires sous tous leurs aspects. C'est un texte important pour la théorie et pour la pratique. Les premiers mois ont commencé de révéler les difficultés qu'il suscite, les failles qu'il comporte.

Le 8 octobre 1982, se tenait dans les locaux de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille une journée d'étude sur le thème :

LES NOUVEAUX RAPPORTS ENTRE PROPRIÉTAIRES ET LOCATAIRES
après la loi du 22 juin 1982

Toutes les personnes présentes ont tenu à s'associer aux remerciements que nous adressions à Monsieur le Doyen Fernand Boulan ; l'initiative qu'il avait prise d'organiser ce colloque, l'impulsion qu'il avait su donner et les moyens mis à notre disposition avaient assuré le succès de la réunion. La Faculté de Droit et de Science Politique démontrait ainsi, une fois de plus, son dynamisme et sa capacité à satisfaire les besoins de la pratique. Notre gratitude va également à Monsieur le Professeur Jean-Louis Bergel, directeur de l'Institut de Formation et de Recherche sur l'Évaluation Immobilière et à Monsieur le Professeur Christian Louit, directeur de l'Institut de Droit des Affaires; ces deux organismes ont, en effet, collaboré activement à la préparation intellectuelle de cette journée de travail, ainsi qu'à son organisation matérielle. Monsieur le Professeur Jacques Mestre, Monsieur le Professeur Jean-Louis Bergel, qui donna une conférence sur le domaine d'application de la loi nouvelle, et Monsieur le Professeur Christian Louit nous firent également l'honneur de participer aux travaux.

Il en fût de même de Monsieur le Président Lemiale et de Monsieur le Président Marro. La Fédération nationale des Agents immobiliers et l'Union nationale de la Propriété immobilière qu'ils président respectivement avaient organisé le colloque aux côtés de l'Université. Cette collaboration particulièrement opportune a porté ses fruits ; le nombre des participants et la qualité des interventions vinrent attester de la réussite de l'entreprise.

Le secteur du logement, et plus spécialement du logement locatif, est particulièrement sensible, vulnérable. Son équilibre est fragile et toute réforme législative d'envergure le trouble. Il devait d'autant plus en être ainsi en 1982, alors que la matière était restée à l'abri des interventions législatives depuis 1948 et que trente ans n'avaient pas suffi pour corriger les méfaits de cette loi de crise et porteuse de crise. La question est maintenant de savoir si,

passée l'inévitable période d'adaptation au droit nouveau, les inconvénients de la loi de 1982 ne l'emporteront pas sur ses avantages. Il est permis de se demander si les contraintes pointilleuses qui résultent de dispositions particulièrement complexes, si la très mauvaise rédaction de la loi et si son inspiration générale résolument unilatérale ne vont pas grever durablement le marché immobilier. Les auteurs du projet ne l'ont pas cru. Quelques dispositions liminaires rendant hommage au rôle social des investisseurs privés et leur promettant l'équilibre entre leurs droits et obligations et ceux des locataires, quelques déclarations apaisantes leur ont paru de nature à faire accepter la loi... L'avenir dira si leur optimisme était fondé.

Ce qui est sûr, c'est qu'après des décennies de réformes maladroites, largement responsables de la prolongation des crises du logement, il serait temps de renoncer à l'électoralisme et au dogmatisme. Il serait temps de réfléchir aux conditions de fonctionnement du marché locatif.

Les rapports qui suivent s'efforcent de dégager les principes et les solutions consacrés par la loi du 22 juin 1982. L'espoir est qu'ils en facilitent l'entrée en application. C'est pourquoi, la **Revue de la Recherche Juridique** est heureuse d'en fournir le texte à ses lecteurs.

UNIVERSITÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE
ET DES SCIENCES D'AIX-MARSEILLE

Le droit nouveau de la location

Loi du 22 juin 1982

Journée d'Etude, organisée le 8 octobre 1982, par la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

sous la responsabilité de M. le Professeur Christian ATIAS,
Directeur du Jurisclasseur Bail à loyer

avec le concours de

l'Institut de Droit des Affaires
l'Institut de Formation et de Recherche sur l'Expertise Immobilière

et de

la Fédération Nationale des Agents Immobiliers
l'Union Nationale de la Propriété Immobilière

ECONOMICA
49, rue Héricart, 75015 Paris
1983

© Ed. ECONOMICA, 1983

Tous droits de reproduction, de traduction, d'adaptation et d'exécution
réservés pour tous pays.

MARCHÉ LOCATIF : UN SCÉNARIO INÉLUCTABLE

Par Roger G. LEMIALE,
Président de la F.N.A.I.M.

Il n'entre pas dans mes intentions, devant un auditoire composé de juristes aussi éminents, de me livrer à une analyse exhaustive de la loi relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs : d'autres le feront bien mieux que moi tout à l'heure.

Bien plus modestement, je souhaiterais resituer ce texte dans le contexte du logement locatif des années 1980.

Un texte aussi lourd de conséquences qu'une législation des loyers ne saurait être abordé uniquement sous l'angle strictement juridique.

La législation des loyers d'une nation détermine la qualité et l'abondance du parc locatif, le niveau d'entretien des immeubles, la possibilité ou l'impossibilité pour les ménages de trouver un logement libre.

Elle détermine aussi, par voie de conséquence, la compétitivité des entreprises pour lesquelles la fluidité du marché locatif est l'une des conditions essentielles du développement et donc de la création de richesses.

Je crains que ce soit l'un des aspects du problème locatif qui ait été trop négligé à ce jour dans ses conséquences.

Il s'agit d'une chose très sérieuse, personne ne le conteste.

Aussi, serait-il vain, dangereux même, de prétendre abstraire une législation des loyers des réalités économiques et sociales du marché du logement.

J'espère que ce mot marché et sa conjonction avec celui de logement ne heurtent pas trop de convictions dans cette salle.

Je sais que, assez paradoxalement, quelle que soit la doctrine économique, l'on répugne à considérer que le logement puisse faire l'objet d'un marché et que les mécanismes de marché puissent régir le logement, a fortiori le logement locatif.

Ceci explique la floraison de législations interventionnistes en matière de loyers.

Je ne parle pas, bien entendu, des nations à économie planifiée mais des pays du monde de tradition occidentale.

Parmi ceux-ci, l'Angleterre en 1915, Hong-Kong en 1921, la Suède en 1949, la Californie en 1946, l'Italie en 1978, le Canada tout récemment, j'en passe et des meilleures puisque d'autres Etats américains n'y ayant pas échappé.

Malgré la diversité des situations et des époques, le scénario qui suivit cette

réglementation fut d'une constance exemplaire et d'une logique implacable : disparition de l'investissement locatif, rétraction de l'offre de logements à louer, rente de situation des locataires en place au détriment des nouveaux arrivants, instauration en quelques mois, au mieux en quelques années, d'un marché de pénurie.

De même que l'occurrence de ces expériences de réglementations des loyers montre bien que cette pratique législative séduit les gouvernements, quelles que soient leurs options politiques, de même les constats d'échec ont été honnêtement dressés par l'éminents économistes aux sensibilités politiques opposées.

« Le contrôle des loyers semble être la technique la plus efficace dont nous disposions aujourd'hui pour détruire une ville, bombardement aérien mis à part ». Cette citation de 1970 d'Assar Lindbeck, Professeur à l'Université de Stockholm, résume assez bien ce que ressentent dans ce cas les intervenants du marché locatif.

Las, nous savons tous que les gouvernements, à l'instar des individus, ne savent tirer les leçons que de leurs propres expériences, jamais des expériences des autres.

Encore est-ce là une vision optimiste.

J'ai bien dit les gouvernements et je me suis bien gardé de parler des nations car en matière d'expérience de réglementation des loyers, la France a connu celle des blocages successifs à la première guerre mondiale, prolongés depuis 1948 par une partie du parc locatif.

Toutes les réglementations des loyers évoquées à l'instant, avaient « l'excuse », si je puis dire, d'intervenir à la suite d'un événement exceptionnel, dans une conjoncture particulièrement difficile, comme l'afflux de réfugiés à Hong-Kong ou l'augmentation de 10 %, en quelques mois, de la population de San Francisco du fait d'une immigration massive.

Faut-il pour autant, même face à des situations moins pressantes, au nom de l'économie de marché, pratiquer le « laisser faire, laisser passer », et nier les problèmes auxquels se heurtent les candidats à des logements locatifs et les occupants de ces logements ?

Certainement pas ; mais il faut que le législateur sache intervenir avec légèreté sur les points essentiels pour éviter que cette intervention ne se retourne contre l'intérêt de ceux qu'elle entend protéger.

Quelle était donc, à cet égard, la situation du marché locatif en France en 1981 ?

Grosso modo, le secteur public loge trois millions de foyers de locataires ; les bailleurs particuliers, au nombre de 2 millions et demi en logent cinq millions et demi.

les deux tiers des locataires sont donc logés par des bailleurs particuliers qui sont par ailleurs des petits propriétaires puisque ceux-ci ne possèdent en moyenne que deux logements.

Sur le plan sociologique, on constate d'autre part qu'au sein des diverses catégories socio-professionnelles, la proportion des bailleurs reste la même, à peu de chose près.

Les rapports entre propriétaires et locataires mesurés par divers sondages à cette époque, sont, pour les trois quarts des propriétaires interrogés, considérés comme bons ou très bons, les opinions négatives étant marginales.

Du côté des locataires, ils sont aussi nombreux à estimer leurs rapports satisfaisants lorsqu'ils ont un propriétaire particulier.

En revanche, le taux de locataires estimant avoir de bons rapports tombe de moitié lorsque le bailleur est un organisme social ou institutionnel. Il serait aventureux d'attribuer uniquement cette différence à une meilleure organisation des locataires dans les ensembles collectifs.

Une multitude de tout petits propriétaires donc, et des rapports locatifs plutôt satisfaisants, voilà pour le tableau des rapports locatifs que certains se complaisaient à décrire de façon apocalyptique.

Pour compléter ce tableau, il est impossible de ne pas rappeler que le revenu locatif perçu par les propriétaires était, quant à lui, et pour diverses raisons, en baisse continue depuis une dizaine d'années : les loyers libres ont en effet baissé de 16 % en francs constants durant cette période selon les statistiques les plus officielles.

Pourquoi cette baisse de loyer ?

Parce que d'une part les mesures incitatives avaient fortement dynamisé, depuis plusieurs décennies, l'investissement locatif privé et public, et que l'offre de logements était parvenue au milieu des années 70, à équilibrer la demande, à l'exception du cœur des grandes villes, c'est-à-dire aux endroits ou pour des raisons physiques évidentes, l'offre est rigide et la demande toujours plus pressante.

Durant cette période, sur l'ensemble du territoire, la part des investisseurs représentait couramment jusqu'à 30 % des acquéreurs de logements voire plus de 40 % à Paris et dans certaines des grandes villes.

Cette relative abondance de l'offre est certainement le principal facteur explicatif de la baisse de la rentabilité locative qui, actuellement, oscille autour de 2,2 % de la valeur du bien après impôts pour un bailleur dont la tranche maximale d'imposition est de 40 %.

Il est intéressant de noter aussi que malgré les pressions inflationnistes, les bailleurs ont, dans leur immense majorité, bien respecté les engagements de modération, le nombre de cas dont ont été saisies les commissions d'arbitrages s'exprimant en quelques unités au regard d'un parc locatif concerné de 5,5 millions de logements.

Faut-il oublier pour autant que l'abandon progressif mais rapide, des avantages consentis aux investissements immobiliers, qui a été la dominante de la politique économique du logement dans la précédente décennie, abandon auquel ce sont ajoutés les blocages de loyer des années 1976-1977, a provoqué un important ralentissement de ce type d'investissement parallèle d'ailleurs au ralentissement général de la construction.

Insensiblement s'est installée une tension durable sur ce marché puisque l'offre cessait d'être adaptée aux besoins et puisque l'indispensable renouvellement du parc locatif n'était plus assuré de façon suffisante.

C'est pourquoi, me semble-t-il les grandes organisations syndicales de l'immobilier regroupant les propriétaires et les gestionnaires se doivent paradoxalement de plaider coupables. En effet, malgré les observations qu'elles n'ont pas manqué de prodiguer sur les dangers qui menaçaient ce marché, elles ont par un comportement responsable, en respectant strictement les engagements de modération, en organisant la fluidité du parc, en assurant la pleine capacité de circulation du parc locatif, en partie masqué la pénurie légère mais certaine qui se profilait et ne cessait de s'aggraver rendant le parc locatif à la merci du moindre incident.

Alors que ce caractère responsable de la démarche aurait dû donner du poids à leurs avertissements, c'est le contraire qui s'est produit. Le fait qu'aucune situation réellement sérieuse n'apparaissait et que les rares contentieux se limitaient aux relations locataires/bailleurs, sans que n'apparaisse, à l'exception sans doute du cœur de la capitale, un manque tangible de logements locatifs, a, en réalité, retiré de la crédibilité à leurs propos et permis d'ignorer la gravité du problème à résoudre.

J'ai tenu à faire ce rapide tableau de la situation « ante » loi Quillot car je le crois fondé sur une observation objective de la réalité à laquelle sont confrontés quotidiennement les administrateurs de biens.

Cette photographie rapide des rapports locatifs à certes l'outrecuidance de remettre en place quelques idées reçues sur l'anarchie et la spéculation effrénée dont ce marché était supposé être le théâtre.

Les tensions, déjà plus apparentes du marché locatif au centre de Paris ont d'ailleurs beaucoup contribué à alimenter ces idées reçues, en effet, les décideurs politiques, les responsables syndicaux, les médias ont souvent tendance à imaginer la France comme une projection de l'univers des « bons » quartiers parisiens.

Il me semblait inconcevable d'aborder la loi sans évoquer le contexte économique et social dans lequel elle était intervenue.

Il serait tout aussi grotesque d'éluder la situation du marché locatif en France, quelques mois après la mise en application de cette loi.

Vous le savez, nous sommes actuellement confronté au blocage le plus dramatique qu'ait connu ce marché depuis l'après-guerre.

Sans tomber dans l'anecdote, je puis vous confirmer que dans la quasi totalité des villes, il est devenu pratiquement impossible pour les nouveaux locataires de trouver un logement.

La France vient de redécouvrir ce qu'était une situation de pénurie.

Une situation de pénurie, cela signifie qu'une seule publicité pour offrir un trois pièces, provoque 494 appels en trois heures, que les visites sur place annoncées à 14 heures commencent à 8 heures du matin pour se terminer en empoignade entre les candidats locataires.

C'est aussi une situation dans laquelle les plus riches, ceux dont l'emploi est le plus sûr, comme les fonctionnaires, raflent les rares logements disponibles.

Pour vous donner une idée de la raréfaction de l'offre de locaux à louer, je m'en tiendrai à la constatation que le premier support de petites annonces

immobilières a enregistré une diminution de 80 % des offres lors de cette rentrée, par rapport à la rentrée de 1981.

Pourquoi l'offre s'est-elle bloquée ?

En premier lieu parce que les investisseurs privés qui représentaient depuis de nombreuses années plus de 30 % des acquéreurs ont disparu totalement après avoir amorcé une retraite en 1980.

Mais surtout parce que les locataires en place, conscients du rétrécissement du marché et de leur situation privilégiée, renoncent à leur projet de déménagement même lorsque celui-ci était dû à des raisons familiales ou professionnelles ; il est difficile de les blâmer.

Quant aux rares appartements libérés, et c'est là la troisième cause, une fraction très importante de ceux-ci est soustraite au marché locatif, soit que leurs propriétaires préfèrent les laisser vacants, soit qu'ils les proposent à la vente.

Ce scénario inéluctable est en train de se dérouler sous les yeux de ceux qui l'avaient décrit, mois par mois, durant le débat de la loi Quilliot.

Est-ce à dire que la loi que vous allez analyser aujourd'hui porte en elle-même la responsabilité de cette situation ?

Vouloir lui attribuer la totalité de cette responsabilité serait aussi fantaisiste que vouloir l'en exonérer complètement. Je m'en suis déjà longuement expliqué.

Que les blocages des loyers qui se sont succédés depuis un an, ainsi que diverses dispositions fiscales nouvelles affectant l'épargne investie dans l'immobilier ont également leur part dans la situation actuelle.

Il n'en demeure pas moins que la loi a indubitablement provoqué chez les bailleurs les effets que les multiples expériences de ce type de réglementation des loyers laissaient augurer.

Certains objecteront peut-être qu'il ne s'agit pas là d'une véritable réglementation des loyers mais de l'institution d'une négociation collective de leur évolution. Soit.

Mais on peut craindre que cette transposition un peu hâtive des conventions collectives de notre législation du travail n'aboutisse en fait qu'à systématiser l'intervention du pouvoir exécutif.

Car enfin, de quelles armes, de quel rapport de force disposeront les partenaires de cette négociation collective, qu'ils soient bailleurs ou locataires, face à des prétentions démesurées de la partie adverse ?

Il est à craindre que l'unique attitude d'action à la disposition des représentants consiste à refuser de signer un accord, préférant voir imposer par un décret en conseil d'Etat, une évolution contraire aux aspirations de leur base, plutôt que de porter la responsabilité d'un compromis. Nous verrons bien. En tout cas, la profession jouera loyalement son rôle de conciliateur. Cette épée de Damoclès de l'intervention désormais légalisée de l'exécutif sur les loyers fonde d'autant plus les craintes des bailleurs et des investisseurs que le loyer actuel servira définitivement de référence pour les loyers à venir.

Il est en effet fort douteux que le mécanisme prévu par la loi pour moduler les accords collectifs, permette, dans la pratique, de corriger des disparités c'est-à-dire des loyers manifestement minorés par rapport aux locaux comparables, alors que bien évidemment ces distorsions ne peuvent s'apprécier que cas par cas.

Par ailleurs, le législateur a refusé la libre détermination des loyers des locaux devenus vacants par le départ volontaire du locataire. Cette véritable institutionnalisation de la transmission des rentes de situation d'un locataire en place à son successeur est d'autant plus absurde que la protection du locataire en place – notamment par l'obligation du caractère légitime et sérieux du motif de congé – rend impossible tout congé aux fins d'augmenter le loyer.

Comme toujours en pareil cas, certains des locataires dans les lieux ont immédiatement compris le parti qu'ils pouvaient tirer d'une rente de situation protégée par la loi : la pratique des « pas de porte », odieux impôts sur la rareté que ceux qui disposent d'un bien recherché exigent des postulants à ce bien, vient de réapparaître insidieusement, pervertissant en quelques mois un marché assaini depuis trente ans.

Les administrateurs de biens constatent que le traumatisme des bailleurs provient aussi de la crainte qu'ils ont que l'obligation de motiver le congé ne les oblige à subir systématiquement une action judiciaire longue et coûteuse lorsqu'ils voudront libérer un local d'un locataire, soit même à la suite d'un congé sérieux et légitime soit même quelque bien fondés que puissent être leurs griefs non contestables à l'égard de l'occupant.

Il faut bien reconnaître que la lenteur actuelle de la justice et l'application judiciaire qui fut faite de la loi du 1er septembre 1948 n'apporte guère de motif d'espérer, d'autant plus que la pénurie de logements locatifs risque d'empêcher le locataire de bonne foi – ce qui est le cas aujourd'hui pour la presque totalité d'entre eux – de trouver un nouveau logement à la hauteur de ses besoins, en le mettant dans l'obligation matérielle de résister à ce congé.

Les dispositions de l'article 25 légalisant la possibilité pour le bailleur de se voir imposer un locataire insolvable ne sont pas pour les rassurer, d'autant que par une méthode législative pour le moins inaccoutumée, le législateur a préféré renvoyer à une loi ultérieure les modalités d'indemnisation du propriétaire.

Par ailleurs, dire que les petits propriétaires privés qui avaient dans l'ensemble, on l'a vu, de bon rapports avec leurs locataires, voient d'un bon œil la substitution de rapports collectifs aux relations contractuelles directes, cela serait quelque peu solliciter la réalité. D'autant que les organisations doivent encore faire la preuve de leur responsabilité et de leur sens des réalités économiques en résistant à la tentation d'une opposition systématique.

Pour dire tout haut ce que beaucoup de petits propriétaires pensent tout bas, il serait fâcheux que les uns trouvent en face d'eux, plus que de véritables syndicalistes du logement, des militants politiques.

Dans ce cas, la loi en question aurait effectivement réussi la gageure d'introduire totalement, artificiellement et de la façon la plus gratuite, une situation conflictuelle auparavant inexistante dans ce secteur.

La régression de notre droit consensuel hérité du code civil au profit de rapports collectifs, médiatisés comme ceux qui consacrent cette loi, peut être perçue comme allant dans le sens de l'histoire. Elle demande cependant une véritable révolution dans la qualité de ces rapports et un véritable sens des responsabilités. Nous ferons en ce qui nous concerne le nécessaire pour qu'il en soit ainsi.

A défaut, je ne suis pas convaincu que l'on ne découvrira d'ici quelques années les effets pervers de cette évolution qui avant tout contribue à déresponsabiliser l'individu et à dévoyer au profit de quelques organisations les mécanismes démocratiques, aggravant par là même l'une des évolutions tendancielles des sociétés occidentales.

Enfin, pour en terminer avec les motifs d'inquiétude que nous observons de la part des acteurs du marché locatif, et sans entrer plus avant dans les nombreux mécanismes rigides lourds et peu patricables de cette loi, je me bornerai à attirer votre attention sur le bel arsenal répressif prévu par ce texte à l'égard des bailleurs.

Il ne s'agit pas ici, je le répète, de faire un réquisitoire contre la loi mais d'ouvrir les yeux et d'observer sereinement les réactions qu'elle suscite, ce que peut faire une organisation comme la nôtre, au travers de 3 600 administrateurs de biens et 5 800 agents immobiliers gérant et intervenant sur la moitié du parc locatif privé national.

Lorsque nous sommes intervenus dans le débat au cours de l'élaboration de ce texte, nous nous sommes battus avec toute l'énergie d'une profession de praticiens qui voient fabriquer sous leurs yeux, avec les meilleures intentions, une machine infernale qui va détruire leur marche et se retourner contre les objectifs du pouvoir.

A la suite d'un combat parfois forcené dans lequel nous avons, avec d'autres, engagé toutes nos forces, le texte voté est, il faut le dire, bien meilleur que la mouture initiale, élaborée avec moulte précipitation, et dont la dimension militante avait totalement occulté la gravité des arbitrages en jeu.

Malgré le sérieux de ce travail parlementaire et le désir du ministre de rapprocher le texte des réalités sociales et économiques, je n'ai pas le sentiment – et les événements le confirment – que nous sommes parvenus à éviter que l'on fasse un texte qui se trompe de cible en visant principalement les petits bailleurs particuliers alors qu'il s'agissait surtout de régler les rapports locatifs dans les grands ensembles.

Je n'ai pas le sentiment que l'on ait fait véritablement un texte pour protéger tous les locataires y compris les futurs candidats à la location, les jeunes, les ménages qui seront demain à la recherche d'un logement.

Je crains qu'au contraire, comme toujours en matière de réglementation des rapports locatifs, l'on ait légiféré au profit exclusif des locataires en place, au détriment des autres.

La véritable protection que peut offrir une législation locative aux locataires, c'est de leur garantir une offre abondante de locaux à louer, seul moyen efficace de peser sur les loyers et de garantir le choix des candidats à la location par la concurrence entre bailleurs.

Pour cela, on ne peut se payer le luxe de faire l'impasse sur les mécanismes élémentaires qui régissent l'offre de logements.

Tout le reste n'est que doctrine dangereuse ou dramatique inconscience.

En conclusion, on est en droit de s'interroger : les choses sont-elles irrémédiables ?

Non je ne le pense pas. Si l'on y met le prix, les mêmes principes qui ont gelé l'offre pourront la stimuler à nouveau, les mêmes dispositions qui ont perverti le jeu du marché pourront à nouveau laisser à ce marché jouer son rôle de régulateur.

Certains veulent fonder tous leurs espoirs dans une vaste campagne d'explication de la loi. Je souhaite que cela suffise, mais il serait malhonnête de ma part de vous dire que j'y crois. Pourtant nous participons pour notre part à cette campagne.

L'application du texte qui sera faite par les tribunaux revêtira en revanche la plus grande importance sur le comportement du marché. Devra-t-on notamment pour obtenir un droit accordé par la loi subir une procédure longue et aléatoire ?

Mais nous n'aurons pas la réponse à cette question avant plusieurs années.

La façon dont fonctionneront les rapports collectifs prévus par le texte, l'attitude des partenaires et celle du troisième « larron », le gouvernement, seront elles aussi bien évidemment importantes à l'égard du retour de la confiance.

Mais je crains que tout cela, au mieux ne suffise pas, et que des mesures positives s'imposeront, à la fois concrètes comme des incitations fiscales à l'investissement immobilier locatif, mais aussi symboliques, en marquant l'intention du gouvernement de ne plus pénaliser l'épargne investie dans l'immobilier locatif.

Enfin et surtout, nous nous devons de raisonner à moyen terme et nous ne devons pas exclure qu'il faille envisager d'ores et déjà une modification de la loi sur certains points clefs bloquant actuellement l'offre.

C'est dans ce sens que travaille la F.N.A.I.M. en mettant au point des propositions réalistes qui, sans remettre en cause un texte législatif s'imposant désormais à tous malgré ses lourdeurs, permettront sans doute de débloquer une situation qui risque de prendre un caractère dramatique si l'on n'y remédie pas pendant que tout est encore possible.

LES NOUVEAUX RAPPORTS ENTRE PROPRIÉTAIRES ET LOCATAIRES

par Joseph MARRO,
Président de l'Union Nationale de la Propriété Immobilière

Je me réjouis que la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille ait organisé, avec notre concours actif, dans le cadre prestigieux qui est le sien, une telle manifestation sur le thème : « Les nouveaux rapports entre propriétaires et locataires ».

Mes premiers mots iront naturellement à M. le Doyen Boulan pour le remercier vivement, ainsi que ses collaborateurs, d'avoir accepté qu'un tel sujet qui intéresse la majeure partie de l'opinion publique puisse être traité avec sénérité et dans l'évident souci de rendre un service à tous ceux qui devront travailler au regard des dispositions de la loi du 22 juin 1982.

Le mérite de ce colloque est d'autant plus grand que le sujet est délicat et complexe.

D'une part, il est délicat car chacun d'entre nous a en mémoire le fait que l'histoire du projet de loi banalisant les rapports entre locataires et bailleurs a été tumultueuse, parfois passionnelle ; j'observerai à cet égard que la dépense d'énergie occasionnée à cet effet était utile pour la clarté des débats et, en définitive, pour la démocratie. En ce qui nous concerne, nous devions défendre âprement nos convictions et nos positions. C'est ce que nous avons fait. J'ose dire que c'était normal.

D'autre part, ce sujet est complexe : la loi du 22 juin 1982 innove. C'est le moins que l'on puisse affirmer. Je serais même tenté d'ajouter qu'elle introduit une sorte de révolution – au sens propre du mot – dans le contrat de louage.

Nous n'avons pas fini d'en mesurer les conséquences et même de les supposer. D'où l'intérêt d'ailleurs évident de notre colloque. Pour notre part, nous estimons que cette loi est porteuse de conflits potentiels. L'avenir nous dira si notre appréhension se justifie.

Enfin, ce sujet nous intéresse tout particulièrement. Nous serons l'un des acteurs de cette loi. Les propriétaires bailleurs qui, je le rappelle, sont au nombre de 2 500 000 devront l'appliquer. Cela ne sera pas facile d'autant plus que la loi du 22 juin conduit les propriétaires à changer de mentalité, d'habitudes et leur imposera un surcroît de contraintes.

Au regard de cette perspective nouvelle, je souhaiterais en quelques mots souligner la nature des problèmes auxquels nous devons faire face. Il ne s'agit pas ici de critiquer le texte de la loi. Notre position est connue. Je l'ai rappelée à notre Congrès de Lille : cette loi ne nous satisfait pas, mais elle fait partie aujourd'hui de notre législation. Nous devons donc l'appliquer dans les meilleures conditions afin que, d'une part nous puissions mieux loger les Français, d'autre part notre patrimoine ne se dégrade pas.

Ces éléments m'autorisent à m'interroger sur quelques questions touchant tant l'aspect juridique que l'aspect économique car il est évident qu'une telle loi a des conséquences économiques importantes.

I – Au niveau du droit.

Naturellement, je n'entrerai pas dans le détail sachant que nous sommes réunis pour tenter de trouver des solutions aux multiples problèmes qui se posent.

Pour ma part, je considère d'une façon générale que la loi du 22 juin 1982 n'assure pas l'équilibre tant recherché par ses promoteurs et ceci parce que le texte a un caractère dogmatique, formaliste et collectif.

A – Le dogmatisme.

Je n'épiloguerai pas sur le fait que l'on a prétendu que les rapports entre propriétaires et locataires étaient mauvais et que cette situation nécessitait l'irruption d'un nouveau droit régissant ces relations.

Je dirai que celles-ci étaient généralement bonnes. Différents sondages l'ont d'ailleurs démontré.

Je constate également que cette loi est dogmatique :

– d'une part, elle renferme des affirmations de principes qui relèvent davantage de l'intention que d'une disposition de droit positif immédiatement applicable ;

– d'autre part, l'ensemble des dispositions contenues dans le Titre II de la loi démontrent un certain parti pris pour une des composantes de l'équilibre ;

– en troisième lieu, la plupart des mesures retenues sont d'ordre public ;

– en quatrième lieu, on assiste à un éclatement du droit du contrat de louage, notamment au regard des dispositions toujours en vigueur du Code Civil : élément qui n'introduit pas une clarté certaine dans notre législation.

B – Le formalisme.

La loi du 22 juin 1982 procède d'un formalisme évident, tant en ce qui

concerne l'élaboration du contrat de location, les clauses impératives qui doivent y figurer, que la protection donnée à certains locataires et l'information qui doit lui être fournie.

Nous aurons l'occasion de revenir sur ces propos tout au long de notre journée mais ce que je peux avancer d'ores et déjà est que le principe selon lequel « la convention entre les parties est la loi » est aboli au profit d'un dirigisme (notamment en matière de délai) dont seul le locataire peut se dégager.

Un exemple particulièrement significatif d'un tel formalisme est la suppression du caractère automatique des clauses de résiliation, ce qui est grave, car la liberté en ce domaine n'existant plus, le propriétaire soucieux de son patrimoine peut s'interroger sur celui à qui sera loué son appartement.

C – Le collectif.

Enfin, et surtout, la loi inaugure dans le domaine qui est le nôtre les relations collectives du monde du Travail, sans pour autant laisser à ces relations collectives une liberté générale de négociation.

D'une part, on peut douter du parfait parallélisme existant entre le secteur locatif et le domaine propre au Code du Travail. Il est facile même de ne pas accepter cette thèse. Pourquoi le propriétaire doit-il être assimilé à un patron et le locataire à un salarié ? Où se trouve le lien de subordination ?

D'autre part, les négociations qui s'y dérouleront, notamment celles relatives à tout ce qui touche les loyers sont biaisées par une série de règles de butoir que seul l'Etat peut utiliser.

De nombreuses difficultés vont apparaître et qui se traduiront véritablement par des séries de conflits dont on reparlera dans quelques instants.

Des difficultés concernant les négociations, les compétences des Commissions instituées par la loi, l'extension d'un éventuel accord par le Gouvernement, l'incertitude dans laquelle se trouve placé le propriétaire sur les augmentations éventuelles de loyers qu'il ne pourra plus maîtriser lui-même, la création d'une sorte de para-juridiction départementale dont les avis devront être portés à la connaissance du Juge.

Cette « formation de conciliation » pour reprendre les termes de l'article 34 peut-elle être assimilée à une juridiction ? Si la réponse est positive, peut-on imaginer qu'un décret en définisse les modalités et le fonctionnement ?

Je crois que sur ce plan, nous découvrirons au fur et à mesure que le temps passera des quantités de questions assez difficiles à résoudre.

II – Au plan économique.

Je sais que ce colloque traitera surtout des questions juridiques découlant de la loi du 22 juin 1982, mais eu égard à mes fonctions, je ne peux pas ne pas

évoquer les problèmes économiques, en premier lieu parce qu'ils sont réels, en second lieu parce qu'un propriétaire, s'il doit connaître le droit, ne peut méconnaître l'équilibre de sa gestion et donc les capitaux qu'il engagera éventuellement pour l'amélioration du service qu'il offre, en troisième lieu parce que l'exposé des motifs du projet, ainsi que le débat parlementaire, ne les ont pas passés sous silence.

A – Le véritable enjeu.

J'ai rappelé dernièrement qu'un bail, si équilibré, si parfait soit-il, n'entraînera jamais l'apport sur le marché d'un logement ou la décision d'améliorer, voire d'entretenir.

Je veux dire par là que la véritable question qui se pose est de savoir comment mieux loger les Français pour qu'ils aient un véritable choix dans le secteur locatif et que partant de ce point de vue les propriétaires ne peuvent rester indifférents aux questions qui se posent.

Je crois d'ailleurs utile de citer une phrase du Ministre de l'Urbanisme et du Logement, prononcée le 12 janvier lors de l'ouverture du débat parlementaire à l'Assemblée Nationale : « La rentabilité normale doit être assurée aux investisseurs et aux épargnants, la satisfaction à court terme d'un certain nombre de revendications légitimes des locataires ne doit pas se faire au détriment de l'investissement locatif et au prix d'un désinvestissement de l'immobilier dit « de rapport », les conséquences en seraient néfastes à long terme pour les locataires ».

La véritable question est là et l'interprétation juridique qui se dégagera de ce colloque sera en relation directe avec les paroles de sagesse prononcées par le Ministre.

B – Conséquences économiques de la loi.

Chacun connaît l'état du marché locatif actuellement. Je n'y reviendrai pas. On peut le déplorer, mais c'est un fait. Pour être juste, je crois devoir observer que cette situation n'a pas pour unique cause la loi du 22 juin 1982. D'autres existent : l'atmosphère générale, la perte de confiance, l'alourdissement très fort de la fiscalité, l'obligation pour les propriétaires d'être très prudents.

Il n'en reste pas moins que la loi du 22 juin 1982 est un élément important de la détérioration de notre secteur d'autant plus que, depuis sa promulgation et pour ce qui touche son Titre IV, elle n'a pu être appliquée pour cause de loi de blocage des prix et des revenus du 30 juillet 1982.

Les conséquences sont d'autant plus regrettables que nul ne nie aujourd'hui la décroissance de la rentabilité locative et l'absence des plus-values dont la moyenne, nette, est égale à zéro.

C – Notre position.

Le retour à la confiance est indispensable.

Nous avons manqué un premier rendez-vous avec les contraintes juridiques trop grandes imposées par la loi Quilliot.

Nous avons manqué un second rendez-vous avec les logements vacants auxquels n'a pas été accordée – sauf conditions rarissimes – la liberté des loyers.

N'en manquons pas un troisième lors des négociations qui s'engageront prochainement.

Dans cette perspective, notre position est claire : reconstituer nos marges, équilibrer notre gestion afin de dégager un profit qui nous permettra d'investir à nouveau, soit dans la construction, soit dans l'amélioration et l'entretien.

Je crois que c'est à ce prix, indépendamment des problèmes économiques qui font partie intégrante de la loi du 22 juin 1982, que l'on saura si les mécanismes introduits dans ce texte permettront ou non d'assurer nos fonctions.

LE DOMAINE D'APPLICATION DE LA LOI QUILLIOT

par Jean-Louis BERGEL,
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III,
Directeur de l'Institut de Formation et de Recherches
sur l'Evaluation Immobilière

En se fixant pour objectif de « créer un droit à l'habitat où le locataire peut traiter d'égal à égal avec son propriétaire, en particulier pour la fixation des loyers » (R. Quilliot, Exposé des motifs, Projet de loi relatif aux droits et obligations des locataires et des bailleurs, Assemblée Nationale, 1ère Session ordinaire 1981-1982, n° 483), le gouvernement a conçu un projet de loi qui, dans son esprit, était d'application générale.

L'article 1er de la loi n° 82-526 du 22 juin 1982 (J.O., 23 juin ; D. 1982, III, 283) en témoigne. Les principes qu'il énonce, le droit fondamental à l'habitat et l'équilibre des droits et obligations réciproques des bailleurs et des locataires dans leurs relations individuelles comme dans leurs relations collectives, valent, à l'évidence, pour tous les secteurs locatifs. Encore faut-il souligner que n'est concerné que le secteur du logement, conçu d'une manière extensive puisque l'article 2 de la loi précise que celle-ci s'applique « aux locations de locaux à usage d'habitation ou à usage mixte professionnel et d'habitation » ainsi qu'à leurs accessoires.

Le caractère impératif du but poursuivi par le législateur et des moyens mis en œuvre pour l'atteindre se manifeste également dans l'article 2 de la loi selon lequel les dispositions de celle-ci sont « d'ordre public ». Il doit alors en résulter que la loi doit s'appliquer non seulement aux contrats conclus postérieurement à son entrée en vigueur, mais aussi aux contrats en cours lors de celle-ci.

C'est dire que la philosophie de la loi Quilliot implique que son domaine d'application soit tout à fait général aussi bien quant à son objet que dans le temps. Or, dans la législation antérieure, il existait cinq régimes juridiques différents susceptibles de s'appliquer aux baux d'habitation : le régime des H.L.M., celui de la loi du 1er septembre 1948, celui des logements ayant bénéficié de primes ou de prêts du Crédit Foncier, celui des logements conventionnés au titre de l'Aide au Logement et enfin celui de droit commun applicable au secteur libre. Les régimes spéciaux comportaient, à des titres divers, de très nombreuses dispositions très protectrices des locataires. Aussi, n'est-ce que dans le secteur libre que, bien que sa liberté soit déjà « surveillée »,

il paraissait nécessaire de protéger les locataires plus que ne le faisait le Code civil et de résorber des déséquilibres dénoncés, souvent bien au-delà des réalités, entre propriétaires et locataires. C'est ainsi que, comme le démontre l'examen des textes, seul le « secteur libre », représentant environ 3 800 000 logements, soit un peu plus de 50 % du parc locatif français, est soumis à l'ensemble des dispositions de la loi Quilliot. Quant aux immeubles soumis aux autres régimes que la loi n'a pas abrogés et dont bien des dispositions étaient d'ores et déjà plus favorables aux locataires, la loi du 22 juin 1982 ne leur est que partiellement appliquée, dans la mesure où ils restent, à bien des égards, régis par les dispositions qui leur sont propres. Par ailleurs, échappent à la loi nouvelle des locaux qui ne constituent pas de véritables logements ou dont la jouissance n'est pas issue d'un contrat de location proprement dit.

Quant au champ d'application de la loi dans le temps, s'agissant d'un texte d'ordre public, il ne pouvait qu'être déterminé, en tenant compte des inconvénients qu'aurait engendrés son application immédiate aux contrats en cours, par des dispositions transitoires. Ainsi, la généralité du domaine d'application que secrétait la philosophie globale de la loi Quilliot se heurtait-elle à de nombreuses exigences juridiques et pratiques. Elle devait, dès lors, être tempérée.

Partant du principe de la généralité d'application et de la loi érodé par de multiples restrictions, le domaine d'application de la loi Quilliot mérite une attention particulière car sa définition est en fin de compte d'une grande complexité et parce que le caractère impératif de ses dispositions confère la plus grande importance à leur mise en jeu ou leur exclusion. Aussi faut-il préciser d'une part le champ d'application matériel de la loi (I) et d'autre part son champ d'application dans le temps (II).

I – Le champ d'application matériel de la loi.

Partant de la diversité et de la disparité des législations antérieures applicables aux H.L.M., aux immeubles encore soumis à la loi du 1er septembre 1948, aux logements ayant bénéficié de primes ou de prêts du Crédit Foncier, aux logements conventionnés et au secteur libre, le vœu du législateur a été, au départ, d'en réaliser l'unification par une réglementation générale des droits et obligations des locataires et des bailleurs. Mais, contraint par sa volonté d'accroître la protection des locataires qui l'empêchait de porter atteinte à des dispositions plus protectrices des régimes spéciaux et confronté aux difficultés techniques d'une refonte de ces réglementations, le législateur a dû les laisser subsister. Sa volonté d'unifier le droit des baux d'habitation s'est donc effondrée devant les contingences pratiques. La disparité de jadis demeure, même si les dispositions de la loi du 22 juin 1982 constituent désormais le nouveau droit commun des locations de locaux d'habitation et de locaux à usage mixte professionnel et d'habitation.

Mais de la définition de ce nouveau droit commun destiné à une application générale, il faut soustraire les nombreuses exclusions exceptionnelles qu'en prévoit la loi.

A – La généralité du champ d'application de la loi Quilliot résulte de son article 2, 2e al. - 1 : Les dispositions de la présente loi « ... s'appliquent aux locations de locaux à usage d'habitation ou à usage mixte professionnel et d'habitation, ainsi qu'aux garages, places de stationnement, jardins et autres locaux, loués accessoirement au local principal par le même bailleur ». La loi est ainsi destinée à régir les locations de locaux à usage d'habitation conçus de la manière la plus extensive et indifférenciée.

a) La loi doit s'appliquer aussi bien à la location des *locaux principaux* qu'à celle de leurs *accessoires.*

1) Quant aux locaux principaux soumis par l'article 2, al. 1 à la loi, ce sont aussi bien les locaux à usage exclusif d'habitation que les locaux à usage mixte professionnel et d'habitation. Le domaine d'application de la loi Quilliot est ainsi plus large que celui qui avait été retenu auparavant dans une proposition de la loi déposée en juin 1979 sur le bureau de l'Assemblée Nationale par le groupe communiste et dans un projet de loi déposé par le précédent gouvernement en septembre 1980 qui n'ont jamais abouti mais qui s'étaient limités aux locations à usage exclusif d'habitation. Il est néanmoins, à cet égard, plus restreint que celui de la loi du 1er septembre 1948 qui régit des locaux d'habitation ou à usage professionnel.

– Sont ainsi visés d'abord les *locaux à usage exclusif d'habitation* : c'est le droit à l'habitat que le législateur a voulu consacrer. Il s'agit évidemment des *résidences principales* ; les *résidences secondaires* sont également soumises à la nouvelle loi. Le Sénat avait souhaité que la loi ne s'applique pas aux logements d'agrément quelle que soit la durée de leur location, même loués à l'année. L'intérêt social qui s'y attache est moins évident que pour les résidences principales et la nécessité de protection du locataire moins aiguë. Mais l'Assemblée nationale ne s'est pas laissée convaincre. Les « locaux de plaisance » ont été maintenus dans le domaine de la loi dont seules sont exclues « les locations à caractère saisonnier » (voir *infra*).

Les *locaux à usage mixte professionnel et d'habitation* entrent expressément dans le domaine de la loi : ils comportent l'habitation de leur occupant et c'est le droit à l'habitat que la loi veut protéger. Cette attraction du caractère professionnel des lieux vers l'affectation à usage d'habitation, au nom de la protection du secteur du logement, n'est pas originale. Les locaux à usage mixte professionnel et d'habitation bénéficient déjà de la législation renforcée du secteur protégé dans les ventes d'immeubles à construire (art. L. 261-10, C.C. Hab.) ou de la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier (art. 1er, loi n° 79-596 du 13 juillet 1979)... En revanche, les locaux à usage strictement professionnel échappent à la loi du 22 juin 1982.

Encore faut-il déterminer ce qu'il faut entendre par locaux à usage mixte professionnel et d'habitation. On reteindra alors la définition qu'en donne, pour les autorisations administratives de changement d'affectation de locaux d'habitation, l'article L 631-7 C.C. Hab. : ce sont les locaux dans lesquels est exercée « dans une partie du local d'habitation, une profession qui ne peut à aucun moment revêtir un caractère commercial, si ces locaux constituent en même temps la résidence » du locataire. Des locaux à usage commercial ou artisanal et d'habitation sont donc exclus du champ d'application de la loi Quilliot. En outre, l'importance respective de l'usage d'habitation et de l'usage professionnel, si elle n'est pas déterminante, ne peut être négligée. L'application de la législation des logements ne se conçoit que si la partie affectée à l'habitation n'est pas symbolique. Une seule pièce d'habitation dans un grand appartement ne devrait pas empêcher de le considérer comme à usage professionnel, à moins de permettre ainsi des manœuvres destinées à détourner la loi de son objet.

2) La loi Quilliot régit aussi *les accessoires des locaux principaux.* Reprenant la rédaction élaborée par le Sénat, la loi prévoit qu'elle s'applique aussi « aux garages, places de stationnement, jardins et autres locaux loués accessoirement au local principal par le même bailleur ».

Si ce n'est là en apparence qu'une application du principe selon lequel l'accessoire suit le principal, il faut néanmoins noter le caractère extensif de cette disposition par rapport à celle de l'article 2 de la loi du 1er septembre 1948. Les dispositions de la loi de 1948 ne s'appliquent pas aux garages ou remises à usage de garage loués accessoirement aux locaux qu'elles régissent et situés dans des immeubles collectifs ; ainsi, sous l'empire de ce texte, les garages ou remises peuvent nonobstant le caractère indivisible de la location être repris par le propriétaire à partir de l'expiration du bail ou restitués aux termes d'usage à celui-ci par le locataire en cours de bail... Cette disparité de la loi du 22 juin 1982 et de la loi du 1er septembre 1948 qui, bien que moins favorable au locataire sur ce point, va subsister peut impliquer quelque difficulté. Mais lorsqu'elle a vocation à s'appliquer, ce sont les dispositions de la loi de 1948, texte dérogatoire au droit commun, qui doivent s'appliquer par préférence au texte général que constitue désormais la loi Quilliot.

Encore faut-il, pour que la loi du 22 juin 1982 leur soit applicable, que les locaux accessoires qu'elle vise soient réellement les accessoires du local principal. Ceci suppose des éléments objectifs et des éléments subjectifs que le Sénat a bien voulu préciser. Si les locaux en question doivent être, matériellement et dans l'intention des parties, les accessoires du local principal, encore faut-il aussi qu'ils soient loués au locataire par le même bailleur. Mais, il semble alors, bien que la loi n'ait pas cru devoir l'indiquer expressément, qu'il importe peu que ces locaux aient ou non fait l'objet d'un acte séparé (Rapport P. Pillet, Sénat 2e Session ordinaire, 1981-1982, n° 239, Tome 1, p. 17), dès lors qu'ils apparaissent bien comme les accessoires du local principal.

– La détermination des immeubles ainsi régis par la loi du 22 juin 1982 étant faite, il convient de noter qu'ils lui sont soumis, sous réserve des excep-

tions qui seront étudiées ci-dessous, de manière tout à fait générale et indifférenciée.

b) La loi ne distingue pas, en effet, malgré les tentatives en ce sens de l'opposition et du Sénat lors de son élaboration, entre les communes où sont implantés les locaux loués, entre les différentes catégories auxquelles ils appartiennent, ni entre les qualités différentes des bailleurs.

– La loi s'applique partout, y compris dans les plus petites localités, ne comptant parfois que quelques habitants où le marché du logement est, sinon inexistant, du moins des plus étroits, où les rapports bailleurs-locataires sont très différents de ce qu'ils sont en milieu urbain et où l'application de la loi, probablement à la fois sans intérêt et excessivement contraignante, risque de stériliser les rares possibilités de logement. Le législateur de 1948 avait saisi le particularisme de ces petites bourgades ; la loi du 1er septembre 1948 ne s'appliquait pas aux communes de moins de 4 000 habitants. Le Sénat, voulant s'inspirer de cet exemple, avait, lors de la première lecture, écarté du domaine de la loi des locaux situés dans les communes dont la population est inférieure à 2 000 habitants éloignées de plus de 5 kilomètres à vol d'oiseau des communes dont la population totale est supérieure à 10 000 habitants. Il n'a pas été suivi sur ce point. Certains auteurs le regrettent (P. Lancereau, « Le projet de loi relatif aux droits et obligations des locataires et des bailleurs. Des amendements nécessaires », Gaz. Pal., 13-14 janvier 1982, p. 6).

– La loi du 22 juin 1982 s'applique aussi à toutes les catégories de logements, aussi bien à des logements de grand luxe qu'à des logements très modestes, alors que la nécessité de protection des locataires ne s'y manifeste pas de la même manière. On a pu dire qu'on allait assister « à des situations abusives et cocasses de locataires P.D.G. ou grand commerçant protégés contre la veuve propriétaire » (P. Lancereau, *ibidem*). La loi régit aussi indistinctement les immeubles de dimensions modestes et les grands ensembles immobiliers alors que si, pour ces derniers, une organisation des rapports entre bailleurs et locataires paraissait nécessaire, elle risque d'être inutile et fastidieuse dans de petits immeubles (C. Giverdon, « Le projet de loi relatif aux droits et obligations des locataires et des bailleurs... », J.C.P., 1982, I, 3065, n° 116).

La loi Quilliot régit enfin indistinctement tous les rapports locatifs qui en dépendent, sans distinguer entre les grands investisseurs immobiliers et les petits propriétaires personnes physiques. Or les bailleurs institutionnels et les bailleurs occasionnels ont des perspectives et des comportements bien différents. Entre le particulier, petit propriétaire, et son locataire, l'équilibre des forces était déjà le plus souvent respecté. Ce n'est qu'en face d'importantes personnes morales, de gros investisseurs, que le locataire était réellement désarmé et qu'une protection importante des locataires s'imposait. Les moyens mis en place pour cette protection quant aux rapports collectifs bailleurs-locataires, quant au renouvellement du bail, quant au mode d'évolution des loyers, quant à la forme du contrat et à l'information des locataires...

peuvent paraître inadaptés aux petits propriétaires alors qu'ils s'imposaient face à de grosses sociétés (En ce sens, P. Lancereau, *ibidem*). Or, il y avait en 1979, en France, environ 2 640 000 bailleurs personnes physiques possédant 52,5 % du parc locatif et parmi lesquels 72 % ne sont propriétaires que d'un seul logement locatif. Peut-être eut-il été plus judicieux de ne pas soumettre ceux-ci et les grands investisseurs à des contraintes identiques, alors que ces petits propriétaires ne perçoivent que des revenus modestes et ont du mal à entretenir leurs immeubles et alors que la protection des consommateurs n'est guère conçue, en Droit positif, que face aux professionnels.

Tel n'a pas été le sentiment du législateur qui a conçu le domaine d'application de la loi du 22 juin 1982 de la manière la plus générale et la plus extensive. Mais il s'est néanmoins cantonné à la protection du logement au sens large mais plein de ce terme et a dû restreindre l'application de la loi pour tenir compte de l'existence des diverses législations spéciales.

B – Les restrictions du champ d'application de la loi résultent des exclusions totales de celle-ci que prévoit l'article 2 et de l'éviction partielle de certaines seulement de ces dispositions pour certaines catégories de locaux par les articles 75 et 77.

La loi Quilliot constituant désormais le droit commun des baux à usage d'habitation et à usage mixte d'habitation et professionnel, toutes ces exceptions devront être d'interprétation stricte.

a) Les exclusions totales du domaine d'application de la loi sont énumérées par l'article 2. Elles sont, en définitive, le résultat d'une navette parlementaire alimentée par de nombreux points de désaccord entre l'Assemblée Nationale et le Sénat. Mais il y a entre ces différentes exclusions un lien incontestable. Elles résultent toutes des limites naturelles qu'imposait la définition du domaine d'application de la loi. L'idée générale en est que la loi du 22 juin 1982 ne peut s'appliquer à des situations qui ne sont pas directement, complètement et de manière autonome issues ou objet d'un *véritable contrat de location* d'un *logement au sens propre.* Dans ces différents cas, les opérations visées eussent été incompatibles avec nombre de dispositions de la loi.

1) Sont d'abord exclues du domaine de la loi des opérations juridiques qui ne correspondent pas à un véritable contrat de location.

Tel est le cas pour les « *logements attribués en raison de l'exercice d'une fonction ou de l'exécution d'un contrat de travail* ». Le logement n'est alors que l'accessoire d'une fonction ou d'un contrat de travail. Il n'y a pas de contrat de location entre le propriétaire et l'occupant dont il serait l'objet principal. Il ne serait pas possible dès lors de soumettre de tels locaux aux dispositions de la loi Quilliot, notamment à celles concernant la durée du bail ou les loyers.

La loi n'est pas non plus applicable « aux *locations consenties dans le cadre d'un contrat constituant un mode d'accession à la propriété* ». Cette

exclusion trouve sa source dans une modification du projet par le Sénat, désireux d'exclure du domaine de la loi « les contrats de location vente et les contrats de location assortis d'une promesse de vente[1] ». La commission mixte paritaire a substitué la formule employée par l'article 2 à celle qu'avait proposée le Sénat. C'est plus générique, peut-être plus large que l'énoncé des deux hypothèses qui étaient seules envisagées et qui s'y trouvent incluses. L'esprit de cette exclusion est ainsi mieux traduit dans la loi, même si sa précision risque d'en souffrir. Les contrats concernés ont en effet des caractères spécifiques du fait de l'option d'achat conférée au locataire et qu'il peut lever après un délai plus ou moins long, et parce que le loyer ne correspond pas alors seulement à la valeur locative du logement concerné mais inclut pour partie des sommes correspondant à la valeur en capital de ce bien. Leur objet n'est d'ailleurs pas une simple location mais également une faculté d'achat.

Les « *locations à caractère saisonnier* » sortent aussi du domaine de la loi. Ceci est parfaitement naturel car elles ne constituent pas exactement un bail au sens strict en raison de leur brièveté, de leur instabilité et par l'agencement des lieux. Elles n'ont pas pour objet le logement du locataire, au sens plein de ce terme. Elles sont d'ailleurs incompatibles avec les exigences de la loi, particulièrement avec celles sur la durée minimale impérative des contrats de location.

2) L'application de la loi est exclue également dans des situations qui n'ont pas pour objet exclusif le logement, voire aussi l'activité professionnelle des intéressés, et qui ne s'appliquent pas à des logements, avec l'autonomie et la permanence que cela implique.

Echappent ainsi à la loi Quilliot « *les logements foyers* régis par la loi n° 75-535 du 30 juin 1975... et ceux accueillant à titre principal des travailleurs migrants ». Ce sont des établissements à caractère social et médico-social « qui assurent le logement dans des immeubles comportant à la fois des locaux privatifs et des locaux communs meublés ainsi que, le cas échéant, diverses prestations annexes telles que blanchissage, services de soins ou services socio-éducatifs moyennant une redevance » (Voir Art. R. 351-55 C.C. Hab.). Il est apparu que du fait de leurs caractéristiques et de leur régime très particulier, ces logements-foyers destinés notamment aux personnes âgées ou handicapées, aux jeunes travailleurs, aux travailleurs migrants ou aux étudiants ne pouvaient être soumis à la loi du 22 juin 1982, même s'il pouvait paraître souhaitable de faire bénéficier les habitants de sa protection.

En revanche, la volonté du Sénat de soustraire à la loi Quilliot les « Unités-retraite » n'a pas triomphé. Il s'agit d'immeubles en copropriété destinés exclusivement à des personnes en retraite et qui ont pour particularité que les copropriétaires y bénéficient de nombreux services collectifs comme la res-

1. Voir en sens contraire, M. Vion, « Champ d'application et entrée en vigueur du nouveau statut des rapports locatifs », Rep. not., Defrénois, 1982, p. 1 105 et s., n° 8 : « Un bail simplement assorti d'une promesse de vente... devrait... respecter le nouveau statut du contrat de bail ».

tauration ou des soins médicaux. Or les acquéreurs de ces locaux en font souvent l'acquisition avant leur départ à la retraite et, d'ici là, les mettent en location pour en couvrir les frais. Bien qu'il eût été utile d'exclure ces locaux des exigences de la loi Quillot, principalement pour en éviter l'exigence d'une durée minimale des baux, l'Assemblée Nationale ne s'est pas laissée convaincre. Les locations consenties dans ces « Unités-retraite » sont donc soumises à la loi du 22 juin 1982.

L'article 2 de la loi prévoit que ses dispositions ne s'appliquent pas, en revanche, « aux *locations de chambres meublées* faisant partie du logement occupé par le bailleur ou, en cas de sous location, par le locataire principal ». Cela vaut, quels que soient les occupants de ces chambres meublées, alors que seules les chambres louées à des étudiants étaient initialement visées par cette exclusion. Sont donc soustraites à la loi des locations par le propriétaire résidant dans les lieux ou les sous-locations par le locataire principal, lorsqu'il est, expressément et par écrit, autorisé à sous-louer (art. 15), portant sur des chambres meublées faisant partie de son logement. Il s'agit bien souvent de chambres, de service par exemple, situées à un autre étage ou dans une autre partie du bâtiment que celle où le bailleur a son logement. Bien que ces chambres soient alors physiquement détachées de l'habitation principale, elles n'en sont pas moins juridiquement un élément ou un accessoire. Echappent donc à la loi les locations ou sous-locations de chambres, à condition qu'elles soient meublées, aussi bien quand elles sont incluses dans l'appartement du bailleur ou du locataire principal que lorsqu'elles lui sont extérieures. Le texte primitif précisait qu'il s'agissait des chambres « faisant partie intégrante » du logement. On a souligné à juste titre que cette expression était ambiguë (C. Giverdon, *op. cit.*, n° 10 ; P. Pillet, Rapport Sénat, 2e session ordinaire, 1981-1982, n° 332, T. I., p. 8) et c'est pour cela que le mot « intégrante » a été supprimé dans le texte définitif. Du fait de l'utilité de ces locations de chambres meublées à de nombreuses catégories d'intéressés, dont les étudiants, il convenait d'en favoriser la possibilité sans les subordonner à des conditions incompatibles avec leur objet, telles que la durée minimale exigée par la loi ou un droit au renouvellement au profit de leurs bénéficiaires.

Enfin, la loi du 22 juin 1982 ne s'applique pas « aux *locaux meublés dont les bailleurs exercent la profession de loueur en meublé* définie par la loi n° 49-458 du 2 avril 1949 accordant le bénéfice du maintien dans les lieux à certains clients des hôtels, pensions de famille et meublés ». Le loueur professionnel en meublé est « le bailleur qui loue habituellement pluisieurs logements meublés », au moins deux, « que la location s'accompagne ou non de prestations secondaires, telles que location de linge, nettoyage de locaux, préparations culinaires » (art. 2 loi du 2 avril 1949). Cette définition ne s'applique pas à la personne qui donne en location « une ou plusieurs pièces de sa propre habitation, même isolées ». L'occupation des meublés présente généralement un caractère temporaire si bien qu'ils ne correspondent pas réellement à la notion de logement avec la permanence qui lui est inhérente. Les dispositions de la loi Quilliot eussent donc été difficilement compatibles avec les caractéristiques des locations en meublés d'autant plus que les loyers

de ces locaux peuvent être contrôlés par le pouvoir réglementaire (P. Pillet, Rapport Sénat n° 239, précité, p. 17).

On se rapproche ici des locations déjà régies par des textes spéciaux avec lesquels, dans la mesure où ils subsistent, la loi Quilliot ne peut être compatible qu'au prix de l'élision de certaines de ses dispositions.

b) Certains locaux ne sont que partiellement assujettis à la loi Quillot. Certaines de ses prescriptions ne leur sont pas applicables parce qu'ils sont déjà soumis à des réglementations propres qui continuent à les régir. Ils échappent ainsi soit à des dispositions diverses de la loi en fonction de leurs régimes juridiques spéciaux, soit seulement à la nouvelle réglementation des loyers. C'est ce que prévoient respectivement les articles 75 et 77 de la loi du 22 juin 1982.

1) L'article 75 énumère les dispositions de la loi qui ne sont pas applicables aux logements appartenant aux organismes d'H.L.M. et ne faisant pas l'objet de conventions entre le bailleur et l'Etat en application de l'article L. 353-14 C.C. Hab., à ceux régis par la loi du 1er septembre 1948 et soumis à la surface corrigée, aux logements locatifs conventionnés au titre de l'Aide au logement, à ceux construits à l'aide de primes ou de prêts spéciaux à la construction du Crédit Foncier de France ou de la Caisse Centrale de coopération économique et, enfin, aux « logements loués à titre exceptionnel et transitoire par les collectivités locales ».

Tous ces locaux étant soumis à des règles spéciales, souvent plus favorables aux locataires que celles de la loi Quilliot, l'Harmonisation de ces réglementations et de la loi nouvelle supposait d'éluder certaines dispositions de cette dernière. Mais l'énumération des textes qui leur sont déclarés inapplicables est évidemment limitative. Ces logements sont par ailleurs soumis à toutes les dispositions de la loi nouvelle auxquelles ils ne sont pas expressément soustraits.

L'énumération, dans chaque cas, des dispositions qui sont exclues (Ph. de Belot et J.M. Legrand, « Commentaire de la loi Quilliot », Gaz. Pal., 3 août 1982, pp. 4 et s.) serait ici fastidieuse et sans grand intérêt car leur étude relève de celle des différents titres de la loi auxquels elles se rapportent. On se réfèrera donc directement au texte de l'article 75 (en annexe). On se bornera ici à certaines observations.

Pour les logements H.L.M. non conventionnés, les locaux soumis à la surface corrigée et les logements locatifs conventionnés, l'article 75 déclare notamment inapplicables les règles relatives à la durée du contrat de location (art. 4 et 5), à la résiliation du contrat par le locataire (art. 6), au renouvellement du bail (art. 7), à la contestation des congés (art. 8), aux droits de reprise du bailleur, aux congés donnés par le bailleur en vue de la vente de l'immeuble loué et au droit de préemption du locataire (art. 9 à 12) ainsi qu'à leurs limites (art. 14), au dépôt de garantie (art. 22, al. 1), aux conditions d'exigibilité des charges récupérables (art. 23). Est également exclue l'application à ces logements de textes sur les contrats d'amélioration des logements

(art. 59 et 60) ou concernant la désignation d'un administrateur provisoire en cas de défaillance dans la gestion de logements ayant bénéficié d'aides de l'Etat (art. 66) et les sanctions de certaines infractions à la loi (art. 67 et 68), de même que celle de diverses dispositions, dont la liste varie selon les cas.

Quant aux logements loués à titre exceptionnel et transitoire par les collectivités locales, dont le particularisme n'avait pas été prévu initialement, ils échappent également à diverses règles concernant, par exemple, la forme du contrat de location, sa durée, son renouvellement, sa résiliation, les contrats d'amélioration des logements, le droit de préemption du locataire, les sanctions des irrégularités... qui n'eussent pas été compatibles avec les conditions de leur location. Il existe d'ailleurs des imperfections dans la rédaction de la loi. Les logements loués par les collectivités locales sont soustraits par l'article 75 à l'application du titre XI de la loi alors que l'article 75 fait justement partie de ce titre. Autrement dit, le texte qui prévoit le régime spécial de ces logements se déclare lui-même inapplicable à eux !...

2) L'article 77 de la loi du 22 juin 1982 énumère, quant à lui, les cas auxquels le titre IV de celle-ci relatif à la modération et l'évolution des loyers ne s'applique pas. Sont également soustraits à ces dispositions les logements soumis à la surface corrigée (art. 75 - 2°) et, pour certaines d'entre elles, les logements locatifs conventionnés (art. 75 - 3°).

La réglementation spéciale des locaux soumis à la loi du 1er septembre 1948 dont le loyer est calculé en fonction de la surface corrigée ainsi que la détermination réglementaire périodique de l'évolution de ce loyer ne peuvent évidemment pas se concilier avec le titre IV de la nouvelle loi.

De même, la fixation du loyer initial des logements locatifs conventionnés et des nouvelles locations consenties en application des articles 4 bis, 3 quater, 4 quinquies, voire 3 sexies (lorsque, faisant suite à un bail passé dans les conditions de l'article 3 ter, le logement ne répondait pas lors du contrat aux exigences du décret d'application de l'article 3 sexies) de la loi du 1er septembre 1948 ne peut pas non plus s'accomoder des principes qui gouvernent désormais l'évolution des loyers, dans la loi du 22 juin 1982. Ces textes permettent en effet d'extraire les locaux répondant à leurs conditions du domaine de la loi de 1948 et, notamment, de les faire échapper à la réglementation correspondante des loyers. On ne peut donc appliquer au loyer initial des locations consenties sur leur fondement pour parvenir à un loyer normal les limitations assignées à l'évolution des loyers initialement libres. L'article 79 prévoit néanmoins, par dérogation, que dans les communes de plus de 60 000 habitants, « des décrets pourront fixer le plafond des majorations qui pourront être applicables au loyer initial des nouvelles locations », ce plafond devant « tenir compte des prix pratiqués dans les locaux comparables situés dans un même secteur géographique ». D'autre part, l'article 77 reporte à l'expiration du terme fixé par le contrat de location ou au départ du locataire l'application de la nouvelle réglementation des loyers à ces baux, si bien que l'ensemble de la loi du 22 juin 1982 leur sera alors applicable, si les logements concernés répondent aux conditions prévues dans le Décret d'application de l'article 3 sexies de la loi de 1948.

Il y a donc là une entrée en vigueur différée de certaines dispositions de la loi Quilliot, qui relève de son champ d'application dans le temps.

II – L'application de la loi dans le temps.

Le projet de loi prévoyait que les dispositions de la loi s'imposeraient impérativement aux parties à compter de la date de la publication de la loi ; les propriétaires devaient disposer d'un délai d'un an pour mettre leur contrat en conformité avec les nouveaux textes. Il était également prévu que tout congé donné à compter du 7 octobre 1981 devait être fondé sur un motif sérieux et légitime.

Au fur et à mesure de l'avancement des travaux parlementaires, il est apparu impossible de s'en tenir de manière générale au principe de l'application immédiate de la loi qu'impliquait son caractère d'ordre public. La loi comporte donc certaines mesures transitoires. Si le principe de l'application immédiate subsiste, il comporte d'importantes dérogations.

Conformément au droit commun, la loi est entrée en vigueur à Paris, un jour franc après sa publication au Journal Officiel, donc le 25 juin et, ailleurs, un jour franc après l'arrivée du Journal Officiel à la Préfecture ou à la sous-préfecture.

L'application de certaines dispositions de la loi est cependant subordonnée à la parution d'un Décret en Conseil d'Etat. Il en est ainsi pour la définition des réparations locatives (art. 18), pour celle des charges récupérables (art. 23) ainsi que pour l'organisation des commissions départementales des rapports locatifs (art. 34) et pour celle de la Commission nationale (art. 35). Cette application paraît même suspendue à une autre loi pour fixer les conditions dans lesquelles le juge pourra rejeter les demandes de résiliation du contrat de location pour défaut de paiement du loyer et des charges, si le locataire de bonne foi se trouve privé de moyens d'existence, et les conditions d'indemnisation correspondante du bailleur.

En outre, devant les difficultés qu'aurait engendrées l'application immédiate de la loi aux contrats en cours et devant les retards pris par les travaux parlementaires par rapport aux prévisions initiales, diverses mesures transitoires ont dû être adoptées pour ne pas compromettre le contrôle de l'évolution des loyers.

A – L'application de la loi aux contrats en cours a été organisée sous l'influence, déterminante à cet égard, du Sénat. L'application immédiate de la loi aux contrats en cours aurait eu l'inconvénient de soumettre ceux-ci aux nouvelles dispositions légales avant même d'être mis en conformité avec elles et de bouleverser brutalement les droits et obligations réciproques des parties engendrées par leurs relations préalables. Il convenait donc d'éviter de trop graves perturbations dans les rapports locatifs préexistants.

C'est pourquoi, à l'instigation du Sénat, l'article 71, al. 1 précise que les dispositions du titre II régissant le contrat de location « ne portent pas atteinte à la validité des contrats en cours à la date de l'entrée en vigueur » de la loi. Le titre II, intitulé « du contrat de location », contient les dispositions de forme et de fond régissant ce contrat : sa forme et son contenu, sa durée, le droit au renouvellement, le droit de résiliation du locataire et du bailleur, le droit de reprise, le congé, les obligations réciproques des parties, l'état des lieux, le dépôt de garantie, les charges, les clauses résolutoires, les stipulations interdites... Il résulte de l'article 71, al. 1 que la durée des contrats en cours reste celle qui avait été stipulée que les parties et que le *bail à durée déterminée* doit se poursuivre jusqu'à son terme. Ce n'est qu'à son expiration que les intéressés devront établir un contrat conforme à la loi du 22 juin 1982. Néanmoins, pour les *contrats à durée indéterminée*, il fallait absolument prévoir un délai impératif pour leur substituer un nouveau contrat. L'article 71, al. 3 impose donc, s'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée, d'établir un contrat conforme aux dispositions de la loi à l'issue du délai d'un an à compter de la date de son entrée en vigueur. Il est d'ailleurs précisé que « chacune des parties peut demander l'établissement d'un état des lieux dans les conditions prévues à l'article 21 » et que les dispositions de l'article 22, al. 1 régissant le dépôt de garantie ne sont pas applicables (art. 71, al. 3).

Afin de lever toute ambiguïté à cet égard, le législateur, là encore à l'instigation du Sénat, a nettement indiqué que la substitution au bail initial d'un contrat répondant aux nouvelles exigences légales ne constitue pas un nouveau contrat et n'est que la poursuite des relations contractuelles préexistantes. L'article 71, al. 4 dispose que son établissement « est assimilé à un renouvellement ». Il en résulte que sa durée minimale n'a pas à être celle exigée pour le contrat de location initial par l'article 4 mais seulement celle qu'impose l'article 7 pour les renouvellements, c'est-à-dire 3 ans.

La survie des baux antérieurs signifie-t-elle que, bien que leur contenu soit contraire aux dispositions nouvelles, ils continuent à s'appliquer tels quels et que les prescriptions de la loi Quilliot leur sont inapplicables ? Certains le pensent (Ph. de Belot et J.M. Legrand, *op. cit.*, Gaz. Pal., 7 août 1982, n° 94) et leur opinion est conforme au principe selon lequel les effets d'un contrat sont régis par la loi en vigueur lors de sa conclusion. Il semble, néanmoins, que sans avoir expressément affirmé l'application de la loi nouvelle aux baux en cours, le législateur a voulu que certaines dispositions nouvelles, d'ordre public en raison de leur portée sociale, s'appliquent à ceux-ci, malgré l'affirmation de leur validité (M. Vion, *op. cit.*, Rep. Not. Defrénois, 1982, pp. 1 105 et s., n° 20).

Il apparaît que les baux antérieurs à la loi Quilliot survivent bien à son entrée en vigueur mais que, sur certains points, des dispositions de la nouvelle législation leur sont cependant applicables. Ainsi, sous certaines réserves, le refus de renouvellement du bail pour vendre l'immeuble donne lieu au droit de préemption du locataire et le renouvellement des baux en cours s'effectue dans les conditions prévues aux articles 7, 8 et 10. De même les congés doivent respecter les règles fixées par l'article 17 ; les stipulations réputées non écrites deviennent inefficaces.

D'autre part, l'article 71 in fine impose aux parties de se conformer aux dispositions de l'article 23, sur la définition des charges récupérables, dans le délai d'un an à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi. S'il paraissait indispensable de mettre fin au plus tôt à toute possibilité d'abus à cet égard, un délai était nécessaire pour mettre ce texte en application puisqu'un décret en Conseil d'Etat doit fixer la liste de ces charges. Le texte précise d'ailleurs que « lorsque les charges récupérables n'étaient pas distinguées du loyer, la répartition ne peut être opérée que sur la base des justifications prévues à l'article 24 de la loi ».

Mais si, conformément à la loi nouvelle, le bailleur peut résilier le contrat ou refuser de le renouveler pour se loger et ne pas le renouveler afin de vendre le logement loué, le législateur, soucieux d'assurer une stabilité suffisante aux locataires occupant les lieux lors de l'entrée en vigueur de la loi et d'éviter que le renouvellement de leurs contrats ne se heurte à trop de difficultés, a prévu que « lorsque le locataire occupe le local à la date de l'entrée en vigueur de la loi », les dispositions des articles 9 et 10, relatives au droit de reprise du bailleur pour se loger et au non renouvellement du contrat afin de vendre le logement, « ne sont pas applicables pendant une période de trois ans à compter de la date d'effet du contrat, ou de la date d'entrée dans les lieux en cas de contrat à durée indéterminée ». Pendant cette période, le propriétaire ne peut donc pas exercer les facultés ouvertes par les articles 9 et 10 de la loi. Il est tenu de renouveler le bail alors que, sous l'empire du droit antérieur, il n'eût pas été obligé de le faire.

Comme il semble qu'à partir du Conseil des Ministres du 7 octobre 1981 ayant adopté le projet de loi Quilliot, certains propriétaires inquiets aient notifié à leurs locataires des congés avec refus de renouvellement, le législateur a voulu protéger les preneurs qui étaient l'objet de tels congés.

L'article 73 dispose donc que tout congé notifié à compter du 7 octobre 1981, doit être fondé sur un motif légitime et sérieux ou sur la décision du bailleur de reprendre le logement pour y habiter, dans les conditions de l'article 9 et à condition d'observer le délai minimum de 3 ans auquel l'article 71, al. 2 subordonne toute reprise et tout non renouvellement (voir *supra*). Ce texte a été adopté en dépit de l'opposition du Sénat qui avait manifesté la plus grande réticence devant son caractère rétroactif. Il ne permet pas pour cette période allant du 7 octobre 1981 à l'entrée en vigueur de la loi de reprendre les locaux loués pour les vendre (B. Vial et C. Atias, « Principes généraux du nouveau droit du bail », J.C.P., 1981, (N) I, p. 199, n° 3).

Outre le fait que des congés antérieurs à la loi ne pouvaient être conformes à celle-ci, il n'est pas sûr que l'article 73 ait une réelle utilité car, en présence de tels congés, les locataires qui ont quitté les lieux auraient du mal à y être réintégrés et, s'étant relogés ailleurs, ne le souhaiteraient même pas. Quant à ceux qui se trouveraient encore dans les lieux, ils seraient protégés par les dispositions de l'article 72, si bien que l'article 73 peut également sembler superfétatoire.

L'article 72 vise à protéger *les occupants de bonne foi* en leur permettant de transformer leur situation en un droit locatif.

Le ministre de l'Urbanisme et du Logement avait insisté sur la volonté du gouvernement de « protéger des occupants qui ont toujours respecté leurs obligations et auxquels on a signifié leur congé à seule fin de majorer abusivement les loyers à l'expiration du bail » (V. par ex. P. Pillet, Rapport Sénat n° 332, précité, p. 62).

« Est réputé de bonne foi l'occupant qui, habitant effectivement dans les lieux, exécute les obligations résultant du bail expiré ». L'occupant de bonne foi peut alors exiger du bailleur un nouveau contrat de location conforme à la loi nouvelle, à condition de n'avoir pas fait l'objet « d'une décision d'expulsion devenue définitive ». Cette condition s'imposait pour ne pas permettre de remise en cause de l'autorité de la chose jugée. A cette fin, cette réserve générale ne distinguant pas selon les causes de la décision d'expulsion a été substituée à la formule initiale plus restrictive qui ne prenait en considération que les décisions d'expulsion fondées sur un autre motif que l'expiration du contrat antérieur (P. Pillet, *op. précit.*, p. 63). De plus, le texte se réfère à une « décision devenue définitive » et n'emploie pas la formule : « décision passée en force de chose jugée » ou « ayant acquis l'autorité de la chose jugée ». Il semble donc qu'il prend aussi en considération les ordonnances de référé non frappées d'appel, bien qu'elles n'aient pas, à proprement parler, d'autorité de la chose jugée (Ph. de Bélot et J.M. Legrand, *op. cit.*, n° 98).

La loi permet donc à l'occupant de bonne foi de « demander, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, le bénéfice des dispositions de la loi dans les trois mois suivant sa publication... ». Le propriétaire est alors « tenu, dans les deux mois suivant la demande de l'occupant, de lui proposer un nouveau contrat de location » dans les conditions légales nouvelles, notamment en ce qui concerne le loyer. L'occupant dispose ensuite d'un délai d'un mois « pour accepter ou refuser ce contrat de location ». Mais la loi ne dit pas si ces délais sont prescrits à peine de forclusion. Pour que l'article 72 ait un sens, il faut admettre, semble-t-il, que les occupants de bonne foi ne pouvaient exiger le bénéfice des dispositions de la loi Quilliot que jusqu'au 23 septembre 1982 et que, passé ce délai, ils ne sont plus en droit de le faire.

Cette protection, ce droit de l'occupant, est en outre exclu quand la résiliation ou le refus de renouvellement du contrat par le propriétaire était fondé sur sa décision de reprendre le logement dans les conditions de l'article 9 (pour l'habiter ou le faire habiter par ses proches), le délai de trois ans imposé par l'article 71, al. 2 (Voir *supra*) étant respecté, ou sur un motif légitime et sérieux, tel, notamment, que l'inexécution par le locataire d'une de ses obligations.

Mais, hors ces cas, la loi reconnaît ainsi à l'occupant qui avait été l'objet d'un congé, peut-être ancien, antérieur à l'entrée en vigueur de la loi et peut-être même au 7 octobre 1981, d'exiger le renouvellement de ce bail. Cela revient à reconnaître, à cet égard, un caractère rétroactif à la loi, ce qui est critiquable et dépasse la notion d'application immédiate !

B – Quant à l'évolution des loyers du 1er mai au 31 décembre 1982, d'autres mesures transitoires se sont avérées nécessaires.

En effet, la loi n° 81-1160 du 30 décembre 1981 sur la modération des loyers qui avait un caractère temporaire a cessé de produire effet le 30 avril 1982. Le gouvernement avait prévu que l'élaboration de la loi serait assez rapide pour que les premiers accords de modération puissent voir le jour et être applicables du 7 avril 1982 au 31 décembre 1982. Mais la durée de la procédure parlementaire ne l'a pas permis. Il faut encore, après la publication de la loi, que le Décret nécessaire à la mise en place de la Commission Nationale des rapports locatifs voit le jour... Afin de combler le vide juridique existant à cet égard entre le 1er mai 1982 et la mise en œuvre des nouveaux accords de modération à intervenir, le législateur a établi, à titre transitoire, des modalités d'augmentation des loyers du 1er mai au 31 décembre 1982. La loi n'étant entrée en vigueur, pour l'essentiel, que le 25 juin 1982, ces mesures ne sont pas dénuées non plus de caractère rétroactif...

En tout état de cause, l'article 74 a instauré un dispositif temporaire et quelque peu compliqué de modération de l'évolution des loyers.

Des accords de modération auxquels pourront adhérer les organisations nationales de gestionnaires peuvent être conclus entre organisations signataires (art. 73, al. 1). D'autre part, à défaut de tels accords, les organisations nationales de bailleurs peuvent prendre, pour cette période, un engagement de modération de l'évolution des loyers à l'égard de l'Etat, qui s'imposent à leurs membres et auxquels peuvent adhérer les organisations nationales de gestionnaires (art. 74, al. 2). Enfin, jusqu'au 31 décembre prochain, les bailleurs n'adhérant pas à une organisation ayant signé un accord de modération des loyers ou un engagement de modération de l'évolution des loyers ne peuvent pratiquer aucune augmentation de loyers supérieure à la variation de l'indice de la construction pour la période écoulée depuis la dernière révision ou fixation du loyer. Cette limitation s'impose, pour la révision des contrats en cours, pour leur renouvellement et pour la conclusion de nouveaux contrats. Elle ne joue pas cependant pour les loyers des locaux qui n'ont pas fait l'objet de contrat de location depuis au moins 18 mois, à la date de la nouvelle location (art. 74, al. 3). Mais le nouvel indice de la construction prévu par l'article 58 de la loi et qui doit remplacer l'indice trimestriel de la construction publié par l'INSEE n'est pas encore connu.

L'évolution des loyers prévue par la loi Quilliot pour la période du 1er mai au 31 décembre 1982 a été paralysée par la loi n° 82-660 du 30 juillet 1982, sur le blocage des prix, qui maintient les loyers, redevances et indemnités d'occupation à leur niveau du 11 juin 1982 jusqu'au 31 octobre 1982.

Conclusion.

A partir de sa volonté initiale d'instaurer un nouveau régime juridique des rapports locatifs de portée générale, le législateur a, en définitive, été conduit, devant les nécessités pratiques, techniques et juridiques auxquelles il s'est

trouvé confronté, à apporter à la généralité du domaine d'application de la loi Quilliot, de nombreuses dérogations, tant en ce qui concerne les locaux et les contrats soumis à cette loi que quant à son application dans le temps.

Si la loi du 22 juin 1982 constitue désormais, en plus des principes du Code civil régissant la matière, le droit commun des locations de locaux à usage d'habitation et à usage mixte professionnel et d'habitation, ainsi qu'à leurs accessoires, son objet, limité par la notion de contrat de location et par celle de logement, se trouve restreint par l'existence des législations spéciales qui subsistent.

La volonté de conférer à la loi une application immédiate a été également entravée par des contingences techniques et pratiques. Les restrictions apportées à cette application immédiate ont été parfois compensées par quelques relents de rétroactivité dont le juriste a du mal à se satisfaire et que traduisent les mesures transitoires.

Certes il n'y a guère, en Droit, de principes qui ne comportent d'exceptions... Mais deux pas en avant, un pas en arrière, telle paraît être la démarche inévitable lorsqu'on poursuit un objectif trop dogmatique et celle qui caractérise la gestation de la loi Quilliot. L'optimiste en concluera qu'il en reste au moins toujours un pas en avant et que celui-ci était commandé par une évolution antérieure, enregistrée déjà auparavant par la Commission Delmon et que manifestait déjà le projet déposé par le Gouvernement Barre en septembre 1980. Allant plus loin que celui-ci, mais moins loin que ne l'aurait souhaité l'actuel gouvernement, la loi Quilliot ne risque-t-elle pas d'engendrer parfois une inutile lourdeur, une excessive complexité et une certaine paralysie ? L'étude de son domaine d'application incite à répondre par l'affirmative. Celle des grands problèmes de fond qu'elle régit le montrera-t-elle aussi ?

LOI DU 22 JUIN 1982 : LOYER, CHARGES, DÉPOT DE GARANTIE

par Jean DOUCEDE,
Docteur en Droit, Avocat au Barreau de Marseille

CHAPITRE I – LE LOYER

I – Principes posés par la loi.

La loi du 22 juin 1982 accorde au preneur le droit au renouvellement de son bail, c'est-à-dire la possibilité de demeurer dans les lieux toute sa vie, s'il le désire, sauf le cas où il n'exécute pas ses obligations ou les cas de reprise du bailleur prévus par la loi. Ce droit est transmis également à ses successeurs.

Pour ces motifs et pour d'autres (dirigisme, inflation), il était nécessaire d'organiser la fixation du prix lors du renouvellement du bail. Mais le législateur a estimé qu'il fallait également l'étendre au cas d'un nouveau contrat de location.

Jusqu'à présent, le législateur lorsqu'il entendait contrôler les loyers ou fermages fixait celui-ci selon une valeur locative : surface corrigée pour les habitations soumises à la loi du 1er septembre 1948 qui s'appliquait à un contrat initial ; valeur locative selon certaines normes fixées par le Décret du 30 septembre 1953 pour les locaux commerciaux, prix libre lors du contrat initial ; avec possibilité de recherche de valeur locative par le locataire à l'expiration de la troisième année ; renouvellement selon un coefficient ou recherche de valeur locative ; pour les baux à ferme liberté lors du contrat initial, mais possibilité d'une valeur locative fixée par la commission départementale des baux ruraux à compter de l'expiration de la troisième année à la demande du preneur.

Le principe posé par la loi est que le loyer n'est pas établi selon une valeur locative, selon des données techniques. Lors de la conclusion d'un contrat avec un nouveau locataire, c'est le loyer précédent qui est pris pour base, en cours de contrat la clause indicielle peut être limitée à la fin du contrat lors de son renouvellement, c'est le loyer payé qui est retenu.

On cristallise, on consolide dont le prix du loyer sans essayer de rechercher si ce loyer n'est pas ou trop élevé, ou trop faible. Ainsi, on favorise les bailleurs qui auraient pu commettre des abus, on pénalise par contre ceux qui ont été bienveillants vis-à-vis de leurs locataires, soit en raison de leur ancienneté, soit par la négligence des bailleurs. Il n'est pas rare de rencontrer dans un immeuble appartenant à un même propriétaire des loyers différents pour des locaux parfaitement comparables. Nous verrons qu'il est peut-être possible de corriger cette injustice par les « modulations ».

Cette fixation de loyer autoritaire, surveillée, s'applique à toutes les communes de France, même celles qui se dépeuplent, sauf certaines exceptions très limitées, que nous examinerons ultérieurement.

II – La fixation du loyer.

A ce jour, nous devons distinguer deux périodes pour la fixation du prix du loyer lors d'un nouveau contrat de location, ou lors du renouvellement d'un contrat venu à expiration. Nous traiterons d'abord :

1) De la fixation selon la loi du 22 juin 1982 lorsqu'elle s'appliquera ;

2) De la fixation du loyer durant la période transitoire, en rappelant cependant pour l'exigibilité du loyer, le gel de celui-ci entre le 11 juin et le 31 octobre 1982, selon la loi du 30 juillet 1982.

A – La fixation du loyer selon la loi du 22 juin 1982 lors du renouvellement du contrat de location ou d'un nouveau contrat.

Cette loi ne prévoit pas la collectivisation du logement c'est-à-dire de vivre plusieurs dans un même appartement ; on y viendra peut-être si la crise du logement continue à s'accentuer. Mais pour l'instant il est prévu la collectivisation du contrat de location comme l'a déclaré le Ministre de la Construction et à l'Assemblée Nationale le 22 janvier 1980 : « on veut substituer la notion de contrat collectif dans les relations jusque là individuelles bailleur-locataire ».

C'est ainsi que dans les articles 28 à 50 il est organisé les rapports collectifs de location.

Désormais, les bailleurs pour les immeubles supérieurs à six logements, auront en face d'eux des associations de locataires, ou le représentant de l'immeuble. Il sera créé une commission départementale et une commission nationale, pour discuter et fixer l'évolution des loyers.

Les secteurs locatifs.

Les accords locatifs seront négociés dans quatre secteurs locatifs qui sont :

1° Logements appartenant aux organismes d'habitation à loyer modéré ainsi que ceux appartenant aux collectivités locales gérées par lesdits organismes ;

2° Logements appartenant aux sociétés d'économie mixte et aux sociétés immobilières à participation majoritaire de la Caisse des Dépôts et Consignations appartenant à l'Etat, aux Collectivités locales, aux établissements publics ;

3° Logements appartenant aux entreprises d'assurances, aux sociétés immobilières créées en application de l'ordonnance du 24 septembre 1958, relative aux sociétés immobilières conventionnées, aux sociétés immobilières d'investissement, créées en application de la loi du 15 mars 1963 ;

4° Logements appartenant aux autres catégories de bailleurs.

Nous n'étudierons la fixation du loyer que pour cette quatrième catégorie qui intéresse le plus grand nombre de bailleurs et de preneurs.

Les accords collectifs pour la fixation du loyer.

L'article 44 précise le domaine d'application des accords locatifs. Il indique que les accords locatifs de location ont pour objet d'améliorer les rapports entre bailleurs et locataires tout en respectant l'équilibre économique et juridique du contrat de location ; ils peuvent porter notamment sur la maîtrise de l'évolution des charges récupérables, la grille de vétusté, l'amélioration et l'entretien des parties communes, les locaux résidentiels à usage commun, les actions d'animation culturelles et sociales, l'élaboration de clauses types, établissement éventuel d'un règlement intérieur.

On doit constater que l'article 44 ne vise pas les accords de modération de loyer. On peut donc se poser la question de savoir si les organes collectifs crées par la loi auront quelque pouvoir dans la fixation de la modération des loyers, ne devront-ils pas se contenter simplement d'un avis au sein de la Commission Nationale ?

La compétence de la Commission Nationale.

Cela paraît résulter de l'article 51 qui précise que seule, la Commission Nationale des rapports locatifs est compétente pour fixer chaque année la variation du loyer. Ce même article 51 renvoie du reste aux dispositions de divers articles du titre III qui sont les suivants :

- Article 35 : représentativité des organisations ;
- Article 37 alinéas 2 à 9 : parties liées par les accords et définition des secteurs locatifs ;
- Article 38 : rédaction obligatoire d'un écrit ;
- Article 41 : adhésion ultérieure d'une association aux accords ;
- Article 42 : adhésion ultérieure à une organisation signataire ;
- Article 39 : participation aux accords des organisations de gestion.

Il n'est point renvoyé à l'article 29 concernant les associations et les représentations des locataires, ni à l'article 34 visant la commission départementale. Il est tout de même curieux que l'on ait visé expressément : « la maîtrise dans l'évolution des charges » et que l'on n'ait pas visé expressément l'article 51 : « l'évolution des loyers ».

Il paraît donc résulter de cet ensemble d'articles que les divers organes collectifs pourront peut-être donner des avis qui seront transmis par l'intermédiaire de leurs représentants au sein de la Commission Nationale des rapports collectifs, et que seule cette commission pourra prendre des accords de modération dans l'évolution des loyers.

Il ne semble pas que des associations de locataires pour un bâtiment, pour un même propriétaire, le représentant des locataires élus au suffrage universel et la commission départementale puissent prendre des accords de modération de loyer.

L'objet essentiel de ces accords sera de fixer : « le taux maximum d'évolution des loyers lors de la conclusion ou du renouvellement des contrats ». Par conséquent, il sera pris pour base le loyer précédent l'année de fixation du prix, et celui-ci devra subir une majoration fixée par la Commission Nationale ; c'est donc une majoration *en pourcentage* qui est retenue.

Le plancher, les modulations.

Il est prévu heureusement un plancher minimum qui est de 80 % de la variation de l'indice de la construction.

On peut donc déduire de cette législation qu'il est absolument nécessaire contractuellement de prévoir une clause d'indexation du loyer sur l'indice de la construction. Cela permettra d'appliquer le taux de majoration qui sera retenu par la Commission Nationale des rapports locatifs ou à défaut par des décrets. A défaut de clause d'indexation dans le contrat, il ne sera pas possible d'appliquer les majorations.

Il pourra y avoir en ce qui concerne ces accords collectifs : « des modulations particulières des loyers en fonction des conditions pratiquées localement pour des immeubles comparables. En cas de renouvellement du contrat, ces modulations peuvent être échelonnées au cours de la nouvelle période de location ».

Cette seconde formule suppose que les taux d'augmentation pourront ne pas être uniformes selon les régions, ou peut-être selon que l'on sera en zone urbaine ou rurale, ou également si le loyer de base est inférieur à celui qui est pratiqué localement pour des immeubles comparables.

La grille de vétusté laisse supposer qu'il pourra y avoir des modulations en baisse.

On peut citer un exemple : l'accord du 6 mai 1982 concernant la modération des loyers entre les bailleurs sociaux non H.L.M. et les associations de locataires.

« ces majorations peuvent être d'autant plus élevées que le loyer est faible par rapport à un loyer de référence, spécifique à ces catégories de loge-

gements. Ainsi, pour les loyers les plus faibles et en cas de changement de locataire, la majoration du loyer précédent peut atteindre 14 %[1] ».

En définitive, on constate que le loyer se trouve bloqué, gelé, par rapport aux prix pratiqués dans les contrats en cours. Qu'en définitive, la seule révision qui sera possible, cela celle par rapport à l'indice de la construction, le loyer pouvant varier entre 80 % et 100 % de cet indice, sauf majoration particulière en raison des modulations comme dit ci-dessus.

La portée de ces accords.

D'autre part, ces accords de modération portent non seulement sur le local principal d'habitation, mais encore sur les garages, places de stationnement, jardins ou locaux loués accessoirement *par le même bailleur* et qu'ils fassent ou non l'objet d'un contrat séparé. D'autre part, ces accords sont opposables à tout nouveau bailleur, dès lors qu'ils relèvent du même secteur locatif que le précédent.

Comme cela a été indiqué plus haut, les divers organismes collectifs n'auront à mon point de vue qu'un avis consultatif pour la fixation des accords de modération. En définitive, c'est la Commission Nationale qui déterminera le pourcentage de majoration. Mais il faut considérer que tous les bailleurs n'adhèrent pas à une organisation, que toutes les associations ne signeront pas forcément un accord. De même, les immeubles de moins de six logements ne sont pas soumis à ces accords collectifs.

Les décrets.

Le législateur a alors prévu pour imposer cette modération dans l'évolution des loyers, qu'un décret serait pris en conseil d'Etat pour rendre obligatoires les dispositions de chacun des accords de modération, à tous les logements du secteur correspondant. Il est donc à prévoir, qu'en définitive, chaque année interviendra un Décret précisant dans quelles conditions le loyer peut évoluer par rapport à l'indice de la construction, dans cette marge étroite entre 80 et 100 % du jeu de l'indice, sans oublier que ce même décret pourra prévoir des majorations particulières, des modulations en fonction de la situation des immeubles, en fonction du loyer de base trop faible et également en fonction des travaux d'amélioration qui auront pu être effectués par le bailleur.

Ce décret peut prévoir de s'appliquer soit au niveau national soit au niveau départemental. Dans ce dernier cas il fixe les dispositions qui peuvent être rendues applicables par décision du représentant de l'Etat dans le département, lorsque la décision locale nécessite une intervention.

Cela suppose donc que la commission départementale aura donné son avis.

Le Ministre intéressé pourra, ne pas accepter la décision de la Commission

1. *Actualité juridique*, p.494, Gestion de l'immeuble.

Nationale. Il pourra apporter certaines modifications, mais préalablement, il devra soumettre ces modifications à l'avis de la Commission Nationale.

Le Ministre pourra également intervenir par décret dans le cas où aucun accord n'aurait été pris avant le 1er octobre de chaque année, avec le même objet que le décret ci-dessus, le même plancher minimum.

Il pourra également intervenir par décret dans tous les cas, où les circonstances économiques graves l'y obligent. Mais il devra prendre l'avis de la Commission Nationale des rapports locatifs, et le taux minimum ne doit pas être inférieur à 80 % de la variation du nouvel indice du coût de la construction, avec possibilité des modulations que nous avons déjà indiquées.

Cet article dessaisit le Parlement qui jusque là s'occupait de modérer par une loi les loyers. Aucune définition n'est donnée « des circonstances économiques graves ». Sa durée d'application est d'un an.

Il est difficile de percevoir la différence entre le décret pris en conseil d'Etat si aucun accord intervient (art. 55) et le décret pris dans le cas de circonstances graves (art. 56). C'est le même plancher minimum 80 % de l'indice, les mêmes exceptions, sauf une légère nuance dans celles-ci qui sera soulignée lorsqu'il sera traité des exceptions, sauf à indiquer qu'il peut intervenir pour adapter « le prix du loyer » à des logements soumis à des dispositions législatives ou réglementaires particulières (loi 1.9.1948 par exemple).

Pour la modération des loyers on a créé une procédure bien longue et bien difficile qui va obliger à faire beaucoup de réunions préalables si les organismes collectifs au-dessous de la Commission Nationale sont invités à y participer, pour en définitive, faire varier le loyer entre 80 % et 100 % de l'indice de la construction sauf modulations particulières pour les motifs déjà indiqués.

Clause d'échelle mobile.

Les clauses d'échelle mobile basées sur l'indice de la construction restent valables selon l'article 58.

Le loyer pourra par conséquent continuer à varier chaque année, à la condition qu'une clause indicielle ait été insérée dans le contrat.

Il est indiqué d'autre part qu'un indice nouveau de la construction sera créé, qui sera établi suivant des éléments de calcul fixés par Décret. Quels seront ces éléments ? Il est probable que l'on va essayer de diminuer les effets de l'indice actuel de la construction. Au surplus, il devra être précisé dans le contrat l'indice de la construction que l'on prend pour base à la signature du contrat de façon à connaître la variation par rapport à son exigibilité. A ce sujet, les praticiens actuellement, emploient tous l'indice de base publié à la signature du contrat et l'indice publié à l'échéance. Cela présente l'avantage que la majoration de loyer peut être appliquée dès l'échéance. On ne saurait donc trop recommander au bailleur de mettre dans chaque contrat de location une clause indicielle, compte tenu que la durée des contrats sera au minimum de 3 années[1].

1. clause en annexe n° 1.

Le loyer dans le cas de sous-location.

Le législateur a également réglementé le prix du contrat de sous-location. Celle-ci est interdite, mais elle peut avoir lieu dans le cas où le bailleur l'autorise. L'article 15 a réglementé le prix du loyer dans le cas de sous-location. Il est précisé : « le prix du loyer par mètre carré de surface habitable des locaux sous-loués ne peut excéder celui payé par le locataire principal ». Il est possible qu'en posant ce principe, le législateur ait voulu empêcher les abus, mais d'un autre côté, il n'encouragera pas les sous-locations qui pourraient être faites avec l'accord du bailleur. On aurait pu prévoir pour encourager ces sous-locations et par conséquent une meilleure utilisation des locaux habitables et la possibilité notamment de mettre des pièces meublées à la disposition des étudiants, ou de personnes seules, une majoration forfaitaire du loyer de base pour le propriétaire et une majoration pour le sous-locataire. La loi ne s'applique pas aux locaux professionnels en meublés. Mais le fait de louer une ou deux pièces de son appartement meublées, à une tierce personne, ne donne pas la qualité de loueur professionnel en meublé.

Cas du locataire démuni de ressources.

Le législateur a créé d'autre part une catégorie particulière de locataire, celui qui est démuni de ressources. Cette catégorie n'est évoquée ici que pour mémoire. Une loi particulière définira le locataire démuni de ressources et ses droits. Pourra-t-il bénéficier du renouvellement ? Quel sera le prix du loyer pour cette catégorie de locataire ? Il faut attendre la loi qui en décidera. Pour l'instant cette catégorie de locataire est surtout visée pour le défaut de paiement.

B – La fixation du loyer durant la période transitoire.

L'article 74 prévoit cette période transitoire, c'est-à-dire la période durant laquelle les organismes collectifs se mettent en place. Quatre solutions sont envisagées par le législateur :

1° Des accords entre organisations nationales de bailleurs et de locataires interviennent durant la période du 1er mai 1982 au 31 décembre 1982. Dans ce cas, ces accords seraient applicables, mais, il paraît difficile que de tels accords puissent intervenir pour la quatrième catégorie de bailleurs, compte tenu que la Commission Nationale ne sera pas mise en place avant 1983, ainsi que tous les autres organismes locatifs.

2° Il a été prévu la possibilité d'un engagement unilatéral de modération pris à l'égard de l'Etat par les organismes bailleurs. Cet engagement unilatéral est curieux. Il me paraît d'autre part illusoire.

3° Il est précisé que la révision des loyers ne pourra se faire à un taux supérieur à 80 % de l'indice mentionné à l'article 58. Mais cet indice n'existe pas encore.

4° Les dispositions de l'article 74 paraissent pouvoir s'appliquer, celui-ci précisant : « les dispositions de la loi n° 81-1161 du 30 décembre 1981 loi sur la modération des loyers qui ne sont pas contraires à celles du présent article, demeurent applicables ». Donc la majoration sera égale à 80 % de la variation du coût de l'indice de la construction.

5° Il n'est d'autre part pas inutile de rappeler que les loyers restent gelés pour la période du 13 juin 1982 jusqu'au 31 octobre 1982, mais naturellement, cela n'empêche pas de faire des contrats nouveaux à la condition de respecter le prix antérieur avec la majoration de 80 % de l'indice de la construction.

III – La fixation du loyer dans le cas d'amélioration du logement.

Le législateur a encouragé l'amélioration des logements, divers cas sont prévus, certains permettant d'échapper à la fixation du loyer telle que prévue au titre IV de la loi, d'autres y sont soumis.

Premier cas : Article 59.

Une convention est passée avec l'Etat par le bailleur. Le loyer est librement débattu avec l'Etat. Il n'est pas soumis au titre IV mais il soumet le bailleur à certaines contraintes qui seront examinées avec les contrats collectifs.

Deuxième cas : Article 52.

Il pourra être prévu des majorations en pourcentage lors des accords de modération :

> « lorsque le bailleur a réalisé, depuis la dernière fixation ou révision du loyer des travaux tendant à améliorer le confort, la sécurité, l'équipement, la qualité thermique ou phonique du logement ou de l'immeuble. La majoration ne peut être appliquée que lors de la conclusion ou à la date du renouvellement du contrat. Toutefois, lorsque les travaux sont réalisés pendant le cours du contrat, la majoration ne peut être appliquée qu'au terme de l'année du contrat qui suit la date d'achèvement des travaux ».

L'accord doit préciser la limite du coût maximum des travaux. Cependant, cette limite ne s'applique pas en cas de changement de locataire.

Troisième cas : Travaux tendant à réaliser des économies d'énergie.

Une majoration de loyer peut être appliquée par le bailleur par dérogation

aux dispositions du titre IV. Cette majoration calculée selon les modalités fixées par décret, ne peut excéder le montant de l'économie d'énergie garantie.

Quatrième cas : ;Article 61.

A la condition que le local ou l'immeuble répondent aux normes mentionnées au 1er alinéa de l'article 59, c'est-à-dire : normes de salubrité, de sécurité d'équipement et de confort, un accord peut être conclu entre un bailleur et un locataire, soit entre un ou plusieurs bailleurs et leurs locataires ou leurs associations, en vue de la réalisation de travaux sur tout ou partie de cet immeuble.

Si cet accord concerne plusieurs locataires l'accord s'impose à l'ensemble de ces locataires, dès lors qu'il a été approuvé par écrit par la majorité d'entre eux. Cet accord doit préciser la nature, le coût prévisionnel des travaux, les modalités d'exécution et la date d'achèvement des travaux. Il doit également préciser le montant maximum du loyer qui pourra être exigé des locataires à compter de l'achèvement des travaux. Dans ce cas là, les dispositions du titre IV ne s'appliquent pas à la fixation initiale du loyer.

Il paraît intéressant de signaler la différence entre le deuxième cas et le troisième cas.

Pour le deuxième cas il n'est pas exigé de normes pour le logement ou l'immeuble, mais il faut un accord collectif, c'est-à-dire la Commission Nationale avec le décret. Il y a une limite dans l'importance des travaux sauf dans le cas de changement de locataire.

Pour le troisième cas, le local ou l'immeuble doit correspondre à certaines normes mentionnées à l'article 50. Mais il n'est pas nécessaire de passer par des accords collectifs et la Commission Nationale. Un accord peut être pris avec le ou les locataires ou les associations. Cet accord paraît pouvoir se discuter librement, le prix du loyer est libre lorsqu'il *s'agit d'un contrat initial.*

Il semblerait donc que lors de la conclusion d'un contrat de location nouveau on puisse faire le contrat de location et ensuite concomitamment mais postérieurement une convention concernant les travaux que l'on décide d'exécuter dans le local ou l'immeuble, à condition de respecter l'article 2 de la loi du 12 juillet 1967.

IV – Possibilités de vérification.

Lors du contrat initial le nouveau locataire aura la possibilité de vérifier de quelle façon le loyer a été déterminé. Le bailleur est tenu en effet de fournir le montant du loyer ainsi que le montant des charges locatives de l'année précédente, par le double de la quittance. Le bailleur devra fournir les contrats qu'il aura pu signer soit avec l'Etat, soit avec d'autres locataires ou associations.

Le bailleur est au surplus tenu de fournir aux termes de l'article 20 une quittance, si le locataire en fait la demande et un reçu qu'il s'agit de versements partiels, la quittance ou le reçu portent le détail des sommes versées par le locataire, distinguant le loyer, le droit au bail et les autres charges, et si le preneur le demande, l'imputation des paiements en application de l'article 1 243 du Code civil[1].

V – Sanctions pénales.

Si les dispositions de la loi ne sont pas respectées par le bailleur ou même par le preneur des sanctions pénales sont prévues :

1° Le bailleur ne devra pas subordonner la conclusion du contrat de location soit à une remise d'argent ou de valeur ne correspondant pas au paiement du loyer et des charges, ou au dépôt de garantie. De même, le locataire ne pourra pas subordonner son départ à une quelconque remise d'argent ou à la reprise d'objets ou d'installations à un prix manifestement supérieur à leur valeur. La peine prévue est une amende pénale de 1 000 à 30 000 F.

Bien qu'il y ait une différence dans la rédaction du texte par rapport à la loi du 1er septembre 1948, si la proposition d'une somme d'argent pour quitter les lieux est faite à l'initiative du bailleur, la jurisprudence de la loi du 1er septembre 1948 pourrait recevoir application (Cass. soc., 20 novembre 1959 (Gaz. Pal., 1960.1.64, Rev. Loy., 1960.100) ; Cass., 3e Civ., 16 juillet 1969 (Gaz. Pal., 1962.2, Somm., p. 38).

2° La délivrance de quittances erronées sera punie d'une amende pénale de 1 000 à 10 000 F.

3° Le fait par un bailleur ou son mandataire d'exiger ou de percevoir un loyer dont le montant est supérieur à celui qui résulte de l'application d'un accord de modération de prix rendu obligatoire en application de l'article 54 ; de même que le fait de percevoir un loyer dont le montant excède celui qui résulte de l'application des articles 55 ou 56. Ces infractions seront punies d'une amende pénale de 1 000 à 50 000 F (application de l'ordonnance du 30 juin 1945).

En raison des peines graves prévues, il est nécessaire que le bailleur connaisse parfaitement, non seulement les dispositions de la loi, mais encore les locaux qui échappent à la tarification.

VI – Les exceptions.

Nous avons pu constater que le titre IV a une portée générale et que la

1. Clause n° 2.

limitation du loyer s'applique tant au local principal qu'aux accessoires du contrat de location. En dehors des cas qui ont été examinés où la loi du 22 juin 1982 ne s'applique pas, il y a cependant certaines situations qui permettent au bailleur de retrouver la liberté en matière de fixation de loyer, alors que le local est soumis à la loi :

Premier cas : Local non loué depuis plus de 18 mois.

Cela peut donc s'appliquer :

a) Aux locaux nouvellement construits et mis sur le marché des locations, puisque ceux-ci n'ont jamais été loués ;

b) Aux locaux occupés précédemment par le propriétaire ou par ses ascendants et descendants, lorsque aucun loyer n'a été perçu ;

c) Dans les cas de déchéance de droit à location, et qu'il n'y a pas relocation avant 18 mois à savoir :

1) Contrat d'amélioration de logement avec l'Etat ;
– Refus par le locataire d'accepter le nouveau contrat de location ; le bailleur a la faculté de mettre fin au contrat de location conformément aux règles de l'article 17, c'est-à-dire par un congé de 3 mois ;

2) En cas de non renouvellement pour cause de vente si le locataire n'a pas accepté l'offre de vente. Il est déchu de plein droit de tout titre d'occupation du local. A partir de cette déchéance le délai de 18 mois court. Comme la moindre procédure dure plus que ce temps là, si l'on veut franchir les deux échelons première instance et appel, ce délai de 18 mois sera vite dépassé. Il sera d'autre part tentant pour un bailleur au départ de son locataire de laisser le local vacant pendant 18 mois, notamment si le prix du loyer de base est désormais bas.

Ces divers cas risquent d'aggraver la pénurie de logements, mais il doit être attiré l'attention sur le fait que ce délai de 18 mois est un minimum, des accords peuvent prévoir un délai plus long.

Il y a lieu de faire une observation entre le cas des articles 54 et 55 qui prévoient un décret pour la fixation du taux maximum d'évolution du loyer et le décret pris en raison des circonstances économiques graves, il n'est plus parlé de locaux non loués depuis 18 mois, mais de locaux « dont le contrat de location a pris fin depuis plus de 18 mois à la date de la nouvelle location ».

Cette différence de rédaction pourrait soumettre aux dispositions du titre IV les nouveaux locaux construits et mis sur le marché des locations dans le cas d'application de l'article 56 c'est-à-dire d'un décret pris pour circonstances économiques graves. Cependant, ce même article 56, un peu plus loin dit :

« les dispositions des deuxième et troisième alinéas de l'article 52 sont applicables au décret pris en application du présent article »,

c'est-à-dire aux locaux « qui n'ont pas fait l'objet de contrat de location depuis une durée qui, fixée par l'accord, ne peut être inférieure à 18 mois à la date de la nouvelle location ».

Il est même difficile de comprendre cette dualité de condition au sein même de cet article 56. Il suffisait de renvoyer aux 2e et 3e alinéas de l'article 52.

Deuxième cas : Les locaux rendus libres par décision de justice fondée sur l'inexécution de ses obligations par le locataire.

Cela naturellement vise tous les cas de résiliation, soit par une clause résolutoire pour défaut de paiement, soit la résolution pour non exécution par le preneur de ses obligations.

Ne pourrait-on pas considérer que le refus d'acheter par le preneur dans le délai prescrit par la loi et le non départ de celui-ci constitue une inexécution des obligations du locataire. Dans ce cas le prix serait libre sans attendre le délai de 18 mois ; de même pour le refus d'accepter l'exécution des travaux d'amélioration à la suite du contrat signé avec l'Etat.

Troisième cas :

La troisième série d'exceptions résulte de l'exécution de travaux d'amélioration :

a) liberté sous contrôle de l'Etat dans le cas d'une convention d'amélioration article 59 ;

b) travaux pour l'économie d'énergie ;

c) accord avec le locataire lors du contrat initial article 61.

Quatrième cas :

L'occupant précaire n'est pas un locataire, il ne serait donc pas soumis aux dispositions de la loi du 22 juin 1982. Par voie de conséquence, l'indemnité d'occupation serait libre. Il est nécessaire de rentrer dans le cadre de la convention d'occupation précaire pour laquelle la jurisprudence a bien posé les critères, c'est-à-dire des motifs sérieux la justifiant ; elle ne doit pas être frauduleuse et dissimuler un contrat de location.

Cinquième cas :

Sont exclus également de la loi du 22 juin 1982 les locataires personne morale ; c'est-à-dire les associations loi de 1901, les personnes morales de droit public, les personnes morales de droit privé. Par voie de conséquence le prix du loyer se trouve être libre.

Sixième cas :

Les occupants sans titre, dans le cas d'un congé, soit pour vendre, soit si le preneur refuse des améliorations acceptées par l'Etat, le locataire devient un occupant sans droit ni titre. A compter de ce moment là, il doit payer une indemnité d'occupation égale au préjudice causé.

IV – Quelle est la procédure dans le cas d'une contestation sur la fixation du prix du loyer ?

Obligatoirement, la procédure doit commencer par la saisine de la commission départementale qui a un délai de deux mois pour statuer. Passé ce délai, la partie demanderesse pourra assigner devant le Tribunal d'Instance. Il est nécessaire de joindre à l'assignation la justification concernant la saisine de la commission départementale.

D'autre part, cette saisine de la commission départementale suspend les effets de prescription.

CHAPITRE II – LES CHARGES

I – Les charges récupérables.

L'article 23 donne une définition des charges exigibles et récupérables. Elles sont, dit le texte, exigibles en contrepartie :

– des services rendus liés à l'usage des différents éléments de la chose louée ;

– des dépenses d'entretien courant et des menues réparations sur les éléments d'usage commun de la chose louée qui ne sont pas la conséquence d'une erreur de conception ou d'un vice de réalisation ;

– du droit au bail et des taxes locatives qui correspondent à des services dont le locataire profite directement.

Un décret en Conseil d'Etat fixera la liste de ces charges.

Mais d'ores et déjà on peut remarquer qu'il est fait un certain rapprochement avec l'article 10 de la loi du 10 juillet 1965 sur les immeubles en copro-

1. Jurisprudence : Cass. 9.11.54 Gaz. Pal. 1955.1.88 ; Cass. 16.7.63, Bull. Civ. IV, p. 495.

priété. Il est également parlé de services et de l'utilité de ces services : « les copropriétaires sont tenus de participer aux charges entraînées par les services collectifs et les éléments d'équipement commun en fonction de l'utilité que ces services et éléments présentent à l'égard de chaque lot ».

De ce fait, il a été prévu que le preneur ou l'association qui le représentera, pourra participer dans certaines conditions aux assemblées de copropriétaires et faire des observations. Il est d'autre part possible pour le locataire de discuter des charges de copropriété, dans le cas où le bailleur serait négligent, par le biais de l'action oblique (article 1 166 du Code civil).

Le bailleur dans le cas où les remarques de son preneur seront fondées, aura tout intérêt à agir au plus tôt devant le Tribunal. Il risque en effet, d'y avoir un décalage entre la date pour le preneur où il peut contester, et la date pour le bailleur qui peut se voir dispenser de payer certaines charges (date du jugement)[1]. Le preneur devra participer aux dépenses d'entretien courant et des menues réparations sur les éléments d'usage commun de la chose jugée, qui ne sont pas la conséquence d'une erreur de conception ou d'un vice de réalisation.

Il semble que, pour la première fois, on fasse participer le locataire à des menues réparations sur les éléments d'usage commun de la chose louée. Sur ces éléments, il faut attendre le Décret pour être fixé. Les accords Delmon seront très probablement repris dans le Décret.

En ce qui concerne la troisième catégorie du droit au bail et des taxes locatives qui correspondent à des services dont le locataire profite directement ; il n'y a point de difficulté d'interprétation sur cette troisième catégorie de charges.

Un autre aspect, c'est que des accords collectifs de location pourront porter sur la maîtrise de l'évolution des charges récupérables. Cela vise particulièrement les dépenses d'énergie, et toutes les améliorations qui peuvent être apportées pour économiser sur ce poste, d'autant que l'article 60 permet au bailleur d'appliquer une majoration de loyer calculée selon des modalités fixées par Décret. Mais ne va-t-on pas se heurter au règlement de copropriété qui a priorité et qui paraît exiger l'unanimité selon le cas[2] ?

II – Dans l'article 24 il a été organisé la procédure de récupération des charges.

Si l'on veut exiger le règlement des charges à chaque échéance, ce qui me paraît difficile, on est obligé de fournir toutes justifications, un mois avant l'échéance, et le preneur a la possibilité de vérifier le décompte des charges.

---

1. Jurisprudence sur la copropriété. Cass. Civ., 20.11.81, Rép. Notarial, p. 1 252 ; C. Cass., 24.10.72, D.S. 1972, p. 749.

2. Cass. 28.11.73, Bull. n° 608, p. 443 ; Loi du 29.10.74 et les décrets d'application.

Le législateur a également prévu la pratique des provisions sur charges. C'est ce qui se fait actuellement. Il est perçu une provision sur charges à chaque échéance, correspondant au montant des charges de l'année précédente majoré de 10 à 12 % selon le mode de chauffage.

Au cours du premier trimestre de chaque année, le décompte des charges de l'année est établi et l'on fait la balance. Un mois avant cette régularisation, le bailleur sera tenu d'adresser le décompte de ces charges, et s'il s'agit d'une copropriété le décompte dressé par le syndic[1].

Le bailleur ne devra pas adresser la justification des diverses dépenses, mais le preneur aura durant ce délai d'un mois, la possibilité de venir trouver son bailleur et pour l'immeuble collectif, le syndic, afin d'avoir communication des pièces justifiant des dépenses concernant les services rendus au locataire.

Pour les grands ensembles, il est souhaitable qu'une association de locataires se crée. Le bureau de l'association pourra ainsi vérifier les charges, et le syndic n'aurait en face de lui qu'un seul interlocuteur.

Il est attiré l'attention sur le fait que le non paiement des charges peut entraîner, si la clause résolutoire le prévoit, la résiliation du contrat. Beaucoup de baux ne prévoient que le loyer.

Les dispositions concernant les charges et leur récupération ne seront applicables qu'à compter du 23 juin 1983.

Deux questions peuvent se poser au sujet de ces charges :

1er Cas : les charges imposées constituent un supplément de loyer par exemple impôt foncier, réparations des articles 605 - 606 à la charge du preneur. Durant un an cette clause reste valable, pas de possibilité de répétition pour le preneur.

2e Cas : les charges sont comprises dans le loyer. A la fin de l'année 1982, le bailleur devra faire la ventilation entre loyers et charges.

CHAPITRE III – LE DÉPOT DE GARANTIE ET LES GARANTIES QUE LE BAILLEUR PEUT DEMANDER

Le dépôt de garantie a pour but de permettre au bailleur d'avoir une garantie dans le cadre d'une exécution par le preneur de ses obligations locatives.

Celui-ci ne peut être supérieur à deux mois et ne peut être exigé que si la perception du loyer payable d'avance est au plus égal à deux mois, d'où

1. Clause n° 3.

l'intérêt pour le bailleur, lors de la conclusion d'un contrat de percevoir un loyer bi-mensuel, cela lui donne une garantie au départ sur quatre mois. Certes, le preneur pourra à tout moment, demander le paiement mensuel du loyer.

Le bailleur pour un nouveau contrat aurait intérêt à exiger un paiement de loyer semestriel avec une clause spéciale pour le dépôt de garantie[1].

Au départ du locataire, il devra restituer ce dépôt de garantie dans un délai de deux mois à compter du départ du locataire, sous déduction des sommes pouvant être dues. A défaut de restitution dans ce délai, ce dépôt de garantie portera intérêts de plein droit au taux légal.

Le dépôt de garantie ne peut faire l'objet d'une révision, ni en cours de contrat de location, ni lors de son renouvellement. On ne peut le réviser que pour un nouveau contrat.

Cette disposition est anormale : le délai d'un mois pour obtenir le jeu de la clause résolutoire, les délais de procédure, rendent illusoire ce dépôt de garantie aussi, les bailleurs auront intérêt à introduire dans le contrat d'autres clauses qui ne sont pas contraires à la loi[2] :

– le preneur dans le contrat sera tenu de préciser le nom de son employeur. Il devra d'autre part, dans le cas où il changerait d'employeur, indiquer par lettre recommandée, le nom et l'adresse de son nouvel employeur. Cela facilitera la saisie-arrêt sur salaires ;

– en cas de retard dans les paiements, autorisation de percevoir les allocations familiales ;

– chaque fois que cela sera possible, fourniture d'une caution personnelle (parents pour un jeune ménage, employeurs) ;

– une clause prévoyant des intérêts conventionnels pourra être une incitation au paiement pour un preneur négligent mais solvable.

Il me paraît préférable de mettre une clause d'intérêt plutôt qu'une clause pénale soumise au contrôle du Juge.

Une question peut se poser dans le cas où le dépôt de garantie est supérieur à deux mois. Doit-on rendre la différence lors du renouvellement du bail ?

Il ne me semble pas qu'il y ait lieu à restitution : en effet l'article 71 dit : « les dispositions du premier alinéa de l'article 22 ne sont pas applicables ». Or cet article 22 a pour but de limiter ou de supprimer le dépôt de garantie. Au surplus, ce premier alinéa de l'article 22 étant écarté, il est donc maintenu l'alinéa 3 : « le montant du dépôt de garantie ne peut faire l'objet d'une révision ni au cours du contrat de location, ni lors du renouvellement de ce contrat ».

---

1. Clause n° 4.
2. Clause n° 5.

Conclusion.

Concernant cette partie de la loi qui traite de la fixation du loyer, des charges et du dépôt de garantie, on peut conclure qu'il a été créé un système bien lourd pour la fixation du loyer.

Si l'on désirait par la « septième clef » fermer la porte de la liberté dans la fixation des loyers, il aurait simplement suffi de créer une Commission Nationale pour avis et chaque année un décret aurait fixé un pourcentage de majoration qui ne pouvait qu'osciller entre 80 et 100 % de la clause indicielle. Cette tarification aurait dû être limitée aux contrats en cours et à renouveler, mais aux nouveaux locataires.

Dorénavant, nous aurons trois catégories de locataires en ce qui concerne le prix du loyer :

1° Ceux de la loi du 1er septembre 1948 qui sont privilégiés. Le loyer est inférieur de 100 à 150 % des appartements du même secteur, devenus libres par les articles 3 ter, quater, quinquies, sexies.

2° Ceux de la loi du 22 juin 1982.

3° Ceux qui ne seront pas soumis à la loi, le loyer étant libre. Une différence dans le prix en raison de la crise du logement ne manquera pas de se produire. Il aurait été préférable d'uniformiser plutôt que de différencier.

La création des associations de locataires ne pouvait répondre à une utilité et à un besoin que pour les grands ensembles, afin de faciliter la vérification des charges et de prendre des décisions sur les travaux à exécuter. Le seuil de six logements qui permet la dispense d'accord collectif est faible.

Il est regrettable que la loi n'ait pas été limitée, comme l'avait fait la loi du 1er septembre 1948, aux communes ayant un certain nombre d'habitants et s'applique même aux communes qui se dépeuplent.

Il paraît anormal que ce soit la Commission Nationale suivie d'un décret qui fixe les majorations de loyer ainsi que leur modulation, alors que nous sommes dans une période de décentralisation et que pour fixer le loyer, moduler les majorations pour insuffisance de loyer, pour travaux, il est nécessaire de connaître les besoins en logement de chaque commune et les prix qui s'y pratiquent. Certes, il y a l'exception de l'article 55 qui prévoit à défaut d'accord un décret avec possibilité d'une fixation départementale.

La fixation du loyer n'est pas équitable pour ceux qui ont tardé à redresser leur loyer. Il est regrettable qu'il n'ait pas été prévu une procédure pour fixer le loyer de base par comparaison.

Le loyer étant un élément constitutif du contrat de location et un élément déterminant pour l'investisseur, il est à craindre que cette perte de la liberté contractuelle dans la fixation du loyer alors qu'en Province il n'y avait aucun abus particulier, crée une crise du logement, celle-ci a d'ailleurs commencé à se manifester dans la ville de Marseille depuis environ 6 mois, d'autant que les servitudes d'urbanisme, les lourdeurs administratives sont déjà un frein puissant à la construction de logements.

Que deviendra « le droit à l'habitation » si le nombre d'habitations ne correspond plus au nombre d'habitants ? L'avenir nous fixera.

– ANNEXE –

Clauses proposées concernant le loyer, les charges, le dépôt de garantie

Clause n° 1 :

Il est convenu entre les parties que le montant du loyer sera indexé chaque année en prenant pour base l'indice de la construction INSEE ou tout autre indice similaire qui serait fixé par le législateur. Le loyer variera chaque année automatiquement sans qu'il soit besoin pour le bailleur de formuler une demande quelconque.

Il sera pris pour base l'indice de la construction publié au jour de la signature du présent contrat et l'indice publié au jour de l'échéance annuelle.

Clause n° 2 :

Le preneur dispense le bailleur de fournir à chaque échéance une quittance ou reçu. Il est convenu entre les parties qu'une quittance sera délivrée à l'entrée dans les lieux pour permettre au preneur d'accomplir les formalités administratives et ensuite, une fois par an, lors de la reddition des comptes des charges.

Cette quittance mentionne le détail des sommes versées par le locataire et distingue le loyer, le droit au bail et les autres charges.

D'autre part, le règlement du loyer se fera soit par chèque soit par C.C.P. adressé au bailleur ou son représentant, ces versements justifiant des règlements effectués à valoir sur les loyers et les charges.

Clause n° 3 :

Il a été annexé au présent contrat un état des charges locatives payées au cours de l'année précédent la signature du bail (ou un état des charges de copropriété), concernant le local, objet de la présente location. Les charges seront perçues avec chaque paiement de loyer sur la base des charges ci-annexées majorées de (10 % à 14 %).

Le loyer étant payable bi-mensuellement ou mensuellement, le montant des charges étant de,
il sera donc perçu par mois la somme de
plus majoration de (10 à 14 %).

Au cours du premier trimestre de l'année civile, il sera dressé un relevé des charges de l'année précédente, le preneur aura la possibilité de prendre connaissance des factures auprès de son bailleur.

Variante : l'appartement loué est en copropriété, le bailleur dès réception du décompte des charges de copropriété l'adressera au preneur par lettre recommandée. Le preneur aura la possibilité dans le mois qui suivra la lettre recommandée de prendre connaissance de toutes les justifications auprès du syndic. Il aura également la possibilité d'en prendre connaissance soit par l'intermédiaire de l'association dont il est susceptible de faire partie, soit par le représentant du propriétaire.

Clause n° 4 :

Dans le cas où le preneur exigerait le paiement mensuel du loyer, il sera tenu dans ce

cas de verser un dépôt de garantie égal à deux mois de loyer tel que fixé au jour de sa demande. Faute par lui de verser au bailleur la somme représentant le montant du cautionnement un mois après un commandement resté infructueux, la présente convention sera résiliée de plein droit.

Clause n° 5 :

– Le preneur déclare qu'il est actuellement employé chez...
Il s'engage dans le cas où il changerait d'emploi à donner le nom et l'adresse de son nouvel employeur.

– Le preneur autorise au surplus le bailleur dans le cas où il y aurait des retards dans le paiement des loyers, à percevoir directement du service compétent, les allocations familiales.

– Intervient dans le présent contrat monsieur X à titre de caution solidaire de M. (preneur) pour garantir la bonne exécution du présent contrat et ses suites.

Clause n° 6 :

Dans le cas où le preneur ne réglerait pas le loyer à l'échéance prévue au présent contrat, celui-ci serait productif de plein droit d'un intérêt au taux conventionnel de..., et ce, sans qu'il soit besoin d'une mise en demeure, la seule arrivée du terme valant mise en demeure.

*
* *

FORMATION DU CONTRAT

Cette question (art. 3, 21, 62, 63, 64 de la loi) n'ayant pas fait l'objet d'un rapport, les lecteurs voudront bien se reporter au tableau figurant en annexe.

LE CONTRAT DE LOCATION : DURÉE, RÉSILIATION, RENOUVELLEMENT

par Béatrice VIAL,
Université d'Aix-Marseille III

La loi du 22 juin 1982 comporte des dispositions extrêmement précises sur la durée, la résiliation et le renouvellement des baux. L'un des objectifs primordiaux de ses auteurs était, en effet, d'assurer aux locataires la « stabilité d'occupation[1] ». Pour la leur donner, le législateur n'a pas hésité à s'écarter de la distinction traditionnelle des baux à durée déterminée et des baux à durée indéterminée. Pour leur garantir cette stabilité, il a également défini très rigoureusement les hypothèses où le bailleur pourra provoquer le départ du locataire.

Ces techniques juridiques radicales ont été mises en œuvre parce que les auteurs de la loi étaient animés d'une conviction très ferme : selon eux, il était évidemment nécessaire de légiférer sur la durée des baux. Cette clause essentielle des contrats de location ne pouvait plus être laissée à la libre négociation des bailleurs et des locataires.

Ce n'est pourtant pas une évidence. Il est même assez difficile de découvrir les véritables justifications d'un choix législatif dont on ne veut pas croire qu'il relève purement et simplement du parti-pris. La première justification d'une réforme destinée à pérenniser les baux pourrait être une éventuelle *crise du logement*. Depuis 1804, les interventions législatives comme celle de 1948 écartant le droit commun du bail ne se sont-elle pas succédées au rythme des cataclysmes nationaux : guerres, marasme économique... ? Autrement dit, le maintien légal des locataires en place s'imposait alors parce que le marché ne pouvait plus remplir son office. L'équilibre était rompu. La pénurie de logements rendait les locataires trop vulnérables. Il fallait éviter que les expulsés vinssent grossir le flot des « sans-logement » et éviter l'aggravation d'une situation que seule une relance intensive de la construction immobilière pourrait résorber. De telles circonstances économiques ne se sont évidemment pas retrouvées dans les années 1980. Parfois tendu, parfois actif, le marché locatif n'était pas dans l'impasse. La stabilité donnée aux baux, habituellement considérée comme une solution de crise[2], doit donc avoir une autre

1. Exposé des motifs du projet.
2. (Voir note 2 p. 54).

raison d'être. Une deuxième justification à avancer pourrait être la lutte contre certaines formes de spéculation. Il est sans doute inutile d'insister sur l'hypothèse évoquée. Il avait été reproché à certains propriétaires de ne consentir que des baux d'un an et d'abuser du congé pour obtenir des loyers sans cesse augmentés[1]. Pourtant l'importance de ces excès semble difficile à apprécier puisque les rapporteurs à l'Assemblée Nationale ont dit et écrit que les « abus n'(avaient) été le fait que d'une infime minorité des propriétaires privés[2] ». Qui peut croire qu'une législation aussi importante et complexe a été élaborée pour remédier à quelques situations marginales ? D'ailleurs, l'emploi du congé comme moyen de pression pour exiger un loyer excessif n'est plus à craindre dès lors que le prix du bail, sans être ni bloqué, ni tarifé, est obligatoirement modéré.

Faut-il croire alors que la stabilité du bail a été recherchée pour elle-même ? Les auteurs de la réforme ont probablement pensé qu'il était nécessairement préférable de permettre aux locataires de rester longtemps dans un logement qui leur convient. Décision fut donc prise de légiférer sur la durée, la résiliation et le renouvellement des baux. Adopter un nouveau mode de détermination de leur durée, déterminer rigoureusement les hypothèses où le bailleur peut libérer les lieux, c'était pourtant risquer de méconnaître l'extrême diversité des besoins, des besoins des bailleurs et des besoins des locataires. Parmi les premiers, il y a sans doute des propriétaires qui ont placé leur argent dans l'immobilier et qui ne souhaiteront évincer leur locataire que s'il est indélicat ou pour faciliter la vente des lieux loués ; et c'est notamment le cas de la plupart des personnes morales bailleresses. Encore la situation n'est-elle pas toujours aussi simple, même pour ces bailleurs-là ; ils peuvent avoir besoin rapidement et inopinément du local, notamment lorsque ce sont de petits propriétaires. Ceci est encore plus vrai des nombreux propriétaires qui ne louent que pour ne pas laisser un logement inoccupé. Fonctionnaires ou salariés déplacés pour un temps plus ou moins long, personnes se trouvant en fin d'activité et qui songent à préparer leur retraite, parents prévoyant une prochaine installation d'un de leurs enfants, les cas sont multiples où un propriétaire loue provisoirement un logement dont il entend retrouver la jouissance à point nommé. Pour ceux-là, toute contrainte un peu trop précise sera dissuasive ; et le local disponible restera vacant, ostensiblement ou non.

La même diversité se rencontre du côté des locataires. Il y a sans doute ceux qui louent par nécessité, par impécuniosité, et pour qui un déménagement est une catastrophe, comme le serait une augmentation de loyer. Mais tous les locataires ne correspondent pas à ce modèle. Certains sont for-

---

(Note 2 de la p. 53)

2. R. Rodière, Avant-propos in *Evolution des rapports entre bailleurs et locataires*, éd. Cujas, 1965, p. VI ; F. Givord, *op. cit.*, pp. 2 et s. ; L. Dabin, *Théorie générale du Droit*, Dalloz, 1969, nouvelle édition par J. Dabin, n° 205, p. 240.

1. Rapport J.-M. Bockel, p. 17, Doc. Ass. nat., n° 684, 1981-1982.

2. Observations Frachon pour la Commission des Affaires culturelles, familiales et sociales, annexe au rapport Bockel, Doc. Ass. Nat., n° 684 (annexe), p. 6 (1981-82).

tunés et disposent même de plusieurs locaux, mais préfèrent éviter les soucis de la propriété ; d'autres n'ont pas une situation professionnelle suffisamment stable pour acheter un logement ; d'autres encore louent en attendant de découvrir la maison de leurs rêves. Il faudrait multiplier les hypothèses. L'important est de savoir que tous les locataires ne recherchent pas la même stabilité. Comme ceux des propriétaires, leurs intérêts varient, leurs préoccupations aussi.

C'est sans doute pourquoi, même en période de crise aiguë du logement, certaines législations étrangères ont tenu à conserver des solutions assez souples. La Belgique et la Suisse, comme la France du Code civil, ont maintenu le droit effectif du bailleur de donner congé en fin de bail[1]. Les pays mêmes qui ont mis en place des dispositions exceptionnelles ont dû admettre la reprise pour habiter, la libération des lieux pour construire, afin que « le droit du locataire (ne fasse pas) obstacle à la conservation et surtout au développement du patrimoine immobilier (du) pays[2] ».

En définitive, écarter la détermination conventionnelle de la durée du bail conduisait nécessairement – n'est-ce pas l'habituelle rançon de l'interventionnisme ? – à lui substituer une législation pointilleuse, multipliant les cas particuliers, les personnes spécialement protégées et les personnes spécialement défavorisées. Pour tenter de tenir compte de toutes les situations, de tous les types de rapports bailleur-locataire, le législateur a dû édicter de nombreuses dispositions de détail, complexes et enchevêtrées, et qui présentent plusieurs particularités notables.

Le nouveau droit de la durée des baux, de leur résiliation et de leur renouvellement est, d'abord, un droit d'ordre public comme l'ensemble de la loi. Il est même douteux que des dérogations favorables au locataire soient admissibles ; à l'inverse du droit du travail, volontiers présenté comme unilatéralement consacré à la protection des salariés, la loi du 22 juin 1982 déclare rechercher l'équilibre entre bailleurs et locataires. Le droit nouveau est, ensuite, un droit de privilèges. Non seulement, locataires et bailleurs n'ont plus les mêmes droits – première inégalité de droit destinée à compenser une inégalité de fait –, mais personnes physiques et personnes morales ont un statut distinct, à la fois comme bailleurs et comme locataires – deuxième inégalité qui tempèrera parfois la première – , tandis que les personnes âgées et les bailleurs établis hors de France, qu'ils soient français ou étrangers, ont leur droit propre – voici encore deux autres privilèges –. On ne dira jamais assez qu'une législation de ce type apparaît nécessairement artificielle, voire injuste, à la marge ; dans le détail, beaucoup de bailleurs ou de locataires parfaitement dignes d'intérêts ne pourront invoquer les correctifs trop particuliers qu'il a fallu apporter à des principes trop rigides. Plus généralement, le bail semble se rapprocher des droits attachés à la personne de leur titulaire ; il cesse, en principe, à la mort du locataire, sauf si l'un des attributaires dési-

1. F. Givord, *op. cit.*, p. 12.
2. F. Givord, *op. cit.*, p. 14.

gnés par la loi, conjoint, parents... remplit les conditions pour le sauver de l'extinction.

Pour tenter de mesurer le bouleversement ainsi réalisé dans le droit français du bail, il faut remarquer, tout d'abord, que la location de la loi du 22 juin 1982 voit sa durée déterminée d'une manière originale ; il faut noter, ensuite, que les hypothèses où le bailleur peut libérer les lieux sont limitativement prévues. Ainsi convient-il d'étudier successivement la détermination de la durée des baux – première partie – et la libération des lieux à l'initiative du bailleur – deuxième partie –.

Première partie : La détermination de la durée des baux.

Le Code civil connaît les baux à durée *déterminée*, c'est-à-dire à durée librement déterminée par les parties au contrat, et les baux à durée *indéterminée*. Ces derniers doivent ne pas devenir perpétuels, puisque le contrat de louage de choses est créateur d'obligations et que celles-ci ne peuvent asservir la personne des parties à perpétuité ; dès lors, les baux à durée indéterminée doivent demeurer résiliables à tout moment par l'un ou l'autre des contractants. En définitive, dans le droit du Code civil, le locataire doit libérer les lieux sur demande du bailleur à l'échéance du terme dans les baux à durée déterminée ou lorsque le bail à durée indéterminée est résilié unilatéralement. Le dessein du législateur de 1982 de donner la stabilité aux locataires l'a conduit à concevoir un nouveau mode de détermination de la durée des baux. C'est là que réside l'innovation fondamentale. Si la loi semble se référer aux qualifications traditionnelles, ce n'est qu'une apparence ; c'est une qualification originale qui est imposée aux bailleurs et aux locataires.

A – En *apparence*, la loi nouvelle utilise encore les qualifications habituelles des baux, baux à durée indéterminée qu'elle prohibe, baux à durée déterminée dont elle fixe la durée.

1) L'innovation la plus immédiatement visible est évidemment l'interdiction de conclure des baux à durée indéterminée. Cette solution résulte, à la fois, de l'article 3 (qui impose, au titre des mentions obligatoires du contrat, l'indication de sa durée), de l'article 7 (relatif au renouvellement) et des articles 4 et 5. L'article 4, pour la généralité des bailleurs, et l'article 5, pour les bailleurs établis hors de France, prévoient la conclusion d'un contrat « pour une durée » qui doit évidemment être connue avec précision dès l'origine[1].

Si le législateur s'était contenté d'imposer la détermination conventionnelle

1. L'article 5 parle de la durée « fixée par les parties ».

initiale de la durée du bail, il aurait adopté une solution très souple, tout en faisant bénéficier les locataires d'une souhaitable prévisibilité de leur sort. Toutefois, l'inconvénient d'une simple obligation de déterminer dans le contrat la durée du bail aurait sans doute été le développement des baux de courte durée ; ce moyen d'échapper à l'impossibilité de résiliation était trop aisé pour ne pas être employé systématiquement. D'où la nécessité d'une intervention légale plus contraignante !

2) La durée des baux soumis à la loi du 22 juin 1982 est, pour l'essentiel, déterminée par cette loi elle-même. Encore faut-il distinguer les multiples hypothèses ! Un choix de principe s'offre, à côté de diverses modalités particulières.

a) Le choix de principe sera à effectuer entre le bail de six ans et le bail de trois ans. Ce dernier est le plus exceptionnel ; il est réservé aux seuls propriétaires personnes physiques ; son autre particularité est d'avoir une durée strictement déterminée par la loi, sans dérogation possible ni pour le raccourcir, ni pour le prolonger. Personnes physiques et personnes morales pourront en revanche, donner leurs biens en location « pour une durée au moins égale à six ans[1] ». Dans cette hypothèse de droit commun, la loi fixe seulement un minimum ; les parties demeurent libres de convenir d'une durée plus longue.

Ce qu'il faut noter, c'est que le choix, ouvert aux seuls bailleurs personnes physiques entre le bail de trois ans et le bail de six ans sera effectué au vu des différences radicales instaurées entre ces baux, quant au régime de leur résiliation.

b) Il est vrai que certains bailleurs échapperont à ce dilemme en invoquant les modalités particulières de détermination de la durée des baux.

– Le premier régime spécial résulte de l'article 5 de la loi qui vise le cas des bailleurs vivant à l'étranger ; ceux-ci étant résolument privilégiés par rapport à tous ceux qui séjournent dans un lieu situé en France, mais éloigné de leur résidence. Ce texte s'applique sous quatre conditions cumulatives. La première est que le bailleur soit une personne physique. La deuxième est que lui-même ou son conjoint s'établisse hors de France ; il faut remarquer qu'une simple installation provisoire ne serait pas suffisante (on plaidera sans doute sur la distinction de l'établissement et de l'installation) ; il faut aussi remarquer que l'établissement hors métropole est indifférent pour les logements situés en métropole, comme l'établissement en métropole est inopérant pour les logements situés dans les départements et territoires d'Outre-Mer ; nul ne s'étonnera qu'un droit de privilèges soit à l'origine d'injustices. La troisième condition d'application du régime spécial de l'article 5 est que le contrat conclu soit relatif à la résidence du bailleur ou de son conjoint ; la for-

1. Art. 4, al. 1, L. 22 juin 1982.

mule est assez large pour recouvrir tous les logements principaux et secondaires occupés personnellement par le bailleur ou par son conjoint, qu'ils soient consacrés à l'habitation exclusivement ou non. La quatrième et dernière condition est que la durée convenue entre les parties, « fixée par les parties » dit précisément le texte, soit justifiée par le retour en France ; il faudra donc que le bailleur ait pu prévoir, dès l'origine, la date de son retour. Cette condition-là sera de nature à limiter considérablement le nombre des bénéficiaires de ce régime dérogatoire ou à les inciter à tourner les exigences légales. Il faut encore remarquer que le motif de la réduction de la durée du bail, – c'est-à-dire la date prévue pour le retour en France –, devra être mentionné dans le contrat. Cette dernière disposition ne saurait être sanctionnée ni par la nullité du contrat, ni par la perte du droit d'invoquer le régime dérogatoire ; seule une indemnité pourra être allouée à celui qui établira avoir subi un préjudice du fait de l'omission de la mention.

– Un deuxième régime spécial ne doit pas être omis. C'est celui des conventions de jouissance précaire. Certes, la loi n'a pas réservé expressément l'hypothèse de ces baux dont la brève durée se justifie par des circonstances particulières, besoin du bailleur de reprendre le logement, travaux à effectuer, etc... Pourtant, le silence du législateur ne peut être interprété comme une condamnation d'une tradition aujourd'hui bien établie et confirmée par la jurisprudence[1] à propos de chacun des statuts impératifs spéciaux qu'a connus la location. La prévision du cas particulier des bailleurs établis hors de France ne résout pas le sort de tous les autres bailleurs qui ne peuvent louer que brièvement ; elle signifie seulement que ces bailleurs spécialement pris en considération par la loi échappent au régime commun des conventions de jouissance précaire ; à partir du texte permissif qui les intéresse, on ne saurait raisonner a contrario pour les autres bailleurs.

Par conséquent, les conventions de jouissance précaire relatives à un logement demeurent valables ; soumises aux seules dispositions du Code civil, elles pourront être conclues à durée librement déterminée ou à durée indéterminée. Bien entendu, le juge demeure souverain pour corriger la qualification de ces conventions s'il estime qu'elles ont été conclues pour faire fraude à la loi qu'elles écartent ; il reste que rien n'autorise à présumer cette fraude[2].

– Enfin, un troisième régime spécial est applicable aux sous-locations. Leur durée est soustraite aux dispositions conçues pour la généralité des baux de la loi du 22 juin 1982 ; l'article 15 précise que leur durée doit, en effet, être « égale à celle restant à courir pour le contrat de location du locataire principal ». La défaveur pour ce genre de sous-contrat se généralise et se renforce.

Ces régimes particuliers mis à part, l'essentiel est que la loi détermine soit strictement – c'est le bail de trois ans –, soit par un minimum – c'est le bail

1. Voir not. P. Esmein, *J.C.P.*, 52.I.1059 ; J. Archevêque, *Gaz. Pal.*, 1950, 1, doct. 48 ; Y. Guyon, *J.C.P.*, 74.I.2628 ; J.-P. Pizzio, *J.C.P.*, 80.I.2975.

2. Adde encore Art. 17, al. 4, qui envisage une hypothèse concrète assez voisine.

ordinaire de six ans – la durée des baux d'habitation. De là à penser que les nouveaux contrats constituent des baux à durée nécessairement déterminée soit par la loi seule, soit par la loi et les parties, il n'y a qu'un pas... qu'il ne faut pas franchir. La loi du 22 juin 1982 ne s'est nullement contentée de choisir parmi les qualifications existantes ; elle a, pour ainsi dire, créé une nouvelle qualification du bail à raison de sa durée.

B – La réforme apporte des solutions si différentes de celles du Code civil qu'elle aboutit à établir des notions véritablement inédites. Les baux de trois ou six ans ne sont plus des baux à durée déterminée au sens classique de l'expression ; ce ne sont pas tout à fait des baux à durée indéterminée non plus.

1) Ces baux dont la loi fixe plus ou moins la durée ne sont pas soumis au régime juridique des baux à durée déterminée, puisque leur résiliation unilatérale est possible. La résiliation est, d'abord, possible pour le locataire. Tout locataire, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale, peut mettre fin au bail.

S'il veut résilier au terme de l'une quelconque des années du contrat, à la date anniversaire de sa conclusion, il n'aura pas à invoquer de motif particulier ; il est totalement maître de rompre discrétionnairement les relations contractuelles. Faut-il en conclure qu'à son égard, le bail se comporte, dans son ensemble, comme une série de baux d'un an dont il pourrait très classiquement interrompre le renouvellement ? Ce ne serait pas assez dire puisque le locataire peut aussi choisir librement le moment de résiliation, s'il invoque des raisons financières, personnelles, familiales, professionnelles ou de santé ; la loi ne lui demande même pas d'alléguer de graves raisons et lui laisse donc une liberté considérable. Par conséquent, le bail se présente à l'égard du locataire qui peut le résilier unilatéralement comme un bail à durée indéterminée.

La résiliation est, ensuite, possible pour le bailleur. Sa liberté est évidemment bien moindre. Il est vrai que la jurisprudence antérieure à la réforme s'était efforcée déjà de restreindre les pouvoirs du bailleur ; ainsi avait-on vu annuler un congé non justifié, au motif que « l'exercice sans motifs d'un droit dont le titulaire ne peut ignorer qu'il va causer un préjudice certain, est abusif[1] » ; de telles décisions ne limitaient pas le nombre des motifs que le bailleur pouvait invoquer, mais permettait au locataire d'établir qu'il n'en avait eu aucun. C'est ici que la réforme est profonde. Le bailleur devra se prévaloir de motifs limitativement énumérés par la loi. Toutefois, des possibilités de résiliation à son initiative subsistent au moins pour les baux les plus courants, les baux de six ans, ce qui donne bien à ces locations certaines caractéristiques

1. Trib. Inst. Paris, 25 avril 1978, *Gaz. Pal.*, 1979.I.71 ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1979, p. 619, n° 1, observ. G. Cornu.

fondamentales des baux à durée indéterminée. L'institution du congé, propre jusque-là à cette catégorie de baux[1], ne disparaît nullement.

Pour les bailleurs, la modification la plus sensible du droit applicable proviendra peut-être de la réglementation de ce congé[2]. Il demeure un acte unilatéral, efficace par lui-même, c'est-à-dire par la seule volonté de son auteur ; toutefois, son importance accrue et le souci d'imposer le respect des conditions de fond de la résiliation en ont fait un acte formaliste. Le choix s'offre entre la lettre recommandée avec demande d'avis de réception et l'acte d'huissier ; les exigences de pure forme sont donc assez légères. Un délai de préavis est institué ; il court à compter du premier jour du mois suivant la réception de la lettre ou la signification de l'exploit. Sa durée est légalement déterminée ; elle est, en principe, de trois mois ; seul le locataire, à condition de devoir quitter les lieux en raison d'une mutation ou d'une perte d'emploi, peut bénéficier d'un délai réduit à un mois. L'important est surtout que des mentions obligatoires soient prévues à peine de nullité ; elles varient selon l'hypothèse de rupture considérée, mais la motivation est une exigence constante pour le bailleur ; ainsi se révèle clairement la disparition de son pouvoir discrétionnaire de résiliation unilatérale.

Il reste qu'en maintenant une certaine faculté de résiliation, le législateur n'a pas donné aux nouveaux baux le régime des baux à durée déterminée.

2) Faut-il dire alors que le louage modèle 1982 constitue un bail à durée indéterminée ? La proposition semble immédiatement contredite par la détermination légale et conventionnelle de sa durée ; et surtout, par le fait que ce bail doit être renouvelé comme un bail à durée déterminée.

C'est ici que l'innovation pratiquement la plus importante a été adoptée. Le locataire a, désormais droit au renouvellement ; mieux encore, le bail se renouvelle de lui-même, automatiquement. Les auteurs de la réforme se sont défendus d'avoir consacré un nouveau droit au maintien dans les lieux[3]. En réalité, il est clair que l'obligation faite au bailleur de renouveler le contrat n'est pas très éloignée de la situation légale instaurée par la loi du 1er septembre 1968[4]. Dès lors que « la contrainte légale » fait irruption dans « le rapport contractuel[5] », la qualification employée est relativement indifférente. Pour priver le bailleur du bénéfice de l'achèvement du bail, la loi multiplie les précautions.

a) Elle fixe, d'abord, la durée du bail renouvelé. Du moins, impose-t-elle un minimum ! Après renouvellement, la convention des parties ne peut prévoir

---

1. Théoriquement au moins ; cf. Juris-classeur Bail (en général), Fasc. 30-1.
2. Art. 17, L. 22 juin 1982.
3. M. Quilliot, Déclaration à l'Assemblée, *J.O.* Déb. Ass. Nat., 13 janvier 1982, p. 3.
4. En ce sens, cf. la remarque d'ordre général de M. le Professeur François Givord, *op. cit.*, p. 11.
5. P. Durand, « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », *Rev. tr. dr. civ.*, 1944, pp. 73 et s. - Adde R. Morel, Le contrat imposé, Etudes G. Ripert, t. II, p. 116.

un bail de moins de trois ans. Par une curieuse inadvertance législative, la durée conventionnelle du bail renouvelé ne figure pas parmi les mentions obligatoires du contrat. La pratique devra être attentive à cette précision indispensable. Le juge, saisi d'un désaccord entre les parties sur ce point[1], aurait quelque difficulté, dans le silence du contrat, à découvrir la volonté initiale des parties ; le minimum impératif de trois ans devra alors fonctionner comme une règle supplétive de volonté[2].

b) La vigueur du droit du locataire au renouvellement est attestée par la nécessité de recourir à un congé pour y mettre obstacle. Ce bail qui semblait avoir pris fin par l'achèvement de la durée ne peut cesser effectivement que par l'effet d'un acte juridique. Ainsi le bail de la loi du 22 juin 1982 se rapproche-t-il d'un bail à durée globalement indéterminée dont le cours pourrait être interrompu à certains moments privilégiés. Le refus de renouvellement se rapproche d'une résiliation unilatérale.

Du moins en est-il ainsi – et le congé est exigé pour empêcher le renouvellement – sous deux conditions précisées à l'article 8 de la loi. Le bail ne se renouvelle automatiquement que si le locataire est une personne physique et s'il occupe personnellement les lieux. Il est permis de penser que les bailleurs vont partir à la recherche des locataires personnes morales ; ils éviteront ainsi d'avoir à donner congé à un locataire dont le bail est prétendument expiré[3].

c) Le droit du locataire est, enfin et surtout, renforcé par les conditions exigées du bailleur pour qu'il puisse refuser le renouvellement. Ce congé, autrefois inutile pour un bail expiré, ne pourra pas toujours être donné par le bailleur. Le locataire, une fois encore, est libre d'empêcher le renouvellement du bail pour quelque motif que ce soit. En revanche, le bailleur doit invoquer l'un ou l'autre des trois motifs limitativement énumérés par la loi.

Voici donc un bail qui se renouvelle automatiquement sauf si congé est donné, mais sans que ce congé puisse toujours être donné ! C'est assez dire que, globalement, bail initial et bail renouvelé se présentent comme un ensemble contractuel à durée indéterminée résiliable sous certaines conditions. La conséquence de ces innovations est de rapprocher la résiliation et le refus de renouvellement[4]. L'une et l'autre nécessitent un congé ; l'une et l'autre supposent, de la part du bailleur au moins, des conditions précises, des circonstances justifiant l'éviction du locataire. Le bail d'habitation modèle 1982 n'est pas vraiment un bail à durée déterminée ; il se maintient par périodes successives sauf congé spécialement motivé qui peut parfois être donné au

1. Opposer, en cas de désaccord sur le prix, art. 7, al. 2.

2. Le minimum de trois ans s'applique également aux bailleurs établis hors de France.

3. Aucune disposition légale n'interdit d'offrir un logement à la location en réservant cette offre aux personnes morales.

4. dont le régime pénal est d'ailleurs identique : Art. 69 – Tout propriétaire qui aura exercé de manière frauduleuse le droit de résiliation ou le droit de non-renouvellement du contrat, prévus aux articles 9 et 10, sera puni d'une amende pénale de 1 000 F à 50 000 F.

cours de la période et parfois ne peut être donné qu'à son terme. C'est pourquoi, il importe de préciser les possibilités laissées au bailleur de retrouver la jouissance des lieux, d'évincer le locataire.

Deuxième partie : La libération des lieux à l'initiative du bailleur.

Quel que soit son souci de favoriser le locataire, le législateur ne pouvait éviter de ménager au bailleur certaines possibilités de mettre fin à la location. Les hypothèses retenues sont communes à bien des législations d'inspiration voisine[1]. Le bailleur qui veut occuper son local, celui qui veut vendre un local vacant, celui qui a des motifs avérés de cesser de louer reçoivent le droit, exceptionnel au demeurant, d'obtenir la restitution des lieux. Dans l'ensemble, la loi du 22 juin 1982 se sépare de la méthode utilisée en 1948 sur un point essentiel. L'appréciation de la réalité des besoins du bailleur est effectuée avec beaucoup moins de précision. Entendez qu'il est, par exemple, seulement demandé au bailleur qui reprend pour habiter d'occuper ensuite effectivement les lieux ; il n'a pas à établir qu'il ne disposait d'aucun autre local. Encore cette remarque n'a-t-elle pas valeur tout à fait générale ! Elle s'applique surtout aux motifs de reprise ou de libération des lieux précisément déterminés par la loi : reprise pour habiter, libération pour vendre, et davantage en cas de refus de renouvellement qu'en cas de résiliation. En revanche, l'appréciation des motifs indéterminés par le législateur et laissés à l'examen des juges du fond sera sans doute plus concrète et exigeante.

C'est pourquoi, il y a lieu de distinguer les motifs déterminés et les motifs indéterminés de libération des lieux à l'initiative du bailleur.

A – Deux motifs déterminés de libération peuvent être invoqués par le bailleur : il veut habiter le logement ou il veut le vendre.

En principe, le motif de la reprise ou de la libération est la seule condition à remplir ; le bailleur n'a pas à reloger son locataire. Il n'en est autrement que si ce dernier est âgé de plus de soixante-dix ans et a des ressources limitées[2]. Ces locataires spécialement dignes de considération auront sans doute désormais plus de difficultés à trouver un logement[3], sauf auprès des bailleurs eux-mêmes âgés de plus de soixante ans qui sont dispensés d'avoir à les reloger. Interventionnisme oblige : un locataire en bonne santé et disposant de deux logements mais âgé de soixante et onze ans l'emportera sur un bailleur grabataire et ruiné, âgé de 59 ans seulement.

---

1. F. Givord, *op. cit.*, pp. 13-14.
2. Voir article 14 de la loi pour plus de précision.
3. La discrimination deviendrait-elle passible de sanctions pénales qu'il faudrait encore que le locataire la dénonce et l'établisse (cf. art. 416 C.P. - Adde, par comparaison, art. 54, L. 1er septembre 1948).

L'hypothèse particulière des personnes âgées mise à part, le pointillisme des dispositions légales impose encore de traiter distinctement la reprise pour habiter et la libération pour vendre.

1) La reprise pour habiter n'est accordée qu'au seul bailleur personne physique[1]. La précision est d'importance ; le temps n'est pas loin où la lutte contre une spéculation vraie ou supposée fera des personnes morales de véritables incapables, privés de nombreux droits importants. Une société propriétaire d'un local loué et qui souhaite l'occuper pour augmenter sa surface de bureaux par exemple n'a aucune possibilité de reprise, même si le changement d'affectation est, par ailleurs, possible ; ainsi le veut la faveur systématiquement faite au logement !

La personne physique reprenante doit également occuper effectivement les lieux après le départ du locataire ; mais, de même que pour apprécier son besoin du logement, la situation du bailleur sur ce point varie entre une sorte de droit commun et un droit propre aux bailleurs établis hors de France.

a) Le droit commun de la reprise pour habiter ne comporte aucun contrôle de la nécessité où se trouve le bailleur de récupérer la jouissance du local loué. Disposerait-t-il d'un autre logement voisin et en meilleur état, voire mieux adapté à ses besoins, qu'il conserverait le droit d'obtenir la restitution des lieux. Pour reprendre, il suffit qu'il déclare, dans le congé notamment[2], vouloir occuper et qu'il occupe effectivement les lieux dans les six mois suivant le départ du locataire et pendant au moins deux ans à compter de l'expiration du délai de préavis. Encore le bailleur peut-il reprendre pour faire occuper les lieux libérés soit par son conjoint, soit par ses ascendants, soit ses descendants ou encore par les ascendants ou descendants de son conjoint.

Ces conditions générales étant supposées respectées, le bailleur peut exercer son droit de reprise, soit en cours de bail – ce sera une résiliation –, soit à la fin du bail – ce sera un refus de renouvellement –. Et le régime de la reprise ne sera pas identique dans ces deux hypothèses.

– La résiliation du bail pour habiter paraît être la prérogative du bailleur la moins discutable. Elle ne lui est pourtant pas toujours accordée. Elle est impossible au cours d'un bail initial conclu pour une durée de trois ans. Dans ce cas, c'est le droit commun des contrats à durée déterminée qui est respecté à l'égard du bailleur, puisqu'il ne peut résilier. Encore faut-il rappeler que, dans le Code civil, l'article 1762 écarte ici ce droit commun en permettant

1. Toutefois, la qualité de personne physique du bailleur est exigée seulement au moment du congé. En conséquence, un bail conclu par une personne morale pourra être résilié si le local objet du bail a été cédé à une personne physique. La même solution s'applique à la « reprise » pour vendre. Il sera donc prudent d'insérer systématiquement dans les contrats la clause exigée par la loi en matière de reprise pour habiter même lorsque le bailleur initial est une personne morale. Cf. D. Lepeltier, *J.C.P.*, 1982 (N), I, Prat., n° 8 393, p. 506, n° 3.

2. L'article 17, al. 3, exige aussi la mention des nom, prénoms et adresse du bénéficiaire de la reprise, ainsi que son lien de parenté avec le bailleur.

de prévoir conventionnellement la reprise pour habiter. La réforme est donc nettement défavorable au bailleur à cet égard aussi.

Après renouvellement du bail de trois ans et dans les baux de six ans au moins, initiaux ou renouvelés, la résiliation pour habiter est possible sous deux conditions. La première est que le contrat comporte une clause réservant cette faculté au bailleur ; le droit nouveau rejoint alors l'article 1762 du Code civil ; il le dépasse même puisqu'il prévoit que cette clause peut toujours être ajoutée au contrat par le bailleur seul, lors d'un renouvellement, sans que le locataire puisse s'y opposer. Curieux contrat tout de même que cet acte dont le rôle est davantage d'informer les parties que de fixer volontairement leurs droits ! Etrange accord tout de même que ce contrat dont le contenu est déterminé unilatéralement par l'une des parties[1] ! La deuxième condition à respecter est relative au moment de la résiliation. Celle-ci peut intervenir au terme de chaque année du contrat ; pendant le cours du contrat initial seulement, elle pourrait aussi intervenir à une date différente, convenue entre les parties, après la première année d'exécution du contrat.

– Le refus de renouvellement du bail pour habiter est admis quelle qu'ait été la durée de ce bail. Il n'y a plus ici de distinction à faire entre les baux de trois ans et les baux de six ans. Les uns et les autres peuvent donner lieu à la reprise pour habiter à l'expiration du contrat initial ou du contrat renouvelé. Il y a donc bien là une sorte de droit commun qui a vocation à s'appliquer très généralement.

Les bailleurs établis hors de France y échappent pourtant.

b) Les bailleurs établis hors de France, à condition qu'il s'agisse de personnes physiques, peuvent, d'abord, résilier le bail portant sur leur résidence, si un cas de force majeure les contraint à rentrer en France. Il suffit qu'une clause du contrat initial[2] leur réserve cette possibilité et que la première année d'exécution du bail soit achevée. Pour le surplus, la résiliation du bail peut intervenir à tout moment et le bailleur doit s'installer en respectant les mêmes délais qu'en droit commun.

Le dernier alinéa de l'article 9 qui porte cette disposition suscite une hésitation : est-il applicable à tous les baux ? Le législateur a précisé que la résiliation peut être provoquée « dans les conditions mentionnées » par les autres alinéas de ce même article 9 ; or ceux-ci ne visent, quant à leur résiliation, que les baux de six ans au moins. Il serait logique d'en déduire que cette résiliation pour force majeure est exclue dans le bail de durée réduite que seuls les bailleurs établis hors de France ont la possibilité de conclure. De plus,

1. Cette conception très particulière de la volonté des parties est générale dans la loi du 22 juin 1982 ; cf. en plus de cet art. 9, al. 4, art. 3, dernier alinéa, 71, alinéa 3 et 72, alinéa 3.

2. De l'imprévisible – la force majeure – conventionnellement prévu ! Il est vrai qu'il ne s'agit que de prévoir la possibilité. Il faut noter que, cette fois encore, la clause peut être imposée unilatéralement par le bailleur à l'occasion d'un renouvellement.

l'ensemble de l'article 9 ne se réfère qu'aux baux les plus communs de six ans ; ce serait une raison supplémentaire de l'exclure pour les taux de moins de trois ans. Pourtant, le dernier alinéa de l'article 9 n'opérant aucune distinction et la force majeure ayant traditionnellement une puissante vertu dérogatoire[1], il faut admettre que cette résiliation très exceptionnelle sera possible dans tous les baux, quelle que soit leur durée.

Les bailleurs établis hors de France pourront, ensuite, refuser le renouvellement soit conformément au droit commun, s'ils ont consenti un bail de trois ou six ans, soit en toute liberté s'ils ont conclu un bail de brève durée ; dans ce dernier cas, il auront seulement l'obligation de réintégrer effectivement le logement à l'expiration du délai de préavis, c'est-à-dire sans bénéficier du délai ordinaire de six mois à compter du départ du locataire. Cette condition pourra être très gênante en pratique, même si, en contrepartie, la durée minimum de l'occupation n'est pas imposée[2].

La reprise pour habiter est donc assez largement ouverte à l'ensemble des bailleurs. Du moins l'est-elle davantage que la libération des lieux pour vendre !

2) La libération des lieux, à l'initiative du bailleur qui veut vendre son bien, a comme la précédente un double régime juridique. Il faut distinguer selon qu'il s'agit d'une résiliation, c'est-à-dire d'une rupture en cours de bail, ou d'un refus de renouvellement à l'achèvement du bail. Dans les deux cas, toutefois, subsiste un point commun. La « reprise » n'est pas conditionnée par une vente réalisée, par la découverte d'un acheteur ayant accepté l'offre du vendeur ; un projet de vente, un besoin de vendre suffisent, dès lors qu'ils sont réels et font l'objet des efforts normaux d'un bailleur qui cherche à se défaire de son bien, dès lors aussi que le droit de préemption du locataire est respecté. Aucun délai n'est imposé pour y parvenir[3].

---

1. Ajoutons que l'alinéa 2 de l'article 9, ainsi que son alinéa 4, se réfèrent également aux « conditions prévues au présent article », sans que la durée du bail puisse y être incluse. L'art. 4, al. 2, supprime expressément toute possibilité de résiliation des baux de trois ans.

2. Deux remarques le montreront. La première, c'est qu'il faudra toujours calculer la durée du bail de telle sorte que le délai de préavis s'achève à un moment où le bailleur, de retour en France, sera à même d'occuper. La deuxième remarque repose sur un exemple concret. Soit un bail conclu pour deux ans, le 1er août 1983, par un bailleur dont le retour est prévu pour le 1er août 1985. Son retour est retardé au 1er décembre. Il ne peut pas refuser le renouvellement parce qu'il ne s'installerait pas assez vite. La prorogation de l'article 17, al. 4, lui est fermée parce que son refus est fondé sur l'article 5 et non sur l'article 9, seul visé dans l'article 17. Dès lors, il faudra attendre la fin du bail renouvelé ou plaider l'interprétation que nous avons soutenue à propos de la résiliation et établir la force majeure ; mais sera-t-elle aussi aisément admise pour un retour retardé que pour un retour avancé ?

Il faut encore préciser que, face à un locataire âgé de soixante-dix ans au moins et aux ressources limitées, le bailleur établi hors de France, sauf s'il est lui-même âgé de plus de soixante ans, ne pourra invoquer la force majeure pour résilier le bail sans reloger son locataire. En revanche, il pourra refuser le renouvellement d'un bail de moins de trois ans, sans avoir à offrir un logement correspondant aux besoins du locataire.

3. A preuve l'article 11 qui prévoit seulement la notification au locataire des conditions et du prix de la vente, non de l'identité d'un acquérieur (même si, en pratique, il faut opérer autrement).

a) La résiliation pour vendre est impossible dans tous les baux d'une durée inférieure à six ans[1]. Dans les autres baux, elle peut être provoquée par le bailleur personne physique que des circonstances économiques ou familiales graves contraignent à vendre. Le propriétaire qui a besoin de disponibilités financières pour faire face à ses engagements ou pour acquérir le logement convenant aux besoins de sa famille peut résilier le bail, pourvu que ce soit « à l'issue de chaque période de trois ans ».

b) Le refus de renouvellement pour vendre est admis de tout bailleur ; cette fois, personnes physiques et personnes morales sont traitées de même façon. De même, il n'y a pas lieu de distinguer entre les baux de trois ans et les baux de six ans ; leur régime est uniformisé. Même les baux spéciaux conclus par les bailleurs établis hors de France donnent droit d'invoquer ce motif de refus de renouvellement.

Dans toutes les hypothèses, le bailleur peut refuser le renouvellement « à l'expiration du contrat initial ou du contrat renouvelé ». Surtout, il est notable qu'il ne puisse être demandé compte au bailleur des motifs de son intention de vendre dès lors qu'il s'agit, pour lui, de refuser le renouvellement. Il est libre de vendre[3] et libre de vendre des locaux vacants. Ni son locataire, ni aucun juge ne pourront prétendre exercer un contrôle des raisons pour lesquelles le propriétaire veut cesser de l'être, sauf dans les cas particuliers de fraude ou d'abus ; et ceci d'autant plus que le locataire pourra préempter[4].

Il faut insister sur la limitation infligée aux pouvoirs du juge éventuellement saisi d'un conflit. Il aura à apprécier les circonstances d'une résiliation pour vendre ; mais il ne pourra contrôler ni le besoin de logement dans l'hypothèse d'une reprise pour habiter, ni le motif de la vente lors d'un refus de renouveler pour ce motif. C'est ce qui oppose radicalement le régime des motifs déterminés de libération des lieux à l'initiative du bailleur et le régime des motifs indéterminés qui supposent une appréciation empirique, cas par cas.

B – Les motifs indéterminés de libération des lieux à l'initiative du bailleur sont régis par les articles 7, alinéa 4, et 8 de la loi du 22 juin 1982. « Le refus du bailleur de renouveler le contrat de location doit être fondé soit sur sa décision de reprendre ou de vendre le logement dans les conditions prévues par la présente loi – ce sont les motifs déterminés –, soit sur un motif légitime et sérieux, notamment l'inexécution par le locataire de l'une des obligations lui incombant en application de l'article 18 ». Cette dernière disposition ne doit être entendue ni comme un simple rappel de l'article 1184 du Code civil relatif à la résiliation judiciaire, ni comme une dérogation apportée

1. Baux de trois ans et baux de l'article 5 (bailleurs hors de France).
2. Mais non de choisir son acquéreur !
3. Cf. le rapport de M. le Professeur M. Dagot, *infra*.

à ce texte qui conserve tout son empire. Il ne s'agit, en effet, nullement de résilier, mais seulement de refuser le renouvellement.

La résiliation pour inexécution pourra encore, pour sa part, être prononcée par le juge ou faire l'objet d'une clause convenue entre les parties. Celle-ci perd d'ailleurs beaucoup de son efficacité ; l'article 25 de la loi prévoit, pour sa mise en œuvre non seulement la formalité du commandement de payer, mais encore la possibilité pour le juge d'accorder au locataire des délais de paiement pouvant aller jusqu'à deux ans[1].

Quant au refus de renouvellement, il suppose un motif légitime et sérieux (qui, évidemment, ne pourra être invoqué qu'à l'expiration du contrat initial ou du contrat renouvelé). Il faut comprendre que l'interruption des rapports contractuels, en principe renouvelés par l'effet de la loi, sera décidée et réalisée par le bailleur. Sa volonté unilatérale sera efficace à elle seule. Le contrôle du juge s'effectuera seulement a posteriori ; il n'y a donc aucune confusion possible avec une résiliation prononcée par le juge. De plus, le motif légitime et sérieux doit être défini beaucoup plus largement que l'inexécution fautive de l'article 1184 du Code civil ; il est également apprécié d'une manière originale.

1) Le motif légitime et sérieux doit être défini de manière suffisamment compréhensive pour englober toutes les hypothèses d'inexécution fautive, mais aussi bien d'autres hypothèses très différentes où le comportement du locataire sera hors de cause.

a) Tous les manquements du locataire à ses obligations principales constitueront, « notamment » dit l'article 7, des « motifs légitimes et sérieux » de ne pas renouveler le bail. Le propriétaire aurait pu, sans attendre le terme, en obtenir la résiliation judiciaire ; il peut a fortiori en refuser le renouvellement[2].

Tel est le principe qui ne fait guère difficulté ! Dans tous les cas où l'inexécution de ses obligations par le locataire serait considéré par les juges comme suffisamment grave pour justifier le prononcé de la résiliation, le bailleur peut, de sa propre initiative, et par l'envoi d'un congé, constater que le locataire n'a pas droit au renouvellement et, par conséquent, mettre obstacle à celui-ci.

Deux précisions doivent toutefois être données. D'une part, la transformation des lieux loués ne sera plus ni une cause de résiliation, ni un motif de refus de renouvellement, lorsque le bon fonctionnement des équipements ou la sécurité du local ne seront pas mis en péril[3]. D'autre part, le non-paie-

1. en attendant qu'il puisse rejeter la demande en résiliation pour inexécution : art. 26. Il faut remarquer que l'article 25 – et d'ailleurs l'article 26 – sont applicables seulement à la résiliation et non au refus de renouvellement.

2. A l'inverse, il ne peut résilier unilatéralement.

3. Dans le cas contraire, le bailleur, pouvant exiger la remise immédiate en l'état antérieur, peut aussi réclamer des dommages et intérêts, réclamer la résiliation ou refuser le renouvellement.

ment du loyer n'est pas nécessairement un motif légitime et sérieux de non-renouvellement, puisque le juge pourrait accorder des délais et pourra même, aux termes d'une loi future que l'article 26 se contente d'annoncer, rejeter toute demande en résiliation fondée sur ce motif ; il est probable que l'assimilation de la résiliation et du refus de renouvellement sera poussée jusque-là.

b) Le motif légitime et sérieux de refuser le renouvellement du bail peut certainement exister dans des circonstances où aucune faute n'est à reprocher au locataire. Dès lors que le bailleur, même s'il ne veut ni occuper les lieux, ni vendre son bien, a une raison « recevable » de ne pas maintenir le locataire en place, l'article 7 de la loi du 22 juin 1982 est satisfait. Par exemple, voici un bailleur propriétaire d'un appartement très vaste et difficile à louer ; il n'a pu en obtenir qu'un loyer assez faible. Sa décision de diviser le local en deux appartements distincts d'une rentabilité supérieure, devrait pouvoir constituer un juste motif de non-renouvellement dans le cas, notamment, où il pourrait établir que deux candidats-locataires se sont sont déjà présentés et acceptent de prendre à leur charge les frais inhérents à la division. Nulle condamnation dogmatique de la spéculation ne doit conduire à empêcher une telle opération de saine gestion d'un patrimoine immobilier.

Il n'est pourtant pas sûr qu'une telle interprétation parvienne à s'imposer. En pratique, il sera probablement difficile d'obtenir gain de cause en invoquant d'autres motifs que la faute du locataire. Le mode d'appréciation de ces motifs est là pour l'attester.

2) L'appréciation des motifs de non-renouvellement relèvera, comme il se doit, des juges du fond. Pourtant, ceux-ci n'interviendront le plus souvent qu'en second.

En effet, la Commission départementale des rapports locatifs, composée de représentants des bailleurs, des locataires et des gestionnaires, pourra avoir à statuer. C'est le locataire seul qui pourra la saisir pour contester le motif invoqué par le bailleur, à l'appui de sa décision de refuser le renouvellement[1].

L'important à noter est que les parties ne pourront agir en justice, soit avant d'avoir reçu notification de l'avis de la Commission, soit avant l'expiration d'un délai de deux mois à compter de la saisine de ladite instance. En la saisissant, le locataire déclenche donc une sorte d'exception préjudicielle à l'action en justice du bailleur. Une mesure aussi radicale, bien davantage en tout cas que celle consacrée pour les commissions de conciliation mises en place par les conventions collectives du travail, risque fort d'inciter les juges à faire grand cas de l'opinion, simple avis selon la loi, de la Commission.

En conclusion de cette étude, encore sommaire, de dispositions particulièrement complexes, la question pratique doit être posée de savoir si les

1. La question se posera de savoir si la Commission peut être saisie en cas de contestation par le locataire d'un motif de résiliation.

bailleurs devront préférer le bail de trois ans ou le bail de six ans[1]. Le régime du refus de renouvellement est identique ; par conséquent, le choix se fera en considération du régime de la résiliation. Le bail de trois ans ne comporte aucune possibilité de résiliation unilatérale pour le bailleur ; du point de vue de celui-ci, c'est donc un véritable bail à durée déterminée, automatiquement renouvelable. En revanche, le bail de six ans peut être résilié pour habiter ou pour vendre[2]. Cette souplesse plus grande le rendra sans doute préférable pour les bailleurs. Tel est, au moins, l'espoir du législateur en 1982 !

(Pour une présentation synoptique, voir les tableaux figurant en annexe).

1. Sauf à rappeler que ladite question ne se pose que pour les bailleurs personnes physiques ; les bailleurs personnes morales ne peuvent conclure que des baux de six ans et ces baux ne peuvent être résiliés par anticipation à l'initiative du bailleur.

2. Encore faut-il remarquer qu'au bout des trois premières années, la résiliation du bail de six ans est beaucoup moins libre que le refus de renouvellement du bail de trois ans. Cet inconvénient pourrait bien compenser celui de l'impossibilité de résiliation du bail de trois ans à la fin de la première, comme à la fin de la deuxième année (Voir le deuxième tableau figurant en annexe).

L'INCIDENCE DE LA LOI DU 22 JUIN 1982 SUR LA VENTE D'IMMEUBLE

par Michel DAGOT,
Professeur à l'Université des Sciences sociales de Toulouse,
Notaire associé à Toulouse

Le titre de la loi du 22 juin 1982, loi relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs, n'incite pas à penser qu'elle puisse avoir une incidence importante au regard de la vente d'immeuble, du contrat de vente d'immeuble. Après tout, aucune modification n'a été apportée à l'article 1743 du Code civil d'où résulte l'opposabilité du bail à l'acquéreur de l'immeuble. Pourtant était-il possible de réglementer le contrat de bail d'habitation sans modifier quelque peu le régime du contrat de vente d'immeuble. Après tout, le bailleur n'est-il pas un vendeur en puissance, par exemple lorsqu'il délivre un congé pour libérer le logement et le vendre. Inversement l'acquéreur n'est-il pas un bailleur en puissance. Si on tient compte de ce double phénomène[1], on est amené à constater qu'une loi comme celle du 22 juin 1982 ne pouvait demeurer sans effet, sans incidence, au regard du contrat de vente d'immeuble.

Cette incidence se manifeste à trois points de vue essentiellement. D'abord la loi Quilliot institue un nouveau droit de préemption ; dans la panoplie des droits de préemption institués par le législateur français, ce doit être aux alentours du 15ème. C'est le droit de préemption lié au congé pour vendre, donc à la volonté du bailleur de libérer le logement avant de le vendre[2]. En deu-

---

1. Dans le cadre d'une leçon d'agrégation, il serait possible d'adopter le plan suivant : 1) le bailleur, vendeur potentiel ; 2) l'acquéreur, bailleur potentiel. Le caractère quelque peu artificiel de la terminologie fera laisser de côté cette idée de plan.

2. On pourrait sans doute discuter qu'il s'agisse d'un véritable droit de préemption : le congé pour vendre peut être donné avant même que le bailleur ait trouvé, sinon même commencé à rechercher, un acquéreur. Dès lors, le mécanisme institué par l'article 11 de la loi du 22 juin 1982 n'implique pas toujours l'idée que le préempteur se substitue à la personne d'un acquéreur. Ne s'agissant pas ici d'étudier la nature juridique du nouveau mécanisme, on parlera du droit de préemption.

Pour les problèmes de nature juridique, on renverra à la thèse de Mme Saint-Alary-Houin, tout en formulant le regret, sinon la critique, que ce travail ait été limité au seul droit privé, laissant de côté les droits de préemption du droit public qui ne sont pas moins importants. Ce parti-pris est discutable car, dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de savoir ce qui reste de la liberté de choisir l'acquéreur. Le reste n'est que mise en œuvre et technique.

xième lieu, la loi du 22 juin 1982 a apporté un certain nombre de modifications au droit de préemption qu'avait institué la loi du 31 décembre 1975 ; il s'agit, on s'en souvient, du droit de préemption qui s'exerce lors de la première vente suivant la mise en copropriété de l'immeuble. Enfin, en troisième lieu, la loi du 22 juin 1982 a pris un ensemble de mesures destinées à l'information de l'acquéreur. Successivement, on examinera dans trois parties :

– le droit de préemption découlant d'un congé pour vendre ;
– les modifications apportées au droit de préemption du locataire en cas de mise en copropriété ;
– l'information de l'acquéreur.

PREMIERE PARTIE – LE DROIT DE PRÉEMPTION DÉCOULANT D'UN CONGÉ POUR VENDRE (Art. 11)

La loi du 22 juin 1982 institue un nouveau droit de préemption au profit du locataire ; il est lié au congé donné par le bailleur en vue de la vente du logement. Au départ, on est tenté de penser que ce droit de préemption a été institué pour renforcer le droit de préemption institué en 1975 dans le cadre de la première vente suivant la mise en copropriété de l'immeuble. Le législateur n'a-t-il pas cherché à éviter que le bailleur commence par libérer le logement en donnant congé au locataire, pour pouvoir ensuite le vendre libre de toute location, de manière plus libre. Ce raisonnement n'est pas inexact et correspond probablement au point de départ du raisonnement des rédacteurs de la loi du 22 juin 1982[1]. Mais il est loin de correspondre à l'analyse du texte en cause, de l'article 11 de la loi du 22 juin 1982. Le domaine d'application de ce texte est autrement plus considérable même si, du point de vue technique, on retrouve les mêmes problèmes analogues[2]. Au plan des idées, les deux droits de préemption profitant au locataire d'habitation ont sans doute des fondements différents. Dans le cadre de celui institué en 1975, il s'agit essentiellement de protéger le locataire dans le cadre de ce qu'il faut bien appeler une opération de marchand de biens[3]. Dans le cadre de l'article

1. On le retrouve au cours des travaux préparatoires de la loi. Mais que ne s'est-il pas dit au cours de ces travaux préparatoires... ?

2. Par exemple, que faut-il entendre par « vente » ? Convient-il d'adopter une interprétation restrictive, limitée à la vente véritable, ou faut-il assimiler toute aliénation (dation en paiement, échange, apport en société, cession de droits sociaux donnant vocation à l'attribution du logement, etc.) ?

3. Le droit de préemption institué en 1975 suppose au moins la division de l'immeuble par appartements et la vente par lots. Ce double aspect peut se retrouver en dehors des opérations de marchands de biens proprement dites : par exemple dans le cas d'une personne qui est propriétaire depuis longtemps de l'immeuble et décide de le vendre par lots, après l'avoir soumis au régime de la copropriété. En pratique, dans l'immense majo-
(Suite p. 73)

11 de la loi du 22 juin 1982, le législateur a cherché à concilier le droit à l'habitat reconnu au locataire[1], qui se traduit essentiellement par le droit au renouvellement du bail et, d'autre part, le droit pour le bailleur de s'opposer au renouvellement en vue de la vente du logement[2]. Partant de ces idées-là l'organisation des deux droits de préemption est sensiblement différente quant au domaine d'application même si au point de vue technique, les problèmes étant analogues, il a fallu y apporter une réponse souvent identique[3]. On commence par conséquent par quelques observations relatives à ce domaine d'application.

I -- Le domaine d'application.

Le domaine d'application de ce nouveau droit de préemption peut se définir par deux propositions en définitive très simples. D'une part, le champ d'application de ce droit de préemption n'est autre que le champ d'application de la loi du 22 juin 1982, lui-même. D'autre part, ne sont pas applicables à ce droit de préemption les restrictions qui existent au niveau du droit de préemption institué en 1975, remanié en 1980 et en 1982. Il existe enfin des exclusions dont on dira un mot.

A – Identité du domaine avec celui de la loi du 22 juin 1982.

L'article 11 de la loi ne formule aucune condition, limitation quant au champ d'application de ce nouveau droit de préemption ; c'est le congé en vue de vendre qui donne naissance, ouverture au droit de préemption. Mais il s'agit d'une modalité technique et non de la détermination du champ d'application ; il appartient au bailleur, et à lui seul, de donner ou de ne pas donner congé en vue de la vente. Sa liberté demeure entière au point de vue juridique[4] même si du point de vue économique, il n'en est évidemment pas de même.

(Suite de la note 3 de la p. 72).
rité des cas, la conjonction des deux aspects ne se retrouve que dans le cadre d'une opération de marchand de biens : acquisition de l'immeuble entier par un professionnel de l'immobilier, mise en copropriété, suivie de la vente par lots. Si la question du droit de préemption est apparue en 1975, c'est parce qu'en raison de la nouvelle réglementation de la construction, les opérations de marchands de biens se sont multipliées.

1. Art. 1, al. 1 de la loi du 22 juin 1982.

2. Le bailleur ne peut refuser le renouvellement du bail que pour des motifs déterminés, et définis de manière limitative par l'article 7, al. 4 de la loi du 22 juin 1982.

3. Par exemple, pour l'obligation mise à la charge du locataire de réaliser la vente dans un certain délai.

4. Au moins abstraitement car c'est seulement « à l'expiration du contrat initial ou du contrat renouvelé », que le bailleur peut ne pas renouveler le contrat de location (art. 10, al. 1).

Si le champ d'application du droit de préemption n'est pas autre que celui de la loi Quilliot elle-même, il faut poser le principe que ce nouveau droit de préemption est applicable toutes les fois que la loi du 22 juin 1982 est elle-même applicable. D'une autre manière, on peut dire que ce droit de préemption est applicable à toutes les locations soumises à la loi du 22 juin 1982. Partant de ce principe, il est aisé de définir le champ d'application de ce droit de préemption, tant en ce qui concerne l'application dans le temps qu'en ce qui concerne les locations entraînant l'ouverture du droit de préemption. S'agissant d'examiner ici l'incidence de la loi du 22 juin 1982 sur le contrat de vente d'immeuble, on renverra aux autres analyses de la loi du 22 juin 1982 pour la détermination de son champ d'application aux deux points de vue qui viennent d'être énoncées : l'application dans le temps de la loi et la détermination de son domaine quant à la nature des locations qui y sont soumises[1].

B – Inapplicabilité des conditions posées au droit de préemption de 1975.

Quelle que soit la portée et quelle que soit la nature des conditions auxquelles est subordonné le droit de préemption institué en 1975, ses conditions et ses restrictions, ne sont pas applicables au droit de préemption lié au congé en vue de vendre. Ces conditions seront étudiées par ailleurs puisque la loi du 22 juin 1982 a, de manière importante, modifié ces modalités, en définissant de manière différente le champ d'application du droit de préemption consécutif à la division de l'immeuble. Peu importe ici : aucune de ces restrictions n'est applicable. Une seule chose compte, c'est que la location considérée soit soumise à la loi du 22 juin 1982.

Les conséquences du principe sont nombreuses. Peu importe que le logement considéré dépende ou ne dépende pas d'une copropriété ou, maintenant, d'une division. Peu importe que la vente considérée soit la première après la division de l'ensemble immobilier ; peu importe la nature exacte du logement considéré, qu'il s'agisse d'un appartement dépendant d'un bâtiment collectif, ou d'une maison individuelle, ou faisant partie d'un groupe de maisons.

La seule chose qui compte, c'est que la loi du 22 juin 1982 soit applicable, ce qui implique pour l'essentiel qu'il s'agisse :

---

1. C'est le principe qui est posé par l'application, tellement sont confuses les dispositions transitoires de la loi (art. 71).

Pour les commentaires déjà publiés, voir B. Vial et Ch. Atias, « Principes généraux du nouveau droit du bail », *J.C.P.*, Ed. Not., 1982.I., p. 197. Voir aussi, M. Préa, Conférence sur la loi Quilliot, *J.C.P.*, Ed. not. 82, Prat. n° 8 361, p. 409 ; A. Lassaubatjeu-André, « Le nouveau régime des baux d'habitation et des baux d'habitation et professionnels », Rép. Defrénois 1982,I, art. 32928, pp. 1 185 à 1 224.

M.Vion, « Champ d'application et entrée en vigueur du nouveau statut des rapports locatifs », *Rép. Not. Defrénois*, 1982, art. 32 917, pp. 1 105 à 1 123 ; voir aussi les commentaires de MM. Belot et Legrand, *Gaz. Pal.*, 1er août 1982, de MM. Cordelier et Boussaéon, *Actual. Jur.*, PI, 1982, p. 575.

– de locaux à usage d'habitation,
– de locaux à usage mixte professionnel et d'habitation,
– des garages, places de stationnement, jardins et autres locaux, loués accessoirement au local principal par le même bailleur (art. 2 de la loi 22 juin 1982). Il faut mais il suffit de réserver les exclusions formulées par l'alinéa 6 de l'article 11.

C – Les exclusions de l'alinéa 6.

L'alinéa 6 de l'article 11 formule deux exclusions au droit de préemption. L'une prend en considération le lien de parenté existant entre le bailleur-vendeur et l'acquéreur : lorsque la vente intervient entre parents jusqu'au troisième degré. Sans doute la situation née de l'alliance doit-elle être traitée pareillement[1]. En toute hypothèse, il faut que l'acquéreur occupe le logement pendant un certain délai, celui déterminé à l'article 9 de la loi, soit 2 ans.

La 2ème exclusion concerne la nature de certains immeubles, ceux qui sont mentionnés au 2ème alinéa de l'article 1er de la loi du 4 avril 1953[2].

II – L'offre de vente.

Le droit de préemption institué par la loi du 22 juin 1982 prend place dans le cadre de la technique du congé donné par le bailleur au preneur à bail, au locataire. Ce droit de préemption naît du congé qui vaut offre de vente : d'où le titre de ce paragraphe. C'est la première étape du droit de préemption, lié au comportement du bailleur ; après quoi il conviendra d'étudier la réponse du preneur à bail, dans le paragraphe suivant. A s'en tenir pour l'instant au congé, on envisagera successivement l'origine de l'offre de vente, puis ses effets.

---

1. Dans le cadre du droit de préemption de 1975, on tient compte de l'alliance jusqu'au 4e degré inclus ; l'alliance est mise sur le même pied que la parenté. Mais le texte relatif au droit de préemption de 1975 vise expressément l'alliance (art. 10-III, al. 2). A l'inverse, l'article 11 ne parle que de la parenté. D'où sans doute une discussion à ce sujet. Les deux thèses sont possibles : ou prise en compte de l'alliance sur la base de l'analogie avec l'autre droit de préemption ou sur la base de caractère traditionnel de l'assimilation. Ou en sens opposé, refus de traiter l'alliance comme la parenté à partir de l'omission (peut-être volontaire) de l'article 11 !

2. Le texte en est issu de la loi du 31 décembre 1975 qu'on retrouvera à propos du droit de préemption consécutif à la mise en copropriété : « jusqu'au 31 décembre 1980, est interdite à peine de nullité toute division par appartements d'immeubles ayant fait l'objet d'une acquisition à titre onéreux, d'un échange ou d'un apport en société, depuis la publication de la présente loi et qui, lors de l'acquisition, de l'échange ou de l'apport en société comportaient pour le quart au moins de leur superficie totale, des logements loués ou occupés classées dans la catégorie IV pour l'application de la loi du 1er septembre 1948. Cette interdiction ne s'applique pas lorsque l'immeuble a été acquis par une collectivité publique, un organisme d'H.L.M. ou une société d'économie mixte ».

A – L'origine de l'offre de vente.

L'offre de vente qui constitue l'essentiel du droit de préemption trouve son origine dans un congé délivré par le bailleur au preneur. Il ne s'agit pas pour autant de n'importe quel congé, mais de celui qui est délivré en vue de la vente. On peut dire sommairement, sinon abusivement, que la loi du 22 juin 1982 a réglementé deux sortes de congé donné par le bailleur ; c'est l'hypothèse du congé en vue de la vente qui nous intéresse pour l'essentiel.

Le droit de préemption de l'article 11 est indissolublement lié au congé. Cela signifie que si le bailleur vend le logement occupé, l'acquéreur l'acceptant, il n'y a pas ouverture du droit de préemption. Celui de l'article 11 est donc très différent par exemple du droit de préemption du preneur du bail rural ; il n'existe que si, profitant de l'expiration du bail, le bailleur donne congé, alors que le preneur à bail rural bénéficie du congé à l'occasion de toute vente ; la différence s'explique par le fondement du droit de préemption : dans le cas du preneur à bail rural, on reconnaît au preneur une véritable propriété culturale ou analogue ; dans le cas de l'article 11 il s'agit uniquement de protéger le droit à l'habitat : dans l'hypothèse où aucun congé n'est délivré au preneur, le droit à l'habitat n'est pas menacé, pas plus son droit au renouvellement du bail à son expiration ; il n'y a pas droit de préemption de l'article 11 puisqu'il n'y a pas congé pour vendre [1].

Au point de vue de la *forme*, le congé obéit aux règles ordinaires du congé, telles que les réglemente l'article 17 de la loi : le congé peut être donné soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, soit signifié par exploit d'huissier.

Il est déjà plus important d'envisager le *contenu* du congé : le congé doit indiquer le motif pour lequel il est donné (art. 17, al. 3). Dans l'hypothèse, il s'agira donc d'un congé donné en vue de la vente du logement. Le défaut de motif dans le congé est une cause de nullité du congé (art. 17, al 3 in limine). Seul le preneur à bail à intérêt à invoquer la nullité ; celle-ci sera donc traitée comme une nullité relative. L'exigence que soit indiqué dans le congé le motif allégué est une règle générale, commune à tous les congés.

---

1. Le fait générateur du droit de préemption de l'article 11, c'est le congé pour vendre, non pas la vente elle-même, à l'inverse de ce qui se passe pour le droit de préemption du preneur à bail rural, et non pas certaines ventes comme dans le cas du droit de préemption institué en 1975.

Il en résulte notamment que le bailleur, lorsqu'il donne congé pour vendre n'a pas à justifier d'un projet précis de vendre.

DROIT DE PRÉEMPTION			
	Preneur à bail rural	Loi 1975 (art. 10)	Art. 11, Loi 22.6.82
Fait générateur du Droit de préemption	Toute vente	. 1ère vente . suivant la division de l'immeuble	le congé en vue de vendre

Mais le congé en vue de la vente doit comporter des indications supplémentaires, propres à ce cas particulier de congé. Ces indications supplémentaires tiennent compte de l'ambivalence du congé (à la fois congé, et offre de vente), et ont pour but de permettre au preneur à bail d'exercer à bon escient son option. Le congé doit donc indiquer en outre le prix et les conditions de la vente projetée (art. 11). Là encore, le défaut d'indication à cet égard est une cause de nullité ; là encore, il faut entendre celle-ci comme une nullité relative, pour la même raison que dans le cas précédent.

Au point de vue pratique, de telles exigences ne sont pas toujours aisées à mettre en œuvre. On peut sommairement envisager deux groupes d'hypothèses. Dans le 1er groupe, le bailleur a effectivement trouvé un candidat acquéreur et est d'accord avec ce dernier sur les bases de la transaction. Il y a effectivement projet de vente ; le problème qui demeure est celui de la purge du droit de préemption du locataire, l'acquéreur entendant acquérir un logement libre de toute location. Il n'est pas particulièrement difficile d'adresser au locataire un congé en vue de la vente, pour autant bien entendu qu'on se trouve à l'une des périodes auxquelles il est possible de donner un tel congé. Ceci étant supposé, le congé pourra contenir effectivement les indications relatives au prix et aux conditions de la vente.

Dans le second groupe d'hypothèses, il n'en est pas du tout de même : il faut supposer que le bail en question arrive à l'expiration de l'une des périodes auxquelles le bailleur est en droit de délivrer le congé en vue de la vente. Le bailleur n'est peut-être pas encore très bien fixé sur les modalités de la vente, n'a pas encore prospecté le marché et délivre le congé en vue de la vente. Si l'indication du motif allégué ne soulève pas de problème, il n'en est pas de même en ce qui concerne le prix et les conditions de la vente (entrée en jouissance, modalités de paiement du prix, etc.). Qui plus est, à ce moment-là le bailleur a en règle générale tendance à surestimer la valeur de son bien ; il sera donc tenté de délivrer congé en vue de la vente en y faisant figurer un prix supérieur à celui qu'il pourra effectivement obtenir lorsqu'il aura mis le logement sur le marché et prospecté les candidats acquéreurs. En définitive, dans une situation de ce genre, le congé aura été donné dans le vague avec des indications qui vont être controuvées lorsque, quelques mois plus tard, un acquéreur sera trouvé et la vente réalisée. Ce sera là une source de difficultés sérieuses en pratique, difficiles à éviter, surtout compte tenu de la tendance des vendeurs à surestimer la valeur de leurs biens, au moins au départ[1].

Le bailleur n'en sera pas moins tenu de faire figurer dans le congé en vue

1. L'hypothèse dans laquelle le bailleur commence par libérer le logement pour y effectuer des travaux de remise en état, pour enfin chercher un acquéreur, n'est en définitive qu'une variété, plus complexe, de l'hypothèse précédente.

Que dire de l'hypothèse dans laquelle, avant d'avoir cherché ou trouvé un candidat acquéreur, le bail leur délivre le congé en vue de la vente ; il libère ainsi le logement mais, par la suite, se ravise et ne vend pas le logement. Peu importe la raison de ce changement d'idée. Le motif énoncé dans le congé s'avère inexact ; cela entache-t-il le congé de nullité ? Cela est probable. La question ne relève pas tellement de l'étude du droit de préemption et sera donc laissée de côté ici.

de vendre les indications relatives au prix et aux conditions de la vente. Il ne pourra se contenter de demeurer dans le vague, à peine de voir le preneur à bail soutenir que le congé n'est pas régulier dans la forme, et est entaché de nullité. Avant d'envisager les conséquences de telles situations qui sont fonction de l'attitude du locataire, il convient de décrire rapidement les effets de l'offre de vente.

B – Les effets de l'offre de vente.

On ne parlera pas tellement de l'*effet principal* attaché à l'offre de vente, qui est de permettre au locataire de se porter acquéreur selon des modalités, au demeurant, assez particulières. On retrouvera le problème avec l'option du locataire, en particulier lorsqu'il décide de se porter acquéreur.

– Le *premier effet secondaire*, si on peut dire qu'il s'agit d'un effet, puisqu'en réalité la question est plutôt liée au congé lui-même, est que *le délai de préavis continue à courir*. On aurait pu envisager une suspension du délai de préavis pendant la période au cours de laquelle le locataire bénéficie d'un temps de réfléxion. Ce n'est pas le cas : le préavis commence à courir du fait du congé. L'existence du droit de préemption n'y porte pas atteinte. La solution résulte de l'alinéa 2 de l'article 11 : à l'expiration du délai de préavis, si le locataire n'a pas accepté l'offre de vente, il est déchu de tout titre d'occupation sur le local. C'est la preuve que le congé a produit son effet et que l'existence d'un délai de réflexion pour le locataire ne porte pas atteinte à l'efficacité du congé, au fait que le délai de préavis court. En réalité, si on envisage la question du côté de la formation du contrat de vente, il serait sans doute préférable de présenter le problème de manière inverse : il ne s'agit pas d'un effet secondaire de l'offre de vente, mais d'une absence d'effet : le délai de préavis court et continue à courir comme s'il n'existait pas de délai pour accepter l'offre. En réalité, ce délai va non pas s'ajouter au délai de préavis mais s'imputer sur ce dernier. On retrouvera la question dans un instant avec l'option du locataire.

– Le *deuxième effet* est d'ouvrir au profit du locataire un *délai pour accepter l'offre de vente* ; celle-ci est valable pendant un certain délai que l'article 11 fixe à deux mois. Alors que le délai de préavis découlant du congé est fixé par l'article 17 à trois mois, l'offre de vente découlant du même congé donné en vue de la vente n'est valable que pendant deux mois, de manière plus précise pendant les deux premiers mois du délai de préavis. Le délai de préavis est plus long que le délai de validité de l'offre de vente. Pendant ces deux premiers mois, le locataire bénéficie, face à l'offre de vente résultant du congé, d'une option, selon que le locataire décide d'accepter ou non l'offre de vente. On envisagera successivement les deux hypothèses.

III – L'option du locataire.

Deux hypothèses se présentent, selon que le preneur à bail, le locataire, accepte ou n'accepte pas l'offre de vente résultant du congé en vue de la vente. On commencera par l'hypothèse qui soulève le moins de problèmes juridiques, celle dans laquelle le locataire n'accepte pas l'offre de vente.

A – Le locataire n'accepte pas l'offre de vente.

Pour ce faire, il lui suffit de ne pas accepter l'offre de vente résultant du congé ; s'il laisse s'écouler les deux mois au cours duquel il pourrait accepter l'offre de vente, il sera réputé ne pas avoir accepté l'offre de vente. Le silence équivaut ici à un défaut d'acceptation de l'offre de vente[1].

Rien n'interdit au demeurant au locataire de renoncer de manière expresse, sans attendre l'expiration du délai de deux mois. Ce délai est conçu comme un délai pour accepter l'offre de vente, et non pas comme un délai de réflexion obligatoire pour l'acquéreur. Dès le lendemain, sinon le jour même, où il reçoit le congé, le preneur à bail peut aussi bien accepter l'offre qu'y renoncer. Il n'y a pas de délai de réflexion à respecter.

Est-ce à dire que le locataire pourrait renoncer à accepter l'offre avant même d'avoir reçu le congé ? On peut en douter car tant qu'il n'a pas reçu l'offre de vente, son droit de se porter acquéreur n'est pas né. Y renoncer par anticipation serait sans doute contraire à la solution traditionnelle. En un domaine où tout est d'ordre public (art. 2), la renonciation anticipée ne paraît guère possible ; de manière plus précise, elle ne peut l'être que pour autant qu'elle le soit par rapport à des données concrètes et précises relatives au prix et aux conditions de la vente. En définitive, ce n'est peut être pas tellement le moment de la renonciation qui importe le plus que le fait que la décision de l'acquéreur est ou n'est pas prise en fonction d'un projet précis (prix déterminé ainsi que les conditions de la vente). Dans ces conditions, il ne semble pas qu'il y ait d'empêchement de principe à agir comme cela se pratique couramment à propos du droit de préemption du preneur à bail rural : ce dernier intervient à l'acte de vente pour renoncer au droit de préemption ; intervenant à l'acte de vente, il est parfaitement informé des modalités de la vente[2]. Sa renonciation intervient en connaissance de cause[3].

---

1. C'est le contraire de l'adage : qui ne dit mot consent.
2. Il est même mieux informé que s'il avait reçu uniquement la notification du projet de vente, en vue de la purge du droit de préemption. Au demeurant, l'un n'exclut pas l'autre.
3. L'opinion est avancée sous réserve de l'interprétation souveraine des tribunaux. La solution étant admise à propos du droit de préemption du preneur à bail rural (Voir J. Savatier, Encycl. Dalloz, *Rép. dt. civ.*, Baux ruraux, n° 349 et s.), on comprendrait mal qu'elle ne soit pas reçue ici.

B – Le locataire accepte l'offre de vente.

La *forme de l'acceptation* ne paraît pas réglementée par le texte de l'article 11. En partant de l'idée du parallélisme des formes, on peut penser que cette acceptation pourra prendre la forme soit d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception, soit d'une signification par exploit d'huissier. Compte tenu du consensualisme dans lequel baignait traditionnellement le droit de la vente, ce qui importe le plus est une question de preuve ; dans cette optique, l'acceptation pourra revêtir n'importe quelle forme.

Le *délai pour accepter l'offre* est, on l'a déjà vu, de deux mois. Il s'agit des deux premiers mois du délai de préavis. Un problème se posera : faut-il que, dans le délai de deux mois, le bailleur ait été informé de l'acceptation de l'offre par le locataire ou suffit-il que ce dernier ait manifesté son intention d'accepter l'offre ? La question est celle, traditionnelle, de la formation du contrat par correspondance. Compte tenu du consensualisme auquel obéit en principe la formation du contrat de vente mais aussi et surtout du fait que l'article 11, alinéa 3 tient compte, à un autre propos il est vrai, de la date d'envoi par le locataire de sa réponse au bailleur, on pourra penser que ce qui importe le plus c'est la date d'émission de l'acceptation par l'acquéreur[1]. Les praticiens penseront, de leur côté, et ils n'auront pas tort de le faire, qu'il est préférable de ne pas attendre le dernier jour pour faire partir la lettre recommandée d'acceptation d'autant que le locataire ne sera pas, malgré l'acceptation, obligé d'acquérir. C'est le problème du contenu de l'acceptation et de ses effets.

Le *contenu* de l'acceptation soulève un problème délicat ; il est en quelque sorte à double détente. D'une part, et en toute hypothèse, il s'agit de l'acceptation de l'offre de vente qui résulterait du congé en vue de vendre. On verra dans un instant les conséquences qui en résultent au plan de la formation du contrat. D'autre part, l'acquéreur a la possibilité de notifier son intention de recourir à un prêt ; dès lors l'acceptation par le locataire de l'offre de vente est subordonnée à l'obtention du prêt ; en quelque sorte, l'acceptation devient conditionnelle, sous la condition suspensive de l'obtention du prêt. La loi du 22 juin 1982 ne parle pas de la condition suspensive ; pourtant elle est dans la droite ligne de la loi du 13 juillet 1979, dite loi Scrivener 2. Dire que l'acceptation est subordonnée à l'obtention du prêt, ce n'est pas autre chose que d'instituer une condition suspensive d'obtention de ce prêt.

La notion d'obtention du prêt n'est pas plus définie ici qu'elle ne l'était dans la loi de 1979. On ne reprendra pas les discussions interminables qui ont pris naissance en 1979. Pas plus on ne reparlera de la possibilité largement ouverte à l'acquéreur de faire aboutir ou non le prêt, en sorte que l'ensemble du système a un caractère potestatif, abandonné à la volonté du locataire-candidat à l'acquisition.

---

1. Sur les incertitudes du droit commun quant au moment de la formation du contrat par correspondance, voir A. Breton, Encycl. Dalloz, *Rép. dt. civ.*, « Consentement », n° 80 et s.

Les *effets* de l'acceptation de l'offre de vente sont sans doute plus novateurs. Il faut les envisager sur au moins trois plans différents.

Le premier effet est de proroger le contrat de location. Le délai pendant lequel le locataire bénéficiait du droit d'option (deux mois) augmenté du délai de réalisation de la vente (deux ou quatre mois selon le cas) est supérieur au délai de préavis que l'article 17 fixe à trois mois ; à tout le moins, et dans la meilleure hypothèse, il aurait manqué un mois, au cours duquel le locataire n'aurait plus eu de titre à l'occupation, n'étant plus locataire en titre et n'étant pas encore acquéreur définitif. Il fallait donc envisager une solution de transition. D'où la prorogation du contrat de location jusqu'à l'expiration du délai de réalisation de la vente.

Le deuxième effet de l'acceptation est d'ouvrir un délai de réalisation de la vente. Ce délai est en règle générale de 2 mois ; mais si l'acquéreur notifie son intention de recourir à un prêt pour le financement de l'acquisition, le délai est porté à 4 mois. En toute hypothèse, un locataire averti ou normalement conseillé déclarera au départ avoir recours à un prêt de manière à bénéficier d'un délai plus long, quitte à ne pas y recourir par la suite. Il ne semble pas qu'il court un grand risque à agir de cette manière si le bailleur soutient que le locataire avait à tort, et sans fondement, déclaré son intention de recourir à un prêt. De toute manière, le bailleur ne demandera pas mieux que d'en terminer avec la vente du logement, qu'il y ait ou non recours à un prêt de la part de l'acquéreur[1].

Le délai de réalisation de la vente court à compter de la date d'envoi de la réponse du locataire au bailleur. C'est donc le système de l'émission qui est ici retenu. Qu'il y ait recours à une lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou signification par exploit d'huissier, le point de départ ne soulève pas de difficulté de détermination si du moins il a été recouru à l'un de ces deux procédés.

Chacun pensera ce qu'il voudra de la longueur du délai conféré au locataire pour réaliser la vente. Comparé au droit de préemption des Z.I.F., le délai ouvert par la loi du 22 juin 1982 est nettement plus court. Cela implique-t-il qu'on doive considérer comme plus efficace un locataire qu'une ad-

---

1. Un jour ou l'autre, la question se posera : on verra un bailleur-vendeur soutenir que le locataire est déchu du droit d'acquérir pour l'avoir trompé sur les modalités de financement de l'acquisition. Une telle situation pourra se présenter toutes les fois où un conflit se sera élevé entre bailleur et preneur à bail, pour une raison quelconque, dans les cas également où le bailleur préfererait vendre à un autre que le locataire, etc.

Il appartiendra aux tribunaux de dire si l'erreur involontaire ou la faute volontaire commise par le locataire est de nature à entraîner sa déchéance. Faute d'une décision judiciaire ou d'un accord entre les intéressés, il ne paraît pas possible de réaliser la vente au profit d'un autre que le locataire au seul motif que ce dernier est déchu de son acceptation en raison de l'erreur ou de la faute commise relativement aux modalités de financement de l'acquisition.

En toute logique – mais les lois modernes sont-elles logiques ? – la fausse déclaration par l'acquéreur devrait suivre le même sort que la fausse déclaration par le vendeur au titre du congé (voir *supra*, note 1 p. 77). Il y a une réflexion d'ensemble à mener sur la fausse déclaration d'intention...

ministration municipale qui, elle, bénéficie d'un délai de 10 mois pour réaliser la vente. A chacun de penser ce qu'il préfère.

Le troisième effet de l'acceptation de l'offre de vente est de ne pas rendre celle-ci parfaite. Il y a là une dérogation assez notable au droit commun de la vente qui, enseignait-on naguère, est parfaite du fait de la seule rencontre de volontés. Ici, il y a bien accord de volontés du fait de la rencontre entre l'offre de vente et l'acceptation de l'offre. Il n'y a pas pour autant perfection au sens traditionnel du terme. Cette absence de perfection ne découle pas d'une éventuelle possibilité, comme cela existe pour certains droits de préemption, de faire diminuer le prix en justice. Le locataire, au moins pour l'instant, ne bénéficie pas d'une telle possibilité. S'il accepte l'offre de vente résultant du congé en vue de vendre, ce ne peut être que telle qu'elle a été formulée, sans possibilité de faire réduire judiciairement le prix.

L'absence de perfection du contrat découle de la recherche de la protection du bailleur : le problème pour le bailleur, comme d'ailleurs dans le fonctionnement des autres droits de préemption, est que le titulaire du droit de préemption, ayant décidé de préempter, ne tarde pas de manière excessive pour réaliser l'opération et payer le prix. Déjà les délais qui sont accordés au locataire dans le régime de l'article 11 de la loi du 22 juin 1982 sont importants : six mois au total lorsque le locataire notifie dans son acceptation son intention de recourir à un prêt. Encore faut-il que sous un prétexte ou l'autre le délai ne soit pas allongé, etc.

D'où l'obligation formulée à l'encontre du locataire qui a accepté l'offre de vente de réaliser l'acte de vente dans le délai qui lui est imparti : deux ou quatre mois selon qu'il n'a pas recours ou a recours à un prêt pour financer l'acquisition. Que faut-il entendre par réalisation de l'acte de vente ? Pas plus qu'avec la notion d'obtention d'un prêt, l'idée d'une réalisation n'est guère mieux définie au point de vue juridique. Sans doute faut-il envisager ici la signature de l'acte de vente avec la constatation du paiement du prix.

Supposons en premier lieu que cette signature intervienne dans le délai imparti. Il y a eu réalisation, transfert de propriété et paiement du prix. La situation est définitivement dénouée ; il y a interversion de titre : le locataire est devenu propriétaire.

Supposons en deuxième lieu que la signature de l'acte de vente n'intervienne pas dans le délai imparti. La loi du 22 juin 1982 a voulu se montrer très stricte à cet égard, et dénouer la situation sur les deux plans, celui du contrat de vente et celui du contrat de bail : à l'expiration du délai de réalisation l'acceptation de l'offre de vente est nulle de plein droit ; il s'agit d'une nullité de plein droit donc qui n'est subordonnée à aucune formalité, mise en demeure ou autre. Elle est instituée dans l'intérêt du bailleur qui peut seul s'en prévaloir ; d'autre part le locataire est déchu de plein droit de tout titre d'occupation. Le défaut de réalisation de l'acte de vente dans le délai imparti doit donc se traduire par la libération du logement par le locataire qui n'a plus aucun titre à l'occuper.

Il reste sans doute à savoir si l'application de cette règle, voulue stricte et rigide par le législateur, pourra l'être autant en pratique : le bailleur n'aura-t-il

pas dans certains cas au moins intérêt à proroger le délai pour permettre au locataire de réaliser la vente, plutôt que de l'expulser et rechercher un nouvel acquéreur plus efficace ou plus solvable ? De son côté, le locataire n'aura-t-il pas tendance à prétendre qu'il y a eu un cas de force majeure mettant obstacle à la réalisation de la vente, au niveau par exemple de l'obtention du prêt ou de la purge d'un droit de préemption d'autant que la loi du 22 juin 1982 ne paraît avoir rien prévu pour régler le conflit entre différents droits de préemption.

Au point de vue de l'analyse juridique, force est de constater que la seule acceptation par le locataire de l'offre de vente résultant du congé en vue de vendre ne rend pas la vente parfaite ; elle est d'abord subordonnée à la condition suspensive d'obtention du prêt si le locataire a déclaré son intention de recourir à un tel prêt. Elle est ensuite surbordonnée à la réalisation de l'acte de vente dans un certain délai : à cet égard, la situation est analogue à celle qui résulte des avants-contrats immobiliers soumis à la condition suspensive de la signature de l'acte notarié constatant la vente. Sans doute, cette interprétation (au moins sur le 2e point) sera-t-elle contestée ; elle est pourtant la seule à donner une solution inattaquable au point de vue de l'enregistrement : si en effet la vente était considérée comme absolument parfaite dès l'acceptation par l'acquéreur de l'offre de vente (dans l'hypothèse où il n'a pas recours à un prêt), les droits d'enregistrement seraient dûs dans le mois ; passé ce délai, les pénalités pour retard seraient exigibles. Et si la réalisation de la vente n'intervenait pas dans le délai, faute d'une constatation judiciaire, il n'y aurait pas lieu à la restitution des droits. La seule solution pour éviter ces inconvénients auxquels le législateur de 1982 ne paraît pas avoir songé consiste à considérer que l'acceptation de l'offre de vente est subordonnée à une double condition suspensive : celle du prêt si le locataire a déclaré recourir à un prêt, et celle de la signature du contrat de vente notarié en toute hypothèse.

IV – Sanctions du droit de préemption.

Plusieurs sanctions sont prévues par la loi du 22 juin 1982, qu'on envisagera rapidement.

A – Sanction pénale.

L'article 68 prévoit une incrimination pénale à l'encontre du propriétaire qui aura exercé de manière frauduleuse le droit de résiliation ou le droit de non-renouvellement du contrat, prévus aux articles 9 et 10 ; il ne semble pas impossible éventuellement de faire appel à la sanction édictée par l'article 68, à condition de prouver la fraude dans le comportement du bailleur. La sanction est une amende qui va de 1 000 F à 50 000 F.

B – La nullité du congé.

On a déjà pu faire allusion à la nullité du congé si certaines prescriptions ne sont pas respectées. Il faut indiquer le motif allégué, ici le projet de vendre. Il faut que le congé contienne l'indication du prix et des conditions de la vente projetée. Sans doute, ce ne sont pas les seules causes de nullité du congé ; il faut au moins y ajouter le fait que le congé en vue de vendre n'a pas été donné à bonne date, lorsque le législateur de 1982 permet au bailleur de ne pas renouveler ou de résilier le contrat de location. Le problème relevant de l'étude du bail, on se contentera d'en signaler ici l'existence et de renvoyer aux autres études consacrées à la loi du 22 juin 1982. L'idée qui nous intéresse ici est que le défaut de respect des prescriptions afférentes au congé en vue de vendre, sinon au droit de préemption lui-même, est susceptible d'entraîner la nullité du congé. On a déjà dit qu'il s'agissait de mesures protectrices du locataire ; c'est donc une nullité relative qui sera éventuellement applicable.

C – La faculté de substitution.

L'alinéa 4 de l'article 11 institue une véritable faculté de substitution, un droit de retrait, au profit du locataire. Il s'agit là d'une sanction civile qui peut être efficace et dont la mise en œuvre pratique soulèvera un certain nombre de difficultés.

a) Conditions du droit de retrait.

1) Titulaire du droit de retrait.

C'est le locataire qui est titulaire du droit de retrait[1]. S'il a déjà libéré les lieux, c'est l'ancien locataire qui demeure, malgré sans doute l'extinction du contrat de location, malgré la libération des lieux, titulaire de ce droit de retrait. Ce qui est peut-être plus surprenant encore, c'est qu'il n'y ait pas, semble-t-il, de *limite dans le temps* à ce droit de retrait.

Exemple : en vue de la vente, le bailleur délivre un congé respectant les conditions légales ; le locataire n'accepte pas l'offre de vente et, à l'expiration du délai de préavis, libère les lieux. Six mois plus tard, le bailleur trouve enfin un acquéreur mais à un prix inférieur à celui auquel il avait proposé la vente au locataire. Bien qu'un délai de six mois se soit écoulé, bien que le locataire

1. C'est en tant que tel qu'il a reçu le congé. A la différence de la loi de 1975, l'article 11 de la loi du 22 juin 1982 ne vise pas l'occupant de bonne foi ; il est vrai qu'avec les nouvelles conceptions mises en œuvre, il ne devrait plus y avoir place pour cette notion toutes les fois où est applicable la loi Quilliot : le locataire bénéficiant d'un véritable droit au renouvellement de son bail, y a-t-il encore place pour une occupation de bonne foi ? A vrai dire, la notion ne disparaît pas complètement mais se voit reconnaître un domaine considérablement réduit, ce qui explique sans doute que l'occupant de bonne foi n'ait pas été mis sur le même pied que le locataire.

ne le soit plus et ait libéré les lieux, ne va-t-il pas bénéficier du droit de retrait à titre de sanction ? Le législateur n'ayant pas posé de limite dans le temps, faut-il en prévoir une et, si oui comment ? L'instauration d'une telle limite serait sans doute souhaitable car il n'est pas normal de laisser subsister pendant un temps peut-être indéfini ce droit de retrait.

La limite qu'on pourrait instituer est semble-t-il la libération des lieux : à partir de ce moment-là, le locataire n'est ni locataire ni occupant des lieux. Pourquoi et comment lui maintenir un droit subsidiaire, celui de se substituer à tout acquéreur qui acquérait à des conditions plus avantageuses ? Il n'est pourtant pas sûr que la jurisprudence s'oriente en ce sens car l'extinction du droit de retrait au bout des trois mois de préavis rendrait assez aisées de nombreuses fraudes au droit de préemption du locataire.

Une autre limite peut être envisagée avec le délai de 18 mois à compter de la cessation du bail ; ce délai, institué par la loi elle-même[1] n'a-t-il pas pour effet de rompre le lien avec le précédent bail et de restituer au bailleur la liberté de fixation du nouveau loyer ? Il s'agirait en définitive ici de consacrer au plan général (celui de la solution de continuité avec le bail antérieur) une solution particulière affirmée à propos du loyer du nouveau bail.

Si le locataire est encore dans les lieux, par exemple parce que la vente intervient avant l'expiration du délai de préavis[2] c'est encore le locataire qui pourra exercer le droit de retrait.

2) Vente à un tiers.

La faculté de retrait n'est ouverte au locataire que dans la mesure où la vente intervient au profit d'un tiers. N'est pas un tiers l'un des locataires dans la mesure où il y avait plusieurs cotitulaires du bail ce qui soulève le problème, non envisagé par la loi de 1982 à la différence de celle de 1975, d'une pluralité de locataires ou d'occupants de bonne foi[3].

Si la vente est intervenue au profit d'un parent jusqu'au 3e degré inclus du bailleur, et si ce parent-acquéreur occupe le logement pendant le délai prévu à l'article 9, il n'y aura pas non plus vente à un tiers au sens de l'article 11 : une telle vente ne pouvait donner ouverture au droit de préemption lui-même (art. 11, al. 6) ; elle ne donnera pas plus naissance au droit de retrait au profit du locataire : la solution paraît commandée par la logique.

3) Prix ou conditions plus avantageux.

La faculté de retrait n'est ouverte au locataire que dans la mesure où la vente au tiers est intervenue à des conditions ou à un prix plus avantageux.

---

1. Art. 55, al. 2. Il semble que déjà une réponse ministérielle au moins ait donné une portée générale à la vacance du logement pendant 18 mois.

2. Ou par suite d'une prorogation précaire du contrat de location : art. 17, al. 4.

3. Même la rédaction 1982 de l'article 10 de la loi du 31 décembre 1975 parle de « chacun des locataires ou occupants de bonne foi ». Rien de tel dans l'article 11. Peut-être le décret d'application permettra-t-il de préciser ce qu'il en est exactement à cet égard.

L'hypothèse la plus fréquente est celle d'un prix diminué : le bailleur avait délivré un congé en vue de vendre en proposant la vente moyennant le prix de X francs. Le locataire n'a pas accepté l'offre. Par la suite le bailleur ne trouve un acquéreur qu'à un prix inférieur. Peu importe la diminution du prix et son importance dès lors que les conditions sont dans l'ensemble plus avantageuses. A titre occasionnel, il pourra s'agir d'autres conditions moins importantes que celles relatives au prix : date d'entrée en jouissance, encore que le locataire se trouvant normalement dans les lieux, le problème de la date d'entrée en jouissance ne soit guère aigu.

Il convient de laisser de côté des conditions qui sont liées à la situation personnelle de l'acquéreur. Le bailleur ne saurait en effet être rendu responsable de la réalisation de ces conditions. On citera à titre d'exemple le cas du transfert d'un prêt. Les modalités du transfert s'apprécient chez l'acquéreur, et on ne saurait accepter de voir un locataire soutenir que le tiers qui a acquis a bénéficié de conditions plus avantageuses au motif qu'il a pu obtenir le transfert du prêt qui, au contraire, lui avait été refusé à lui locataire.

4) Défaut d'acceptation de l'offre par le locataire.

La faculté de retrait n'est prévue qu'au profit du locataire qui n'avait pas accepté l'offre de vente. Se pose immédiatement le *problème du locataire qui, dans un premier temps, avait accepté l'offre mais n'a pu la réaliser* dans le délai qui lui était imparti (deux ou quatre mois). Compte tenu du libellé du texte, il faut en déduire qu'un tel locataire avait accepté l'offre ; il n'a pu la réaliser ; tant pis pour lui, il ne pourra prétendre se substituer au tiers qui a acquis.

D'aucuns soutiendront qu'il faut réserver le cas d'une fraude concertée entre bailleur et tiers acquérant le logement. Sans même aller jusqu'à invoquer la fraude, il suffira au locataire de faire valoir que si les conditions de vente consenties au tiers acquéreur lui avaient été proposées, il aurait pu réaliser la vente ; il pourra soutenir que le défaut de réalisation est dû non à sa propre carence mais au caractère excessif des conditions qui lui avaient été proposées et qu'il avait acceptées.

Il ne semble pas pour autant logique de réserver ici la possibilité pour le locataire de se substituer à l'acquéreur, pour deux raisons au moins : d'une part, comment y aurait-il place pour la fraude alors que le locataire a eu la possibilité d'acquérir et a même bénéficié à cet effet d'un délai de réalisation. D'autre part, le locataire est fautif de ne pas avoir réalisé dans le délai imparti à cet effet. Il a bloqué la possibilité pour le bailleur de vendre pendant un certain temps, sans avoir pris sans doute la précaution pendant les deux premiers mois (validité de l'offre de vente) de se renseigner sur les possibilités de financement et de réaliser l'acquisition. Il a pu ainsi bloquer le bailleur pendant une période de six mois, au total. Même si la vente intervient au profit d'un tiers à des conditions plus avantageuses, un tel locataire serait mal venu à soutenir qu'il y a eu fraude à ses droits. Sans doute la question sera-t-elle discutée.

Le *cas du locataire qui n'avait pas accepté l'offre de vente*, soit en laissant écouler le délai soit par renonciation expresse, est différent du précédent. On ne peut dans un pareil cas reprocher une faute quelconque au locataire. Il avait reçu une offre de vente qu'il avait jugée sans doute excessive eu égard aux données de l'affaire. Un tel locataire pourra exercer la faculté de retrait. On peut même dire que celle-ci a été instituée essentiellement dans la perspective de cette hypothèse, celle du défaut d'acceptation par le locataire de l'offre de vente.

b) La notification de la vente.

C'est au *notaire* qu'il incombe de notifier au locataire la vente qui a été réalisée au profit d'un tiers à des conditions plus avantageuses. C'est là un *mandat légal* qui lui est conféré dont on peut être sûr qu'il sera source de responsabilité.

Les difficultés ne manqueront pas et ne manquent pas déjà. On se contentera d'évoquer certaines d'entre elles.

Faut-il procéder à la notification dans tous les cas ou uniquement lorsque la vente est intervenue à des conditions plus avantageuses ? La deuxième solution serait suffisante eu égard au but poursuivi: Encore faut-il que la copie du congé soit remise par le bailleur au notaire ; à défaut on ne voit pas comment le notaire pourrait comparer les conditions de la vente au profit d'un tiers et les conditions formulées dans le congé en vue de vendre. Si une copie du congé lui est remise, encore faut-il que cette copie soit conforme au congé. Là encore il y a place pour la fraude de la part du bailleur, fraude à laquelle on ne voit pas comment le notaire pourra parer.

Si le locataire a déjà libéré et si on considère que la faculté de retrait subsiste, la notification implique que soit connue la nouvelle adresse du locataire (l'adresse de chaque locataire). Qui pourra la fournir au notaire si ce n'est le bailleur ? Mais qui ne sait que le plus souvent le bailleur se désintéresse totalement de la nouvelle adresse du locataire. Là encore il y aura sans doute des difficultés pour la mise en œuvre pratique de l'exigence légale. Faute de mieux il ne restera sans doute que la solution d'appliquer les palliatifs prévus par le Code de procédure civile dans le cas où le domicile du destinataire de la notification n'est pas connu.

c) La substitution.

Le délai pour exercer la substitution est d'un mois à compter de la notification. L'alinéa 6 de l'article 11 précise le délai mais il ne prévoit rien en ce qui concerne la réalisation de la substitution. Pourtant le tiers qui a acquis et qui reçoit une notification comme quoi le locataire ou l'ancien locataire se substitue à lui a tout intérêt à être remboursé rapidement. Du fait de l'absence de délai, le locataire pourra tarder quelque peu à réaliser cette substitution et à effectuer le remboursement du prix.

La substitution donnera lieu à l'établissement d'un acte de substitution. A cet égard, la situation étant la même que pour le droit de préemption institué en 1975, on se contentera d'y renvoyer. Il s'agit là de problèmes techniques en grande partie communs aux divers droits de préemption, encore que la faculté de substitution ne soit pas toujours réglementée. Les difficultés de mise en œuvre de celle-ci ne manquent pas : remboursement du prix, des frais, libération de l'immeuble, etc. Sans doute est-il là encore préférable de recourir à une solution préventive plutôt que réparatrice. C'est ce qui explique au moins pour partie les modifications apportées par la loi du 22 juin 1982 au droit de préemption institué en 1975.

DEUXIEME PARTIE – LES MODIFICATIONS APPORTÉES AU DROIT DE PRÉEMPTION DU LOCATAIRE EN CAS DE MISE EN COPROPRIÉTÉ

La loi du 31 décembre 1975, dans son article 10, avait institué un droit de préemption au profit du locataire d'habitation dans le cas où la vente du logement intervient après la mise en copropriété de l'immeuble dont dépend le logement. Le décret d'application est du 30 juin 1977. Une première modification est intervenue avec la loi du 4 janvier 1980 pour résoudre le problème dit des ventes en bloc, lorsque la vente projetée ne portait pas sur une seule unité principale d'habitation avec éventuellement ses accessoires et dépendances. Il s'agissait déjà de préciser le domaine d'application du droit de préemption institué en 1975. Avec la loi du 22 juin 1982, il s'agit à nouveau, du moins pour l'essentiel, de préciser ce domaine d'application. Nul ne s'étonnera que les modifications apportées à cet égard par la loi de 1982 soient extensives. Mais en sus des modifications relatives au domaine d'application, le législateur de 1982 en a profité pour apporter quelques autres modifications au régime du droit de préemption institué en 1975. On les examinera dans un deuxième développement, le premier étant consacré au seul domaine d'application.

I – Les précisions relatives au domaine d'application.

La loi de 1975 visait la première vente relative à un appartement intervenant après la mise en copropriété de l'immeuble. C'est dire déjà que trois points importaient, la mise en copropriété de l'immeuble, l'objet de la vente, et la nature de celle-ci. Sur les trois points, la loi de 1982 apporte du nouveau, plus ou moins important, mais du nouveau certainement. On reprendra par

conséquent l'examen rapide de ce qui est apporté, en commençant par la division de l'immeuble.

A – Division de l'immeuble.

Compte tenu des modifications apportées au texte de l'article 10 de la loi du 31 décembre 1975, deux questions sont à envisager, le texte parlant de la division et de la subdivision d'un immeuble. Que faut-il donc entendre par division et subdivision ?

a) La division proprement dite.

Comment le problème se pose-t-il ? La loi du 31 décembre 1975 parlait de la division par appartements d'un immeuble. Elle supposait par conséquent la mise en copropriété d'un immeuble et sa soumission au régime de la copropriété des immeubles bâtis (loi du 10 juillet 1965). Avec la loi du 22 juin 1982 disparaît l'allusion à la division par appartements qui impliquait la mise en œuvre de la technique de la copropriété des immeubles bâtis.

Le texte nouveau, issu de la loi Quilliot, parle de la division d'un immeuble par lots. Cette modification de terminologie implique-t-elle une modification quant au fond ? On peut et on doit se poser la question.

Le nouveau texte englobe très certainement la mise en copropriété de l'immeuble, telle qu'elle est régie par la loi du 10 juillet 1965. Il n'y a certainement aucun doute à cet égard puisqu'il y a division, et division par lots. L'hypothèse d'une copropriété dite horizontale relève peut-être aussi du champ d'application du droit de préemption ; n'y a-t-il pas là aussi division par lots ? De toute manière, le cas présente un intérêt très limité puisqu'il n'est plus recouru de nos jours à la technique de la copropriété horizontale, au moins pour deux raisons : d'une part, un tel recours n'empêche pas d'avoir à respecter la réglementation sur les lotissements[1], ce qui enlève tout intérêt au recours à la technique dite de la copropriété horizontale. D'autre part, et surtout les permis de construire les groupes d'habitation ne soulèvent plus de problème au niveau de la division du terrain. Dès lors pourquoi serait-il encore recouru à la technique de la copropriété horizontale ?

Demeure le problème des lotissements proprement dits : il y a bien division d'un immeuble par lots. Doit-on en déduire que le droit de préemption du

1. Civ. 3e, 3 février 1981, *bull. civ.*, 81.III., n° 22, p. 18, *Rev. dt. immob.*, 1981, p. 411, obs. Cl. Givord et Cl. Giverdon, *J.C.P.*, éd. not., 1981, p. 177, note B. Stemmer ; C.E. 6 juillet 1977, SCI les Jardins de la voie romaine, *Droit et ville*, 1977, n° 4, p. 285, note F. Bouyssou ; commentaire de l'article R. 315-I Code de l'urbanisme, éd. Litec, par F. Bouyssou et J. Hugot ; des mêmes : Lotissements, divisions non constitutives de lotissements et certificats d'urbanisme des art. R. 315-54 et L. 111-5 du Code de l'urbanisme, *J.C.P.*, 1981.I., p. 433 ; B. Stemmer, « Urbanismes et divisions partielles en jouissances », *J.C.P.*, Ed. not., 1982, Prat., n° 8 268, p. 240 ; C. Atias, « Droit civil, Les biens », t. 2, *Droit immob.*, n° 29.

locataire sera applicable lorqu'interviendra par la suite la première vente du logement qui sera construit sur le lot de terrain ? Les travaux préparatoires de la loi Quilliot ne permettent pas de se faire une opinion à cet égard. Il faut sans doute en référer à l'esprit de la loi de 1975 qui a été d'assurer la protection du locataire spécialement dans le cadre d'une opération de marchands de biens. Il faut surtout se référer au paragraphe III de l'article 10 d'après lequel ce texte n'est pas applicable aux ventes portant sur un bâtiment entier. Dès lors, le souci de protection ne se retrouve pas ici, et on peut raisonnablement penser que le droit de préemption institué en 1975 n'est pas applicable au lotissement proprement dit, mais uniquement dans le cas de mise en copropriété au sens de la loi du 10 janvier 1965.

b) Hypothèse de la subdivision.

Cette hypothèse n'était pas envisagée en 1975 pas plus en 1980. Elle résulte uniquement de la modification apportée par la loi du 22 juin 1982 et s'explique par une autre règle qu'on retrouvera à propos du régime des ventes en bloc. Lorsque la vente a lieu portant sur un bâtiment entier ou sur l'ensemble des locaux à usage d'habitation et assimilés d'un bâtiment entier, le droit de préemption n'est pas applicable. On peut supposer que postérieurement à une telle vente intervienne la subdivision du bâtiment en question : c'est la vente consécutive à la subdivision qui donnera ouverture au droit de préemption.

On peut également envisager la subdivision d'un lot de copropriété pour donner naissance à deux appartements plus petits dans la mesure où cette subdivision est possible eu égard au régime de la copropriété concernée. Là encore, la subdivision donnera naissance, si chaque lot qui en est issu est vendu, au droit de préemption. En définitive, dans cette 2e hypothèse, il y aura même eu deux fois intervention du droit de préemption : 1) une première fois lors de la vente du lot initial consécutivement à la mise en copropriété ; 2) une deuxième fois lors de la vente de chaque lot issu de la scission du lot initial.

B – L'objet de la vente.

C'est sans doute ce qui soulevait le plus de difficulté aux lendemains de la loi de 1975. La loi de 1980 avait cherché à apporter un remède à l'hypothèse la plus délicate, celle de la vente en bloc. La loi de 1982 reprend le problème sur des bases sensiblement différentes.

D'une part, au plan très général de l'objet de la vente donnant ouverture au droit de préemption elle n'utilise pas la même terminologie. D'autre part, au plan de la vente en bloc, elle formule un ensemble de règles dont le résultat est sensiblement différent de ce qu'il était.

a) Nature de l'objet de la vente.

Le droit de préemption consécutif à la division de l'immeuble a pour but

de protéger celui qui habite le logement vendu. C'est une institution de ce qu'on appelle depuis déjà longtemps le secteur protégé, c'est-à-dire le secteur de l'habitation.

La loi de 1975 parlait de la vente d'un appartement et de ses accessoires. Cette terminologie est abandonnée par la loi Quilliot qui parle dorénavant, comme tant d'autres textes, de local à usage d'habitation ou à usage mixte d'habitation et professionnel. Ce changement de terminologie présente au moins un avantage, celui d'unifier la terminologie dans le cadre du secteur protégé (droit des ventes d'immeubles à construire, loi du 13 juillet 1979 sur l'information et la protection de l'acquéreur qui emprunte, statut des sociétés d'attribution et des sociétés coopératives de construction, etc.).

La notion de local à usage d'habitation ou à usage mixte d'habitation et professionnel est désormais trop connue pour qu'il soit nécessaire d'y consacrer un développement dans le cadre de ce rapport, d'autant que la question a déjà été abordée à propos du droit de préemption né du congé en vue de vendre.

b) Vente en bloc.

La terminologie n'est sans doute pas exempte de critiques ; elle n'est en tous cas pas traditionnelle mais correspond à une situation déterminée, la vente qui porte sur plusieurs locaux en même temps ; par hypothèse, il faut supposer qu'il s'agit de locaux qui sont tous à usage d'habitation ou à usage mixte d'habitation et professionnel.

1) Le principe.

Aux lendemains de la loi de 1975, la question avait été vivement débattue de savoir si le droit de préemption était ou non applicable en cas de vente en bloc ; la loi du 4 janvier 1980 avait apporté une solution affirmative à la question ; mais c'était une solution de principe dont le décret d'application n'avait jamais été promulgué. La loi du 22 juin 1982 reprend la solution, en y apportant la précision technique qui était indispensable.

La réponse affirmative, résulte du début du 1er alinéa du paragraphe I de l'article 10 qui vise la vente « d'un ou plusieurs locaux à usage d'habitation ou à usage mixte d'habitation et professionnel ». On ne saurait être plus clair ; peu importe que la vente porte sur un seul appartement ou sur plusieurs ; dès lors qu'il s'agit d'au moins un local à usage d'habitation (ou assimilé), le droit de préemption est applicable.

La solution est confortée par la précision technique qu'apporte la loi de 1982 : il faut que la notification adressée à chaque locataire ou occupant de bonne foi précise le prix et les conditions « de la vente projetée pour le local qu'il occupe ». Le vendeur est de ce fait tenu de procéder à la *ventilation du prix* de manière à offrir la vente à chaque locataire indépendamment de ce qui est proposé à un autre. Cette précision technique n'existait pas jusque-là ; normalement elle aurait sans doute dû résulter du décret d'application de la loi du 4 janvier 1980 ; mais ce décret n'ayant jamais été promulgué,

la précision manquait. Tout au plus pouvait-on se référer à une situation similaire, en extrapolant la solution donnée pour cette situation : il s'agit de l'article 794 du Code rural qui concerne le cas où le bailleur veut aliéner, en une seule fois, un fonds comprenant plusieurs exploitations distinctes. Ce texte lui fait obligation de mettre en vente séparément chacune de celles-ci, de façon à permettre à chacun des bénéficiaires du droit de préemption d'exercer son droit sur la partie qu'il exploite. Avec la loi du 22 juin 1982, la solution est affirmée de manière différente, mais ne l'est pas quant au fond : il faut procéder à une ventilation du prix de vente de manière que chaque locataire puisse effectivement bénéficier du droit de préemption en ce qui concerne le logement qu'il occupe.

Cette situation n'est pas sans inconvénients pour le vendeur qui avait peut-être trouvé un prix global pour la vente en bloc : si les logements les plus intéressants sont préemptés par leur locataire ou occupant, il ne restera plus à vendre au candidat acquéreur en bloc que les logements sans grande valeur ou d'un moindre intérêt. Ce qui signifie sans doute que le candidat acquéreur en bloc se retirera de l'opération et que le vendeur demeurera propriétaire des logements invendus. A moins qu'il ne puisse invoquer le bénéfice de l'exception que prévoit le paragraphe III nouveau de l'article 10.

2) L'exception.

Certaines ventes en bloc échappent au droit de préemption au moins dans l'immédiat car si, par la suite, il y a subdivision de ce qui, pour l'instant, est vendu en bloc, on verra réapparaître le droit de préemption du locataire ou de l'occupant.

Les ventes en bloc qui échappent au droit de préemption sont définies par l'alinéa 3 nouveau du paragraphe III de l'article 10. Il y en a deux espèces. Il s'agit d'abord des *ventes qui portent sur un bâtiment entier* ; l'hypothèse correspond à celle dans laquelle la copropriété comprend plusieurs bâtiments et où un seul est vendu en bloc. Jusqu'à présent pour éviter l'application du droit de préemption, le vendeur et son candidat acquéreur pouvaient être tentés de réaliser l'opération en deux temps , scission de la copropriété en application de l'article 26 de la loi du 10 juillet 1965, puis vente du bâtiment ainsi retiré de la copropriété. Avec le nouveau texte du paragraphe III de l'article 10 de la loi du 31 décembre 1975, il n'est plus nécessaire de recourir à une pareille manœuvre, peut-être frauduleuse. Il suffit de constater que la vente porte en bloc sur le bâtiment dans son entier. Il faut toutefois se rappeler que, de ce fait, l'apparition du droit de préemption se trouve reporté à plus tard lorsqu'il sera procédé à la subdivision du bâtiment.

La deuxième espèce de vente en bloc non soumise au droit de préemption de l'article 10 concerne la *vente qui porte « sur l'ensemble des locaux à usages d'habitation ou à usage mixte d'habitation et professionnel » du bâtiment.* Là encore, on raisonne sur le cas du bâtiment, ce qui présente de l'intérêt toutes les fois que la copropriété comprend plusieurs bâtiments. Il faut mais il suffit que la vente porte en bloc sur l'ensemble des locaux d'habitation ou assimilés dépendant du même bâtiment pour que le droit de préemption soit

repoussé dans le temps au jour où apparaîtra la subdivision suivie de la vente par lots. En définitive, dans cette hypothèse, il faut que la vente porte sur tout ce qui, dans un bâtiment déterminé, est à usage d'habitation ou assimilé. L'exclusion d'un seul local à usage d'habitation pour le vendre à un tiers (ou pour être conservé par le vendeur du surplus) fait disparaître l'exclusion qui en tant que règle dérogatoire au régime normal de ce droit de préemption doit s'interpréter de manière restrictive.

Le problème pratique que soulèvera cette 2e hypothèse, parmi bien d'autres que révèlera la pratique juridique puis judiciaire, concerne l'exclusion de locaux à usage indéterminé comme on en rencontre parfois dans les règlements de copropriété. Ce sera par exemple l'hypothèse de l'exclusion des combles aménageables si le règlement de copropriété reconnaît la possibilité de les aménager en locaux d'habitation, et en faisant abstraction des règlements administratifs. En réalité le problème n'est pas spécifique de l'exception au droit de préemption ; il est lié à la notion de local à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation.

C – La nature de la vente.

S'il est une notion bien définie, c'est celle du contrat de vente. Dans le cadre du droit de préemption institué en 1975, on a pu s'interroger pour savoir si les aliénations autres que la vente proprement dite étaient ou non assimilables à celle-ci pour la mise en œuvre du droit de préemption.

A cet égard, la loi du 22 juin 1982 apporte un élément de réponse dans un sens extensif. Il concerne les cessions de parts ou d'actions de sociétés dont l'objet est la division d'un immeuble par fractions destinées à être attribuées aux associés en propriété ou en jouissance à temps complet. Il s'agit on l'a deviné, des sociétés de construction de la loi du 28 juin 1938, des sociétés d'attribution du titre II de la loi du 16 juillet 1971[1], et des sociétés coopératives de construction du titre III de la loi du 16 juillet 1971[2] dans la mesure où peuvent intervenir des cessions de parts ou d'actions. Peu importe la forme exacte revêtue par la société puisque le texte vise aussi bien les parts que les actions. Ce qui compte, c'est la vocation à l'attribution que confèrent les droits sociaux.

Une telle cession donne ouverture au droit de préemption du locataire ou de l'occupant de bonne foi dans les mêmes conditions que s'il s'agissait d'une vente en pleine propriété du logement.

Concernant l'attribution en jouissance, on notera que le cas des sociétés dites de multipropriété[3] est exclu du champ d'application du droit de pré-

1. Art. L. 212-1 à L. 212-17 du Code de la construction et de l'habitation.
2. Art. L. 213-1 à l. 213-5 du Code de la construction et de l'habitation.
3. Le terme de « multipropriété » mérite de nombreuses critiques, ne serait-ce que par l'allusion, inexacte, au régime de la propriété, mais il a l'avantage d'être relativement bien perçu.

emption : le texte n'envisage que l'attribution en jouissance « à temps complet », ce qui est exclusif de l'attribution en jouissance à temps partiel, caractéristique des sociétés dites de multipropriété. A vrai dire, on voit assez mal comment aurait pu fonctionner dans de telles sociétés le droit de préemption au profit d'un locataire : l'instabilité qui caractérise l'occupation d'un tel local rend à peu près impossible le fonctionnement d'une location soumise à la loi du 22 juin 1982 donc du droit de préemption. L'intérêt du texte se limitera alors à une reconnaissance supplémentaire de la technique juridique dite, sans doute à tort, de la multipropriété.

S'il faut conclure ce premier développement consacré au domaine d'application du droit de préemption institué en 1975, ce ne peut être qu'en reconnaissant l'extension certaine du champ d'application du droit de préemption. Il n'y a pas lieu de s'en étonner compte tenu du climat général de la loi du 22 juin 1982. On peut par contre s'étonner des autres modifications apportées au droit de préemption consécutif à la division de l'immeuble par lots. Ces autres modifications ne s'imposaient pas pareillement.

II – Autres modifications.

Il ne faut surtout pas croire que, dans la mesure où les autres modifications sont regroupées dans un développement à part, qui vient après les développements relatifs au domaine d'application, que ces modifications sont purement rédactionnelles, et de faible importance. Cela n'est pas le cas, et on s'en rendra compte avec au moins deux des trois modifications apportées au régime du droit de préemption institué en 1975. La première d'entre elles ne concerne-t-elle pas la sanction du droit de préemption ?

A – Sanction du droit de préemption.

Le régime mis en place en 1975 présentait au point de vue de la technique et de l'analyse juridique un très grand intérêt celui de ne prévoir comme sanction du droit de préemption qu'une sanction civile, un véritable droit de retrait au profit du locataire : ce dernier pouvait se substituer à l'acquéreur toutes les fois que la vente était intervenue sans respecter les conditions imposées par le législateur pour purger le droit de préemption. Cette faculté de retrait existe toujours et obéit au même régime depuis la loi de 1975. Tout au plus doit-on signaler ici que la notification de la vente que le notaire rédacteur de l'acte doit adresser au locataire doit dorénavant reproduire 5 alinéas du paragraphe I de l'article 10 de la loi de 1975 alors que, jusqu'à la loi du 22 juin 1982, il n'y avait lieu de reproduire que 3 alinéas. Ceci est la conséquence de l'allongement du paragraphe I de l'article 10, et correspond à la tendance contemporaine à l'allongement des actes, des notifications, etc.

Le but recherché est une meilleure information du destinataire de la notification, en l'espèce du locataire.

L'apport vraiment nouveau de la loi du 22 juin 1982 est l'institution d'une deuxième sanction qui n'existait pas antérieurement et que ni la loi du 31 décembre 1975 ni la loi du 4 janvier 1980 n'avaient instituée. Il s'agit de la nullité de la vente. Le nouvel alinéa 1er du paragraphe I de l'article 10, tel que sa rédaction résulte dorénavant de la loi Quilliot, prévoit en effet que, préalablement à la conclusion de toute vente, notification doit être adressée à chaque locataire ou occupant, « à peine de nullité de la vente ».

Cette nullité est instituée en vue de renforcer le droit de préemption ; elle l'est par conséquent en faveur du locataire ou de l'occupant, dans un intérêt privé. Il faut en déduire qu'il s'agit d'une nullité ne pouvant être invoquée que par le locataire ou l'occupant de bonne foi.

En définitive, l'institution d'une deuxième sanction, la nullité de la vente, a sans doute pour but de renforcer le droit de préemption du locataire ; mais elle crée un problème, celui du champ d'application respectif de chaque sanction. Dans un premier temps, on peut être tenté de penser que le locataire bénéficie de ce fait d'une option entre les deux sanctions ; mais une analyse plus poussée du texte conduit à délimiter à chaque sanction un domaine propre : la nullité concerne le cas dans lequel il n'y a pas eu de notification préalable adressée au locataire ; la possibilité de se substituer à l'acquéreur concerne le cas dans lequel il y a eu effectivement une notification préalable mais où la vente se réalise ultérieurement au profit d'un tiers à un prix ou à des conditions plus avantageux que ceux annoncés dans la notification préalable. En d'autres termes, la nullité sanctionne l'absence de la notification préalable, alors que la faculté de retrait sanctionne le contenu de la notification sur lequel il faut maintenant s'interroger de manière plus approfondie.

B – Contenu de la notification.

Cette modification est la conséquence de celle apportée au domaine d'application du droit de préemption en cas de vente en bloc : il faut supposer que la vente projetée concerne plusieurs locaux d'habitation ou assimilés.

La notification préalable qui, à peine de nullité, doit être adressée à chaque locataire ou occupant de bonne foi, doit contenir l'indication du prix et des conditions de la vente projetée pour chaque local. Plus exactement d'ailleurs, un locataire de l'un des logements mis à la vente n'a à connaître que les prix et conditions de la vente du logement qu'il occupe. Le texte dit bien « prix et des conditions de la vente projeté pour le local qu'il occupe ». Il appartient par conséquent au vendeur de procéder, sans doute en accord avec le candidat acquéreur du bloc d'appartements, à la ventilation du prix. Chaque locataire ne connaissant normalement que le prix afférent au logement qu'il occupe pourra difficilement mettre en doute le bien-fondé de la répartition du prix de vente global. Sans doute faut-il réserver l'hypothèse d'une fraude concertée entre le vendeur et l'acquéreur du bloc d'appartements : il pourra ainsi

y avoir fraude dans le cas où serait manifestement majoré le prix de vente des logements que le locataire est susceptible d'acquérir, ou a plus ou moins manifesté l'intention d'acquérir et où, à l'inverse, serait minorée la fraction du prix global applicable aux logements dont l'occupant a déjà fait connaître qu'il n'entendait pas acquérir. Une telle manœuvre peut, si du moins elle atteint une certaine ampleur, être constitutive d'une fraude. La preuve en sera difficile, surtout s'il existe des différences entre les logements considérés : de situation, de consistance, d'état de réparations locatives, etc. On voit qu'en définitive, il est sans doute plus facile de poser le principe selon lequel la vente en bloc donne ouverture au droit de préemption du locataire, avec corrélativement l'obligation de procéder à une ventilation du prix global entre les divers logements compris dans la vente en bloc, que de procéder à la mise en œuvre du principe. Gageons que, dans nombre de ventes en bloc relevant des opérations dites de marchand de biens, les contestations seront relativement nombreuses.

C – Délai de réalisation.

Ni la loi de 1975, ni la loi de 1980 n'avaient imposé au locataire un délai pour réaliser la vente de manière effective. C'est là un apport totalement nouveau de la loi du 22 juin 1982. L'acceptation par le locataire de l'offre de vente ouvre à son profit un délai ; ce délai est de deux mois s'il n'indique pas avoir recours à un prêt ; il est de 4 mois si à l'inverse le locataire déclare avoir recours à un prêt. Le délai part de la date d'envoi par le locataire de sa réponse au bailleur. Pour de plus amples détails, on renverra à ce qui a été dit à propos du droit de préemption naissant du congé en vue de vendre, puisque les textes sont similaires et appellent, de ce fait, les mêmes réponses.

III – Application dans le temps des réformes.

On se souvient que la loi du 4 janvier 1980 qui, déjà, avait voulu réglementer l'hypothèse des ventes en bloc avait soulevé de nombreuses discussions et difficultés : n'avait-elle pas été déclarée interprétative de la loi du 31 décembre 1975, de ce fait rétroactive ? Elle mettait en cause des ventes qui étaient intervenues peut-être plusieurs années avant. Le législateur de 1982 a voulu réparer ce qu'on peut appeler la « bévue » commise en 1980 et celle de l'article 81 de la loi du 22 juin 1982 « ne portent pas atteinte à la validité des ventes antérieures conclues ». C'est prendre le contrepied de la méthode suivie en 1980 : la loi du 4 janvier 1980 avait été déclarée interprétative ; la loi du 22 juin 1982 est en quelque sorte déclarée non interprétative, et pareillement pour la loi de 1980.

Si l'intention est louable, le résultat risque de soulever encore quelque

difficulté car c'est en réalité une nouvelle rétroactivité – il est vrai limitée et réparatrice – qui est mise en place ; supposons qu'une vente en bloc soit intervenue entre 1976 et la loi du 4 janvier 1980 ; avec la promulgation de cette loi, s'engage un conflit devant normalement être réglé sur la base de la loi de 1980, qui s'est déclarée interprétative. Dès lors que la loi de 1982 déclare que celle de 1980 ne porte pas atteinte à la validité des ventes antérieurement conclues, ce sont les bases mêmes du procès qui se trouvent à nouveau mises en cause ; c'est bien une rétroactivité qui résulte de l'article 82. Il était sans doute difficile qu'il en soit autrement, la faute initiale incombant au législateur de 1980, à cet égard.

Conclusion.

Au regard du droit de préemption résultant de la loi de 1975, la loi du 22 juin 1982 apporte des précisions utiles. Elle témoigne de la manière de faire du législateur contemporain. Pour un seul problème, celui du droit de préemption du locataire d'habitation consécutif à la mise en copropriété de l'immeuble, le législateur ne sera pas moins intervenu à trois reprises différentes en moins de 7 ans : loi du 31 décembre 1975, loi du 4 janvier 1980, loi du 22 juin 1982, en laissant de côté les textes réglementaires. Au plan de la conception générale du Droit, il faut sans doute en déduire la portée réduite de la jurisprudence dans des domaines, comme celui-ci, qui intéressent particulièrement le législateur. A quoi pourront bien servir les solutions jurisprudentielles qui ne seront acquises que dans des années, sinon des dizaines d'années, à partir de textes qui, entretemps, auront été modifiés à plusieurs reprises ? C'est toute une optique qu'il convient sans doute de modifier au moins lorsque le problème envisagé est de ceux qui intéressent le législateur pour une raison quelconque.

TROISIEME PARTIE – L'INFORMATION DE L'ACQUÉREUR

Si on envisage toujours le seul contrat de vente d'immeuble, la loi du 22 juin 1982 ne s'est pas contentée d'instituer un nouveau cas de droit de préemption, de réglementer à nouveau le droit de préemption consécutif à la mise en copropriété de l'immeuble. Elle a pris également toute une série d'autres mesures qui n'intéressent qu'indirectement le contrat de vente d'immeuble dans la mesure où l'essentiel concerne évidemment les rapports du bailleur et du locataire. Mais l'incidence sur les rapports du vendeur de l'immeuble et de l'acquéreur envisagé sans doute comme un bailleur potentiel en puissance est certaine ; il convient par conséquent de l'envisager ; tel sera l'objet

de cette troisième partie. Pour l'essentiel, on peut regrouper l'ensemble de ces dispositions sous l'appellation d'information de l'acquéreur.

On envisagera successivement la notice d'utilisation et d'entretien des éléments d'équipement, la fiche de renseignements locatifs, le montant du dernier loyer pratiqué et diverses autres conséquences de la nouvelle réglementation du contrat de bail.

SECTION I – LA NOTICE D'UTILISATION ET D'ENTRETIEN DES ÉLÉMENTS D'ÉQUIPEMENT (article 63)

Dans le cadre des mesures prises pour l'information du locataire, la loi Quilliot contient une disposition relative à ce qu'elle appelle la « notice d'utilisation et d'entretien des éléments d'équipement ». Le vœu du législateur est que le locataire soit informé des modalités d'utilisation et d'entretien des éléments d'équipement. Mais pour que le locataire soit informé à ce sujet par les soins de son bailleur, encore faut-il que ce dernier l'ait été au préalable. Dans le cadre d'un rapport consacré à l'incidence de la loi Quilliot sur la vente d'immeuble, c'est cette incidence de l'article 63 de la loi qui nous intéresse : dans quelle mesure et sous quelles modalités l'obligation d'informer le locataire va-t-elle retentir dans les rapports entre un vendeur d'immeuble et son acquéreur ? C'est toute la question qui nous intéresse.

L'entrée en vigueur de l'article 63 paraît obéir au droit commun ; certes il est renvoyé à une notice-type qui doit faire l'objet d'un agrément par arrêté du ministre chargé de la construction et de l'habitation. Mais le texte paraît applicable sinon viable avant la publication de la notice type : la question demeurant discutée en raison de la solution jurisprudentielle traditionnelle qui retarde l'entrée en vigueur d'un texte législatif à la publication du décret d'application toute les fois que la loi a prévu celui-ci, et cela même si la loi n'a pas expressément précisé que l'entrée en vigueur n'aurait lieu qu'après la publication du décret d'application. En l'espèce, il ne s'agit pas d'un décret d'application mais d'un simple modèle, d'une notice-type ! On en déduira que l'article 63 est applicable un jour franc après l'arrivée du Journal Officiel de la République au chef-lieu de l'arrondissement, selon le droit commun.

On envisagera successivement le domaine et l'obligation elle-même relative à la notice d'utilisation et d'entretien des éléments d'équipements.

I – Le domaine.

L'idée est que le bailleur doit remettre au locataire la notice d'utilisation et d'entretien des éléments d'équipement. Encore faut-il que cette notice lui ait été remise au préalable par une personne considérée à tort ou à raison

comme ayant eu la charge, ou du moins la possibilité de rédiger une telle notice. S'agissant ici de la vente d'immeuble, c'est au vendeur de l'immeuble qu'il incombe de remettre à l'acquéreur une telle notice. Dans quels cas ? Toute la question est là ; il ne peut y être répondu qu'après avoir envisagé successivement la nature du contrat, une vente, et l'objet de la vente, un logement achevé ou modifié postérieurement à la publication de la loi du 22 juin 1982.

A – Nature du contrat : une vente.

Par hypothèse, on laisse ici de côté ce qui concerne les rapports entre le bailleur et le locataire. Quels sont les autres contrats entraînant obligation de remettre une telle notice ? L'article 63 de la loi du 22 juin 1982 ne parle à cet égard que du vendeur et, par voie de conséquence, de l'acquéreur. C'est le contrat de vente qui entraîne une telle obligation de remettre la notice d'utilisation et d'entretien des éléments d'équipement.

Le texte ne fait aucune distinction selon la forme revêtue par la vente, dès lors c'est une évidence qu'il s'agit d'une vente d'immeuble. Si le législateur ne fait pas de distinction, l'interprète n'a pas à en faire. On en déduira que toute vente entraîne l'obligation pour le vendeur de remettre à l'acquéreur la notice d'utilisation et d'entretien des éléments d'équipement, sous réserve que l'autre condition, relative à la nature de l'immeuble, soit remplie. De ce principe selon lequel il n'y a pas lieu de distinguer selon la forme de la vente, on déduira que l'article 63 est applicable non seulement aux ventes d'immeuble ordinaire (ventes d'immeuble achevé ou vendu en l'état), mais également aux ventes d'immeuble achevé ou vendu en l'état), mais également aux ventes d'immeubles à construire (vente en état futur d'achèvement et vente à terme)[1].

Les aliénations d'immeuble autres que les ventes proprement dites soulèvent déjà plus de problèmes. S'agissant d'une mesure qu'à certains égards on peut considérer comme dérogatoire au droit commun, sinon exceptionnel (ne serait-ce que parce que la loi du 22 juin 1982 est elle-même dérogatoire au droit commun)[2], on est tenté de penser et de dire que le champ d'application de l'article 63 doit être compris de manière restrictive. Dans cette optique, les aliénations autres que les ventes proprement dites ne donneraient pas naissance à l'obligation de remettre une notice d'utilisation et d'entretien des

1. Il doit être également aux ventes aux enchères ; mais pour les ventes forcées, il sera sans doute impossible d'obtenir du vendeur la remise d'une telle notice.

2. On peut, non sans quelque raison, soutenir qu'à l'inverse la loi du 22 juin 1982 crée un véritable nouveau droit commun qui se substitue en quelque sorte aux dispositions du Code civil. Cette analyse ne paraît pas correcte dans la mesure où la loi du 22 juillet 1982 ne concerne que certains immeubles, ceux à usage d'habitation et assimilés. Elle n'a pas vocation à s'appliquer aux autres immeubles ou bien loués et ne peut dès lors être considérée comme le droit commun du contrat de bail.

éléments d'équipement. Il en serait ainsi d'actes tels que la dation en paiement, un apport en société, un échange, etc.

La prudence au moins conduira sans doute à adopter une autre solution, une solution extensive : dès lors que le contrat envisagé est de nature à permettre par la suite à son bénéficiaire de louer l'immeuble, ne faut-il pas considérer que ce bénéficiaire ayant par la suite l'obligation de remettre au locataire la notice en question il faut le mettre en situation de remplir aisément son obligation. Ce ne peut être que si on adopte une conception extensive du champ d'application de l'obligation. La prudence et l'esprit (sinon le vœu) de la loi conduisent dès lors à assimiler à une vente, au regard de l'article 63, toute aliénation, tout transfert de propriété, rendant le futur bailleur, ou le bailleur potentiel, en mesure de réaliser une location soumise à la loi du 22 juin 1982.

Le problème est plus délicat si on envisage les cessions de part ou d'actions. Il faut supposer qu'on a affaire à une société de construction de la loi du 28 juin 1938 ou à une société d'attribution du titre II de la loi du 16 juillet 1971[1]. De telles cessions de parts donnent-elles naissance à l'obligation pour le cédant de remettre au cessionnaire la notice d'utilisation et d'entretien des éléments d'équipements ? Le problème doit être débattu ici, et non à propos de la nature du bien vendu : car à ce sujet, l'article 63 parle d'un logement, sans prendre position sur le plan de la nature juridique des droits afférents au logement. Compte tenu de la terminologie peu précise utilisée par l'article 63, par exemple lorsqu'il parle de la mise à disposition, on peut penser que la jurisprudence aura tendance à mettre la cession de parts ou d'actions donnant vocation à un logement sur le même pied qu'une vente ordinaire. On peut regretter que le problème n'ait pas été résolu de manière expresse alors qu'il l'a été par cette même loi du 22 juin 1982 à propos du droit de préemption du locataire d'habitation (art. 81, IV).

Il sera sans doute plus tenu compte du vœu de la loi qui, là encore, est de mettre le bailleur potentiel en mesure de remettre au locataire la notice d'utilisation et d'entretien des éléments d'équipement.

B – Nature du bien vendu.

La question se dédouble. Il n'y a obligation pour le vendeur de remettre la notice d'utilisation et d'entretien des éléments d'équipement que si le bien vendu est un logement et s'il est achevé ou modifié depuis la publication de la loi du 22 juin 1982.

---

1. Actuellement régies par les articles L. 212-1 à L. 212-17 Code construction et habitation en ce qui concerne les sociétés d'attribution proprement dites. Il y a lieu, au point de vue qui nous intéresse, d'y assimiler les sociétés coopératives de construction (titre III de la loi du 16 juillet 1971, actuellement, article L. 213-1 à L. 213-5 Code construction et habitation). S'agissant des rapports entre cédant et cessionnaire, peu importe ici la technique utilisée par la société coopérative de construction pour opérer le transfert de propriété (technique de l'attribution-partage ou technique de la vente).

a) Un logement.

L'article 63 parle de logement. C'est le mot même qui est utilisé par le texte ; il est moins habituel que d'autres et son usage rend nécessaires des précisions.

Parler de logement implique de prendre en considération la destination de l'immeuble vendu. Mais à l'inverse il n'y a pas lieu, semble-t-il, de distinguer selon qu'il s'agit d'une résidence principale ou d'une résidence secondaire. L'une comme l'autre sont susceptibles d'être louées[1].

Le cas des immeubles à usage mixte est plus délicat à résoudre. Habituellement (c'est le cas avec l'article 62 relatif à la fiche de renseignements locatifs), les textes parlent des immeubles à usage d'habitation ou à usage mixte d'habitation et professionnel. Ici, l'article 63 n'a pas repris cette formule, en sorte qu'un problème d'interprétation se pose. Pas de difficulté si l'immeuble est entièrement à usage d'habitation : l'obligation formulée par l'article 63 est certainement applicable. Pas de difficulté non plus si l'immeuble n'est en rien à usage d'habitation : cas d'un immeuble entièrement à usage commercial ou à usage professionnel. L'article 63 ne lui est pas applicable. Le problème est limité aux seuls immeubles mixtes. Le plus souvent il sera assez aisé à résoudre car la partie d'habitation sera plus importante que la partie à usage professionnel. Il sera possible sinon nécessaire de faire application de l'adage traditionnel : l'accessoire suit le principal, et de traiter un tel immeuble à usage mixte comme un immeuble à usage d'habitation, un logement. Si par contre la partie à usage professionnel est plus importante, la conséquence en sera de soustraire l'immeuble en question à l'application de l'article 63. Faute de précision législative, la question sera difficile à résoudre si l'immeuble est à usage mixte d'habitation et commercial. En réalité, dans de telles hypothèses, c'est l'aspect commercial qui, en règle très générale, est prédominant, en sorte que la vente échappera à l'application de l'article 63. Il ne s'agit pas d'un logement ni d'un immeuble assimilé.

b) Date d'achèvement.

L'obligation de remettre la notice d'utilisation et d'entretien des éléments d'équipement n'existe pas si le logement est achevé ou modifié postérieurement à la publication de la loi du 22 juin 1982. Le premier élément est aisé à déterminer : la loi a été publiée dans le Journal Officiel du 23 juin 1982.

---

1. Peu importe, semble-t-il, que les locations à caractère saisonnier ne tombent pas sous l'emprise de la loi du 22 juin 1982 (art. 2). Lors de la vente du logement, rien ne permet d'affirmer que ce qui est probablement destiné à n'être qu'une résidence secondaire ne fera l'objet que de locations à caractère saisonnier. On peut très bien songer au cas des appartements ou villas situés dans des stations de vacances et qui sont loués à des personnes résidant à l'année, de manière permanente. Au demeurant, les textes de 1982 ne font aucune distinction. Il faut en déduire que dès lors qu'il s'agit d'un logement, résidence secondaire ou résidence principale, il y a lieu de respecter l'obligation imposée par l'article 63 de la loi du 22 juin 1982.

La notion d'achèvement n'est pas définie par les textes. C'est pourtant l'une des notions les plus variables en législation, qu'il s'agisse du droit public ou du droit privé. Faute de mieux, il sera sans doute possible de s'en référer à la définition que propose l'article R. 261-1 du Code de la construction et de l'habitation à propos de la vente à terme : est achevé l'immeuble pour lequel sont exécutés les ouvrages et installés les éléments d'équipement indispensables à son utilisation, conformément à sa destination. Bien que cette définition n'ait été conçue qu'à propos de la vente à terme, il est possible de l'étendre ; cela permet d'éviter la mise en œuvre d'une nouvelle notion d'achèvement ; le droit prositif français en connaît suffisamment pour qu'il ne soit pas nécessaire d'en créer une supplémentaire. D'autre part, elle fait référence expresse aux éléments d'équipement ; or, en l'espèce, il ne s'agit pas d'autre chose puisque le document à remettre par le vendeur est la notice d'utilisation et d'entretien des éléments d'équipement. On se trouve dans le même cadre de préoccupation.

L'article 63 n'est donc applicable que si le logement est achevé depuis la publication de la loi du 22 juin 1982. Cela implique a contrario que si l'achèvement est antérieur, l'obligation de remettre la notice d'utilisation et d'entretien n'est pas applicable à titre obligatoire. Mais si l'achèvement étant antérieur au 23 juin 1983, il est apporté des modifications ou des changements aux éléments d'équipement existants, le vendeur devra remettre une notice ; sans doute celle-ci devra-t-elle être limitée aux éléments d'équipements modifiés, changés, ou même simplement ajoutés. On n'épiloguera pas sur la situation de tel propriétaire qui fait changer la chaudière de l'appartement alors qu'il n'a pas l'intention de vendre celui-ci mais qui, quelques années plus tard, décidant de le vendre, sera tenu de fournir à son acquéreur une notice d'utilisation et d'entretien de la chaudière en question. Le seul conseil qu'on puisse donner à un propriétaire, à tout propriétaire, c'est de conserver les modes d'emplois fournis avec les éléments d'équipement. Ainsi ne sera-t-il pas complètement désarmé face à l'obligation de remettre la notice.

II – L'obligation.

Peu importe ce à quoi l'acquéreur destine le logement qu'il acquiert ; peu importe qu'il veuille l'habiter personnellement ou le louer ; l'obligation de remettre la notice d'utilisation et d'entretien des éléments d'équipement existe que les logements en cause soient destinés à la vente ou à la location : le texte de l'article 63 le dit très clairement.

On envisagera successivement l'objet de la remise et le moment de la remise de la notice d'utilisation et d'entretien des éléments d'équipement.

A – Objet de la remise.

Ce que doit remettre le vendeur à l'acquéreur du logement c'est une notice

d'utilisation et d'entretien des éléments d'équipement. Cette notice doit être conforme à une notice type qui sera agréée par arrêté du ministre chargé de la construction et de l'habitation.

Normalement cette notice doit être complète et, de ce fait, concerner tous les éléments d'équipement dont est doté le logement vendu. On peut s'interroger sur la position éventuelle des tribunaux dans le cas d'une notice incomplète. Sans doute faudra-t-il s'attacher à l'essentiel et voir si l'acquéreur a été effectivement informé de l'essentiel.

C'est la même considération qu'on fera à propos des notices qui ne seront pas conformes à la notice-type. La plupart des vendeurs d'immeuble n'étant pas des professionnels, et encore moins des techniciens, il est à prévoir que la notice ne sera pas toujours conforme au modèle résultant de l'agrément par le ministère chargé de la construction et de l'habitation. Souvent le vendeur se contentera de remettre à l'acquéreur les divers modes et notices d'emploi qu'il aura reçus lors de l'acquisition des divers éléments d'équipement et qu'il aura pris soin – espérons-le – de conserver. Le tout ne constituera certainement pas une notice conforme à la notice type. S'il est ainsi procédé, le vendeur aura satisfait au vœu de la loi. D'aucun soutiendront qu'à la lettre le texte de l'article 63 n'aura pas été respecté. Il sera souvent possible de répondre que les notices d'emploi livrées par les constructeurs ont toutes les chances d'être plus faciles à comprendre qu'une notice type élaborée par une administration compétente ou réputée telle. Si on en juge par l'exemple de la notice des éléments d'équipement, qui doit être annexée aux actes de ventes d'immeuble à construire relevant du secteur du logement[1], on peut penser sans grand risque d'erreur que les acquéreurs seront mieux informés par la remise des notices d'emploi livrées par les constructeurs des appareils que par une notice conçue par l'Administration. Le caractère ésotérique de ce genre de documents rend totalement inefficace le souci d'information qui présidait à l'origine des textes prévoyant la remise de ces diverses notices.

B – Moment de la remise.

La remise de la notice d'utilisation et d'entretien des éléments d'équipement doit intervenir lors de la mise à disposition de l'immeuble. L'article 63 le précise de manière expresse en parlant de mise à disposition. Les civilistes classiques parleront de préférence de l'exécution de l'obligation de délivrance par le vendeur.

Lorsque cette délivrance intervient au moment de la signature du contrat de vente, par l'un des procédés prévus par l'article 1 605 du Code civil (remise des clefs ou des titres de propriété), il sera aisé de constater dans l'acte de

1. Art. R. 261-13, al. 5, Code construction et habitation. La notice type a été publiée en annexe à l'arrêté du 10 mai 1968 (*J.C.P.*, éd. not., 1968.III.34145). A la différence de l'article 63 de la loi du 22 juin 1982, il ne paraît pas obligatoire, dans le cas de la notice annexée aux actes de ventes d'immeuble à construire, dé respecter le modèle-type.

vente cette remise et, par le fait même, de préconstituer la preuve qu'il a été satisfait à l'obligation que l'article 63 de la loi du 22 juin 1982 met à la charge du vendeur.

Si à l'inverse la délivrance intervient postérieurement à la signature du contrat de vente la préconstitution de la preuve pourra soulever quelques difficultés. Encore pourra-t-on réserver les cas dans lesquels la délivrance de l'immeuble vendu donne lieu à l'établissement d'un procès-verbal. Ainsi en est-il dans le cas des ventes d'immeuble à construire ; la mise à disposition, ou livraison, de l'immeuble, donne lieu en règle générale à l'établissement d'un procès-verbal de livraison[1]. Il sera possible de prévoir, par une clause appropriée, la constatation que le vendeur à déféré à l'obligation qui lui est imposée par l'article 63. Par contre, dans tous les autres cas la préconstitution de la preuve ne sera pas aisée, la preuve de la remise effective de la notice d'utilisation et d'entretien des éléments d'équipement obéira aux règles ordinaires de preuve.

III – Conclusion.

Quel sera l'avenir de cette obligation ? Il est difficile de le prévoir dès maintenant. Toutefois il est possible de faire plusieurs observations.

Une fois de plus, le vendeur d'immeuble, tout vendeur d'immeuble, est traité comme un professionnel. Car c'est le considérer comme tel que lui imposer la rédaction d'une notice d'utilisation et d'entretien des éléments d'équipement conforme au modèle type. Il eût été sans doute plus simple et plus conforme à la nature des choses, sinon plus efficace, de se contenter d'imposer au vendeur de remettre à l'acquéreur les notices d'emploi fournies par les fabricants des éléments d'équipement.

Qu'adviendra-t-il de l'obligation prévue par l'article 63 ?

Au demeurant il ne semble pas qu'une sanction soit prévue par la loi du 22 juin 1982. Il ne paraît pas y en avoir dans les rapports entre bailleur et locataire, pas plus dans ceux existant entre le vendeur de l'immeuble et son acquéreur, bailleur potentiel. Alors l'obligation de l'article 63 ne sera-t-elle pas une de ces lois à ranger dans la catégorie des lois ineffectives, dont le seul but réel est de permettre à la classe politique de prétendre dans un discours électoral qu'elle a fait quelque chose ?

---

1. Peu importe au demeurant la terminologie utilisée à cet égard par la pratique : procès-verbal d'état des lieux, etc.

SECTION II – LA FICHE DE RENSEIGNEMENTS LOCATIFS (article 62)

Dans un souci d'information du locataire, l'article 62 de la loi du 22 juin 1982 prévoit que toute personne qui propose la conclusion d'un contrat de location doit lui remettre une fiche de renseignements que nous dénommerons après d'autres la fiche de renseignements locatifs, et dont le contenu sera déterminé plus loin. Pour faciliter en quelque sorte la tâche du bailleur potentiel, le législateur a répercuté, au moins partiellement, l'obligation sur le vendeur d'immeuble. C'est dans les rapports entre vendeur d'immeuble et acquéreur que sera envisagée ici la fiche de renseignements locatifs. On envisagera successivement le domaine et la portée de l'obligation, qui pèse sur le vendeur de remettre à l'acquéreur la fiche de renseignements locatifs.

I – Domaine de l'obligation.

Dans les rapports entre vendeur et acquéreur, l'obligation relative à la fiche de renseignements locatifs suppose la réunion de deux conditions principales ; l'une est relative à la nature du contrat, l'autre à son objet.

A – Nature du contrat.

L'article 62 de la loi du 22 juin 1982 parle du « vendeur » sans s'étendre sur la question. Il faut en déduire qu'est au premier chef visé par ce texte le contrat de vente. L'article 62, ne faisant pas de distinction, il n'y a pas lieu d'en faire ; on considèrera que toute vente donnera lieu à cette obligation ; *peu importe la forme* qu'elle revêt, qu'il s'agisse d'une vente d'immeuble achevé, d'immeuble inachevé mais vendu en l'état, d'une vente d'immeuble à construire (vente en état futur d'achèvement et vente à terme).

La question peut se poser pour les *aliénations autres que les ventes proprement dites*, comme les actes de dation en paiement, d'échange, d'apport en société, également pour les cessions de parts ou d'actions dans les sociétés où les parts et actions donnent vocation à un immeuble ou fraction d'immeuble. On ne reprendra pas ici la discussion qui a été faite à propos de la notice d'utilisation et d'entretien des éléments d'équipement. Le même raisonnement peut être mené ici. Ce que le législateur a envisagé, c'est l'information du locataire ; dès lors que le contrat est susceptible d'entraîner la location, et une location soumise à la loi Quilliot, il sera prudent, et conforme au vœu de la loi, de considérer que le vendeur est tenu de remettre à l'acquéreur, quelle que soit la terminologie exacte à utiliser, la fiche de renseignements locatifs. A cet égard on conclura de la même manière qu'à propos de la

notice de l'article 63, en se prononçant, jusqu'à plus ample informé, pour une conception extensive quant aux contrats donnant naissance à l'obligation de l'article 62, alinéa 2.

B – Objet du contrat.

On raisonnera dorénavant sur l'hypothèse d'une vente ordinaire pour se consacrer plus spécialement à l'objet vendu. Pour qu'il y ait obligation à la charge du vendeur de remettre à l'acquéreur la fiche de renseignement locatifs, encore faut-il que soient remplies trois conditions.

a) La nature de l'immeuble.

C'est la condition la plus importante : il faut pour qu'il y ait obligation de remettre la fiche de renseignements locatifs, que la vente ait pour objet *un immeuble à usage d'habitation ou à usage mixte professionnel et d'habitation.* L'article 62, à la différence de l'article 63, ne se contente pas de parler de logement ; il reprend l'expression devenue traditionnelle visant à la fois l'immeuble à usage d'habitation et l'immeuble à usage mixte professionnel et d'habitation. La double notion est dorénavant bien connue ; elle constitue de manière considérable à la fragmentation du Droit des biens ; à titre d'exemple, on se contentera de faire allusion au Droit des ventes d'immeuble à construire, à celui des sociétés d'attribution et des sociétés coopératives de construction ; il existe ce qu'on appelle couramment un secteur protégé, celui du logement. La même double notion se retrouvait avec la loi du 13 juillet 1979 sur la protection de l'acquéreur qui emprunte. On pourra de ce fait renvoyer aux diverses études qui ont pu être menées pour la détermination du champ d'application de ces diverses règles juridiques ; la notion d'immeuble à usage d'habitation ou à usage mixte professionnel et d'habitation n'est pas autre dans l'article 62 de la loi du 22 juin 1982.

b) Date d'achèvement.

Pour que l'article 62 soit applicable, il faut que l'immeuble soit achevé depuis moins d'un an. Cette condition est importante et suscite plusieurs interrogations.

Si l'immeuble doit être achevé depuis moins d'un an, cela n'implique-t-il pas qu'il doive être achevé ? Si on répond affirmativement à la question, on va en déduire que, pour cette raison, les ventes d'immeuble à construire ne donnent pas naissance à l'obligation de l'article 62. Ce raisonnement ne doit pas pourtant être suivi. Il ne correspond pas à l'intention du législateur : ce que celui-ci a voulu, c'est limiter dans le temps l'obligation de remettre la fiche de renseignements locatifs. Cette obligation n'existe que si l'immeuble est récent ; n'est-ce pas alors le cas de la vente d'immeuble à construire ? Il semble donc dans la logique, sinon dans l'esprit du texte, de soumettre les ventes d'immeuble à construire à l'obligation de l'article 62.

En deuxième lieu, l'exigence que l'immeuble soit achevé depuis moins d'un an conduit à limiter dans le temps l'obligation du vendeur ; en réalité, cette obligation n'existe que pour autant que l'immeuble est récent, lors de la première vente essentiellement si elle intervient soit avant achèvement, soit dans l'année suivant l'achèvement ; éventuellement, l'article 62 sera applicable à une autre vente si elle intervient également dans le même double délai : avant achèvement ou dans l'année suivant l'achèvement.

Cette exigence conduit à une limitation importante de l'obligation pour le vendeur de remettre une fiche de renseignements locatifs ; on en mesure toute la portée en comparant ce régime avec celui de la notice d'utilisation ou d'entretien des éléments d'équipement qui persiste en définitive tant qu'existe l'immeuble.

La notion d'achèvement n'est pas déterminée par le législateur, ce qui lui a sans doute permis d'éviter d'avoir à ajouter une définition supplémentaire à la liste déjà longue, des définitions de l'achèvement d'un immeuble. Là encore, il sera sage d'en référer à la définition donnée par l'article R. 261-1 du Code de la construction et de l'habitation à propos de la notice d'utilisation et d'entretien des éléments d'équipement, on se contentera d'y renvoyer.

c) L'exclusion des immeubles construits par marchés de travaux.

Là encore, la règle est très restrictive de l'obligation pour le vendeur de remettre à son acquéreur la fiche de renseignements locatifs. Cette obligation ne pèse pas sur le vendeur qui a fait construire l'immeuble qu'il vend « par marché de travaux mentionnée à l'article 1 779, 3e, du Code civil ». Le législateur n'a pas voulu imposer l'obligation de remettre la fiche de renseignements locatifs à celui qui a fait construire l'immeuble qu'il vend et qui, pour ce faire, a eu recours à un architecte, des entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis ou marchés. Si on admet cette interprétation, on sera amené à adopter en définitive une interprétation très étroite du champ d'application de l'article 62 puisque ne serait en fait soumis à l'obligation que le vendeur qui a lui-même acquis ou a fait construire autrement que par marché de travaux (par exemple en vertu d'un contrat de construction d'une maison individuelle). Conjugé à l'obligation que l'immeuble ait été achevé depuis moins d'un an, l'exigence que le vendeur n'ait pas fait construire au moyen de marchés de travaux, il ne reste qu'un champ d'application très réduit à l'obligation de l'article 62.

Sans doute y aurait-il une autre interprétation possible qui consisterait à dire que le membre de phrase « achevé depuis moins d'un an » s'applique non pas à l'immeuble proprement dit mais au marché de travaux. Cette interprétation entraînerait une extension considérable du champ d'application de l'article 62 : d'une part en effet, elle réduirait de manière sensible l'exclusion lorsque le vendeur a fait construire par marchés de travaux ; d'autre part elle éviterait la conjugaison de deux exigences, que l'immeuble soit achevé depuis moins d'un an, et qu'il n'y ait pas eu recours de la part du vendeur à des marchés de travaux.

Cette interprétation doit, semble-t-il, être repoussée. D'une part il existe dans le texte légal une virgule entre les mots « Code civil » et « et achevé depuis moins d'un an ». D'autre part, on ne comprendrait pas pourquoi il serait fait une différence selon que le marché de travaux a été ou non achevé depuis moins d'un an, alors que cette différence se conçoit bien si la précision relative à la date d'achèvement s'applique à l'immeuble lui-même. Au demeurant, le qualificatif d'achevé est habituel lorsqu'il s'applique à l'immeuble lui-même (la preuve en est dans l'article 63 lui-même), et ne l'est pas pour désigner le marché de travaux lui-même ; si le législateur avait voulu viser la complète exécution du marché de travaux, il n'aurait pas manqué de mettre le mot « achevé » au pluriel pour viser les travaux : on achève des travaux et un immeuble ; on exécute un marché. En définitive, on concluera en disant que la condition d'achèvement depuis moins d'un an ne se ramène pas à une modalité du marché de travaux mais en réalité à l'immeuble lui-même. Le résultat est, répétons-le de restreindre de manière considérable l'obligation de remettre la fiche de renseignements locatifs. Cela explique que cette fiche ait été mise au 2e plan dans ce travail derrière la notice d'utilisation et d'entretien des éléments d'équipement bien que l'ordre des textes soit inverse.

II – Portée de l'obligation.

Le vendeur a l'obligation de remettre à l'acquéreur une fiche de renseignements locatifs. C'est une véritable obligation juridique dont témoigne l'usage du verbe « devoir » dans l'alinéa 2 de l'article 62. Le texte ne précise pas à quel moment cette obligation doit être exécutée ; on a éventuellement le choix entre le moment de la signature du contrat de vente et le moment de la mise à disposition pour utiliser la terminologie de l'article 63 et celle de bien d'autres textes. L'important est sans doute que l'obligation soit exécutée ; peu importe en définitive le moment. Sans doute sera-t-il souvent préférable que ce soit au moment de la signature du contrat de vente si l'acquéreur entend chercher un locataire immédiatement, sans attendre la mise à la disposition. Là encore le but de la loi, l'information du locataire, rend nécessaire, à tout le moins souhaitable que la remise de la fiche de renseignements locatifs intervienne dès l'instant de la signature du contrat de vente.

La preuve de la remise de la fiche de renseignements locatifs obéira aux mêmes principes que celle de la notice d'utilisation et d'entretien des éléments d'équipement. Il suffit donc de renvoyer à ce qui a été dit précédemment.

Le contenu de la notice de renseignements locatifs est défini dans son principe par l'alinéa 2 : localisation et consistance des locaux, éléments de confort, montant indicatif des charges annuelles. La rédaction d'une telle notice sera plus aisée que celle de la notice d'utilisation et d'entretien des éléments d'équipement. Encore faut-il sans doute faire une réserve en ce qui concerne les charges annuelles ; notamment en ce qui concerne les charges

annuelles ; notamment en ce qui concerne les charges de copropriété répercutables sur le locataire, il sera difficile de faire des prévisions si l'immeuble n'a pas encore fonctionné, chose probable puisque la question de la fiche de renseignements locatifs ne se pose que si l'immeuble a été achevé depuis moins d'un an.

Sans doute en apprendra-t-on beaucoup plus avec le décret d'application qui doit préciser les conditions d'application de l'article 62.

III – Conclusion.

La fiche de renseignements locatifs paraît connaître dans les rapports vendeur-acquéreur un champ d'application nettement plus étroit que la notice d'utilisation et d'entretien des éléments d'équipement. Pourtant elle paraît soulever moins de difficultés pour un vendeur profane, son contenu étant nettement plus simple.

SECTION III – LE MONTANT DU DERNIER LOYER PRATIQUÉ

Une autre obligation mise à la charge du vendeur d'un local à usage d'habitation ou à usage mixte d'habitation et professionnel est instituée par l'article 13 de la loi du 22 juin 1982. Une fois de plus, on peut douter de l'opportunité qu'il y avait d'insérer dans une loi consacrée au contrat de bail une mesure qui produit effet au regard du contrat de vente d'immeuble.

Quoi qu'il en soit, la loi fait obligation au vendeur d'un logement de communiquer à l'acquéreur en annexe à l'acte de vente le montant du dernier loyer pratiqué. On pourrait également discuter de l'opportunité quant au fond de cette obligation : l'acquéreur d'un logement loué ne manque normalement pas de se renseigner au préalable sur le montant du loyer quand ce montant ne consiste pas déjà la motivation de son acquisition, garantissant une certaine rentabilité. On aurait pu penser que le législateur considérât l'acquéreur comme une personne suffisamment avertie pour se renseigner à ce sujet. Telle n'est pas l'idée que s'en fait le législateur puisqu'il a formulé cette nouvelle obligation à la charge du vendeur.

On envisagera successivement le domaine de l'obligation, sa portée, la règle de forme contenue dans le même article 13, enfin la sanction.

A – Domaine de l'obligation.

L'article 13 parle de « la vente du logement », ce qui traduit une double condition au niveau de la détermination du domaine de l'obligation.

Il faut d'abord qu'il s'agisse d'un logement et sans doute que la location soit soumise à la loi du 22 juin 1982, encore qu'on puisse considérer l'article 13 comme ayant une portée plus générale (au moins par prudence). Toujours est-il que la vente doit porter sur un logement. Comme il est pratiqué d'usage on assimilera le local à usage mixte d'habitation et professionnel à un logement. Le fait de parler de « logement » exclut toutefois de soumettre à cette obligation les locaux à usage uniquement commercial ou professionnel, ceux qui sont à usage mixte mais pour lesquels la partie qui n'est pas à usage d'habitation a un caractère prépondérant : c'est le cas en règle générale du local à usage mixte d'habitation et commercial.

Il faut en second lieu qu'il y ait vente ; là encore, se pose le problème de tous les contrats qui ne sont pas au sens exact du terme des ventes mais lui sont assimilables en raison du transfert de propriété et aussi du maintien du bail, ne serait-ce que par application de l'article 1 743 du Code civil : dation en paiement, apport en société, échange, cession de parts ou d'actions d'une société donnant vocation à l'attribution d'un logement soit en pleine propriété soit en jouissance (au moins à temps complet). En se référant au but poursuivi par le législateur, l'information de l'acquéreur du logement, en tenant compte également du terme non précis juridiquement utilisé : « logement », on pourra considérer que l'obligation de l'article 13 pèse également sur l'aliénateur du logement ou des droits au logement. C'est donc une conception extensive qui sera retenue ici.

B – Portée de l'obligation.

Le vendeur est tenu de communiquer à l'acquéreur le montant du dernier loyer pratiqué.

Si l'obligation pèse sur le vendeur du logement cela implique qu'elle ne pèse pas sur une autre personne. C'est là sans doute une évidence ; encore faut-il souligner la position du législateur à cet égard pour qu'une jurisprudence trop laxiste n'ait pas tendance à transférer l'obligation sur le compte des professionnels intervenant dans la réalisation de la vente : agent immobilier au niveau de la négociation du contrat, et de la rédaction d'un avant contrat (on verra dans un instant lequel), notaire au niveau de la rédaction du contrat de vente définitif.

Il s'agit d'une obligation de « communiquer » ; a priori, cela implique que le vendeur n'a pas ici à fournir une copie de la dernière quittance, ni même de manière plus générale, une quelconque justification. Il lui suffit d'indiquer le montant du dernier loyer pratiqué, quitte à engager sa responsabilité dans le cas où le renseignement fourni serait erroné[1].

---

1. Faute de précision dans les textes, il ne peut s'agir, semble-t-il, que de la responsabilité contractuelle de droit commun. On retrouvera le problème à propos des sanctions.

C'est le montant du dernier loyer pratiqué qui doit être communiqué à l'acquéreur. Si l'immeuble est vendu loué ce sera le dernier loyer payé, par le locataire. Si, par contre, le logement vendu est libre depuis un certain temps, quelle que soit la raison de cette libération, le vendeur n'en devra pas moins communiquer le dernier loyer pratiqué ; peu importe que ce loyer remonte par exemple à 6 ou 18 mois ; le dernier loyer pratiqué ne s'entend pas du loyer du mois (ou du trimestre) précédant la vente, mais effectivement du dernier mois de location antérieur à la vente, même si, pour cela, il faut remonter assez loin dans le temps, même s'il faut remonter à plus de 18 mois et bien qu'un local libre depuis 18 mois puisse être reloué à un prix libre, sans avoir à tenir compte du montant du loyer précédent. Il n'en demeure pas moins que si le dernier pratiqué remonte à plus de 18 mois, l'acquéreur n'étant pas tenu pour fixer le nouveau montant du loyer d'en tenir compte, le vendeur ne courra pas une grande responsabilité s'il n'est pas en mesure de l'indiquer de manière parfaitement exacte[1].

C'est au moment de la vente que l'information de l'acquéreur doit être assurée à cet égard. Pas de problème pour l'acte définitif, l'acte notarié constatant l'accord des deux parties. Tout au plus peut-on noter que le vendeur n'avait pas à anticiper sur le moment de la signature et à fournir l'indication en cause préalablement à la signature du contrat de vente.

Le problème se pose toutefois pour les avant-contrats : faut-il dès ce moment-là respecter l'obligation de l'article 13 ou peut-on attendre la signature du contrat de vente définitif ? Faute d'indication précise dans le texte, il faut sans doute en référer au fondement de la loi et dans un premier temps n'envisager la question que sur le terrain du fond, en laissant de côté la règle de forme qui sera examinée dans un instant : ce que le législateur a voulu, c'est l'information de l'acquéreur. C'est donc au moment où ce dernier s'engage que l'indication relative au montant du dernier loyer pratiqué doit être fournie.

Quelles sont les conséquences de l'idée ? L'indication du dernier loyer pratiqué n'est pas nécessaire dans le cas d'une promesse unilatérale de vente, ou d'un pacte de préférence ; elle l'est par contre dans le cas d'une promesse unilatérale d'achat ou dans le cas de ce qu'on appelle en pratique le compromis de vente ou en théorie une promesse synallagmatique de vente.

Dans certains cas, il sera pourtant difficile d'assurer l'information de l'acquéreur, par exemple dans le cas d'une promesse unilatérale de vente suivie d'une levée de l'option par lettre recommandée. La prudence incitera alors à prévoir l'indication du dernier loyer pratiqué dès la promesse unilatérale de vente alors que, pourtant, l'acquéreur n'est pas encore lié. Au demeurant la règle de forme que contient l'article 13 exclut peut-être qu'il soit nécessaire de respecter ce texte dès l'avant-contrat puisqu'il fait référence à l'acte de vente : c'est le problème de la règle de forme.

---

1. C'est sur le terrain de l'évaluation du préjudice que la question se posera : l'acquéreur ne sera pas lié par l'ancien loyer (art. 55, al. 3).

C – Règle de forme.

Assez curieusement, l'article 13 contient une règle de forme qui peut se traduire sur un double plan. Il faut que la communication ait lieu « en annexe à l'acte de vente ».

Parler de l'acte de vente en premier lieu implique peut-être qu'il n'y ait pas lieu de prévoir la communication du dernier loyer pratiqué au stade de l'avant-contrat. Il est vrai que si le législateur n'avait pas édicté cette règle de forme il aurait fallu, comme on l'a fait précédemment envisager le cas des avant-contrats et respecter l'obligation toutes les fois où l'acquéreur est lié. Par ailleurs, déduire de la règle de forme une incidence au niveau de la portée de l'obligation est peut-être excessif. Ne doit-on pas tenir compte de la raison de la loi : normalement l'acquéreur n'aura besoin de la fiche de renseignements locatifs qu'à compter de l'acte de vente définitif car jusque-là n'étant pas propriétaire, il ne peut conclure le bail en son nom. Il est vrai qu'en pratique, si le logement est destiné à la location, l'acquéreur n'attendra pas la signature du contrat de vente définitif pour rechercher un locataire auquel il devra remettre la fiche de renseignements locatifs, dès lors qu'il lui propose la location (art. 62, al. 1). En tout cas, la discussion demeure ouverte.

En deuxième lieu, l'article 13 prévoit que la communication a lieu « en annexe à l'acte de vente ». Le recours de la méthode de l'annexe a de quoi surprendre. S'agissant de l'indication d'un simple chiffre (plus peut-être celui des charges), il n'est peut-être pas nécessaire d'annexer à l'acte de vente une feuille pour un renseignement aussi bref, à moins de considérer que le principal intéressé à cette méthode soit le fisc qui percevra le timbre fiscal, afférent à cette feuille supplémentaire. La méthode de l'annexe surprend également dans la mesure où il était de tradition d'indiquer dans le corps même de l'acte le montant du loyer ; peut-être le législateur a-t-il considéré que cette indication n'était pas suffisante pour l'acquéreur au sujet d'un renseignement à propos duquel un acquéreur normalement avisé n'a pas manqué de s'informer tant auprès du vendeur qu'auprès du négociateur de la vente. La méthode de l'annexe attirera peut-être l'attention de l'acquéreur ; du moins peut-on le supposer ou supposer que c'est ce que le législateur a eu en vue. On peut également envisager la jurisprudence presque traditionnelle qui refusait de mettre sur le même pied les documents annexés au contrat de vente et le contrat lui-même. Avec l'article 13 ce serait plutôt l'inverse, de ce fait la condamnation de cette jurisprudence : la méthode de l'annexe est mise en avant, sinon considérée comme supérieure à la simple incorporation dans le corps de l'acte de vente. Toujours est-il que, jusqu'à plus amplement informé, il conviendra de respecter à la lettre la méthode imposée par l'article 13, même si au point de vue de la sanction le texte est nettement moins prolixe.

D – Sanction de l'article 13.

L'article 13 ne prévoit aucune sanction ; le fait peut surprendre alors qu'on

a pu voir, par exemple à propos du droit de préemption en cas de division de l'immeuble, que la loi du 22 juin 1982 a ajouté la nullité du contrat de vente qui n'avait pas été prévue en 1975, et pas plus en 1980.

On ne peut de ce fait que renvoyer au droit commun. Cela suppose sans doute que l'acquéreur n'ait d'abord pas connu le montant exact du dernier loyer pratiqué. Car s'il a connu effectivement ce montant, il sera sans doute en peine de se plaindre du défaut d'indication par annexe à l'acte de vente. En supposant par conséquent qu'il ne l'ait pas connu, ou n'ait connu qu'un montant inexact[1], on peut peut-être admettre que les tribunaux y verront une source de responsabilité du vendeur : il s'agira d'une responsabilité contractuelle en raison du manquement à une obligation découlant du contrat de vente. En cas de préjudice prouvé, l'acquéreur pourra demander des dommages-intérêts, ce qui aboutira en fait à une réduction du prix de vente. Peut-être même dans les cas extrêmes, l'acquéreur pourra-t-il soutenir qu'il n'aurait pas acquis s'il avait connu le montant (supposé dérisoire) du dernier loyer pratiqué et pourra-t-il à ce titre demander la résolution du contrat de vente. Il appartiendra alors au tribunal d'apprécier ce qu'il en est exactement et d'allouer soit des dommages-intérêts soit de prononcer la résolution du contrat.

C'est dire que, de toute manière, bien que l'article 13 de la loi du 22 juin 1982 n'ait rien prévu au titre des sanctions, l'acquéreur sera loin d'être désarmé. Il faut donc prêter attention à l'obligation prévue à l'article 13.

On notera pour terminer que le locataire ne paraît avoir aucune action à cet égard, bien que le législateur ait eu sans doute en vue une amélioration des rapports entre acquéreur et locataire ; l'article 13 ne confère aucun droit, aucune prérogative au locataire au regard de l'obligation qu'il formule à l'encontre du vendeur du logement.

SECTION IV – AUTRES INFORMATIONS DUES PAR LE VENDEUR DU LOGEMENT LOUÉ

La loi du 22 juin 1982 s'est préoccupée, au plan de l'information de l'acquéreur, du seul montant du dernier loyer pratiqué. C'est dire qu'elle s'est préoccupée de la question qui présentait, au point de vue législatif le moins d'intérêt car n'importe quel acquéreur n'a pas attendu, et n'attend pas le secours du législateur pour s'informer du montant du dernier loyer pratiqué surtout s'il entend louer le logement qu'il acquiert. Par contre le législateur ne s'est pas préoccupé, au plan de l'information de l'acquéreur de toute une série de questions relatives à la situation locative. Sans doute peut-on rétorquer que la loi du 22 juin 1982 est une loi relative au contrat de bail et que le législateur n'avait pas à se préoccuper de questions de ce genre. Ce serait oublier

1. En fait l'acquéreur ne pourra se plaindre qu'on lui ait fait miroiter le montant de loyer moins élevé que celui réellement pratiqué.

qu'à plusieurs reprises, on a pu le noter, il est intervenu au regard du contrat de vente d'immeuble. A le faire, il aurait pu, il aurait dû aller plus loin. Il appartiendra de ce fait à la pratique de compenser la lacune législative.

Une information normalement conçue au profit de l'acquéreur du logement ne se limite pas au seul montant du dernier loyer pratiqué. Toute une série d'informations pourront être données par le vendeur à l'acquéreur. Sans doute l'ont-elles toujours été et continueront-elles à l'être. C'est pour cette raison qu'il n'est pas nécessaire d'y consacrer un long développement. Néanmoins compte tenu des nouvelles exigences résultant de la loi du 22 juin 1982, il n'est pas inutile de dresser un tableau au moins rapide, sinon exhaustif.

1) En premier lieu, il importe sans doute que le vendeur de l'immeuble remette à son acquéreur l'exemplaire original du bail en sa possession ou, à tout le moins, une copie.

2) Dans l'optique de la modification législative résultant de la loi du 22 juin 1982, il n'est pas sans intérêt que le vendeur précise à l'acquéreur si le bail a été ou non mis en harmonie avec les dispositions de la loi Quilliot.

3) Il n'est pas sans intérêt, en troisième lieu, de demander au vendeur si un congé à été délivré, soit par lui-même au locataire, soit à l'inverse par le locataire à lui-même. Dans l'affirmative, des précisions devront être fournies par le vendeur du logement et même l'original ou la copie du congé.

4) L'état des lieux à pris, depuis la loi du 22 juin 1982, une importance considérable, ne serait-ce que parce que la présomption de l'article 1 731 du Code civil n'est plus applicable s'il n'a pas été dressé un état des lieux. C'est dire qu'il devient très important pour l'acquéreur de savoir si un état des lieux a été dressé et, dans l'affirmative, d'en recevoir soit un original soit une copie.

5) L'appartenance du vendeur à tel ou tel secteur locatif (art. 37 loi du 22 juin 1982) n'est pas sans intérêt, notamment au point de vue des rapports collectifs. Il convient par conséquent de faire le point sur l'appartenance de la location à un secteur locatif déterminé. En pratique, il s'agira le plus souvent du secteur non défini, à vocation générale puisque le secteur locatif se détermine par la qualité du bailleur et que, le plus souvent, le bailleur est un propriétaire exploitant son patrimoine personnel.

6) L'existence d'un règlement intérieur présente une importance moindre puisque normalement il doit être affiché dans l'immeuble (art. 64). Compte tenu de l'obligation qui pèse sur le bailleur de remettre copie de ce règlement intérieur au locataire qui en fait la demande, encore faut-il que le bailleur soit en sa possession si un tel règlement existe. De ce fait, il convient, lors de la conclusion du contrat de vente, de demander au vendeur si ce règlement existe, et, dans l'affirmative, s'en faire remettre une copie.

7) On rappellera seulement d'un mot les remises de la fiche de renseignements locatifs et de la notice d'utilisation et d'entretien des éléments d'équipement du logement vendu. La loi du 22 juin 1982 y a consacré des dispositions particulières qui ont conduit à en traiter de manière autonome.

8) L'accord collectif de location ne peut être indifférent à l'acquéreur du logement. Son existence même l'intéresse ; ensuite et surtout son caractère obligatoire ou du moins la possibilité qu'il puisse et soit étendu au logement objet de vente. Il convient par conséquent que le vendeur du logement précise ce qu'il en est à cet égard, du moins ce qu'il connaît.

9) On peut en dire autant de l'accord de modération de loyers qu'on se contentera de citer de ce fait d'un simple mot.

10) Enfin la question peut également se présenter par un contrat d'amélioration du logement.

Conclusion.

Quelle conclusion générale tirer de ce développement si ce n'est qu'une fois de plus le législateur est intervenu à propos du contrat de vente d'immeuble ? Une fois de plus, l'intervention entraîne de nouvelles complications. Sans doute, est-ce là la rançon de la complication du droit moderne, aussi du souci non déguisé de protéger l'acquéreur d'un logement. Comme dans la loi du 13 juillet 1979, le législateur prend en compte le fait abstrait qu'il s'agit d'un logement : au nom de la protection de l'acquéreur du logement, il ne tient aucun compte du fait que peut-être c'est le vendeur qui se trouve dans une position de faiblesse à la fois juridique et économique. A cet égard, on peut faire au moins autant de critiques aux législations récentes qu'au droit antérieur qui situait sur un pied d'égalité vendeur et acquéreur.

La législation récente fait de l'acquéreur du logement un véritable assisté juridique : c'est en effet de l'assistance que de prévoir l'obligation pour le vendeur d'indiquer le montant du dernier loyer pratiqué. De deux choses l'une : ou l'acquéreur n'entend pas louer et, dès lors, le montant du dernier loyer pratiqué ne présente pas de l'intérêt pour lui, si ce n'est de faire pression sur le vendeur en cas d'omission ; ou bien, l'acquéreur entend louer ou continuer la location et à moins d'être complètement débile, il ne manquera pas de s'informer sur le montant du loyer, sans attendre la conclusion définitive de la vente. C'est dire que le législateur aurait sans doute pu faire l'économie de cette disposition et rechercher une efficacité réelle.

Au regard des professionnels qui interviennent dans la réalisation de la vente d'immeuble, la loi du 22 juin 1982 apporte certainement des complications avec leur corollaire, de nouvelles sources de responsabilités. Elle présente également l'avantage incontestable de rendre leur intervention de plus en plus nécessaire, de plus en plus importante, de ce fait irremplaçable.

L'ORGANISATION DES RAPPORTS COLLECTIFS DE LOCATION

par Christian ATIAS,
Professeur à la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille

Entre Rousseau et Marx, est-il vraiment nécessaire de choisir ? Telle est la question que suscite le titre III de la loi du 22 juin 1982 intitulé : « De l'organisation des rapports collectifs de location » ! Après avoir lu la vingtaine d'articles qu'il comprend, l'interprète aimerait pouvoir dire qu'entre la guerre civile par excès d'individualisme et la guerre civile par exaspération des antagonismes collectifs, la France a trouvé sa voie propre, son équilibre et sa paix. Il est douteux qu'il le puisse. En pariant sur la collectivité, le législateur a pris le risque de n'aboutir qu'à un accroissement du poids des charges grevant la propriété locative.

L'hypothèse de travail des auteurs de la loi est simple. Le locataire est faible, hors d'état de défendre ses intérêts, face à un bailleur puissant, informé et avide de gains illégitimes. Qui n'admettrait pas cette hypothèse, ou plutôt ce postulat, se condamnerait à ne rien entendre aux articles 28 à 50 de la loi du 22 juin 1982. Parce qu'il a à satisfaire un besoin essentiel et urgent – le besoin de logement –, le locataire est « le pot de terre » de la fable ; parce qu'il n'a aucun besoin, le bailleur est évidemment « le pot de fer ». Devant un tableau aussi simpliste, l'économiste regrettera sans doute le cher « homo œconomicus » et ses décisions rationnelles inspirées par le souci majeur de rentabiliser son investissement ; il regrettera aussi, chiffres en mains, l'ignorance pure et simple des exigences du marché et de la régulation qu'il apporte spontanément. Mais, souvenez-vous, le fabuliste avait une autre morale ; devant les débris du pot de terre, il conseillait : « Ne nous associons qu'avec nos égaux ». C'est un peu cette idée-là qui a convaincu le législateur de 1982. L'association entre chaque bailleur et chaque locataire est par trop inégale. Pour rétablir l'équilibre, il faut imposer au bailleur de traiter avec la collectivité des locataires. Puisque conflit d'intérêts il y a, faisons-en une lutte de classes.

L'idée n'est assurément pas nouvelle. Les spécialistes du droit du travail la connaissent bien. « Le procédé (des conventions collectives de travail) tend essentiellement à porter remède à l'inégalité fondamentale entre employeur et travailleur, qui permettait au patron, dans le contrat individuel, de dicter ses conditions. Entre la collectivité des travailleurs et le patron,

l'équilibre des forces se rétablit : une libre négociation redevient possible[1] ». Porter remède à l'inégalité supposée fondamentale entre bailleur et locataire, tel est l'objectif de la loi nouvelle dans son titre III[2]. Le pari est donc que la collectivité des locataires sera à même de prendre en charge les intérêts de ceux-ci ; le poids qui en résultera pour la propriété, c'est-à-dire pour la gestion des immeubles loués en totalité ou non, n'est pas apparu comme une contrepartie excessive aux avantages de l'égalité retrouvée. Ces rapports collectifs de location devraient, en effet, « améliorer les rapports entre bailleurs et locataires[3] » – ce sont les bienfaits de la discussion – et apporter certaines garanties aux locataires, car la négociation collective devrait déboucher sur des conventions collectives. Ce qui n'a pas été mis en doute, c'est la nécessité et la possibilité de « collectiviser » les rapports de location ; peu importe que locataires et bailleurs ne forment évidemment pas deux classes sociales homogènes ! Peu importe qu'en l'absence de toute véritable tradition communautaire chez les locataires français, le risque de récupération politique soit considérable[4] ! Peu importe, puisqu'après tout, c'est la propriété qui fera les frais de cette expérience législative.

C'est bien ainsi qu'il faut considérer cette création, de toutes pièces, d'un droit collectif de la location. Cette vingtaine d'articles présente un certain nombre de caractéristiques qui le confirme d'emblée. Tout d'abord, le titre III de la loi du 22 juin 1982 n'a pas, dans l'ensemble des dispositions, une place quelconque. L'organisation des rapports collectifs de location est réglementée immédiatement après le contrat de location. Ainsi apparaît qu'au-dessus de l'accord individuel et en dessous de la loi, s'insère une nouvelle source du droit. Il serait manifestement erroné de vouloir restreindre la portée des accords collectifs à de simples directives un peu vagues et sans influence sur le contenu du contrat de bail. Une seule nuance s'impose ; dans une loi qui a volontiers confondu les dispositions juridiques et les proclamations électorales, qui s'est volontiers complue dans les slogans et les professions de foi[5], il est notable que ne se trouve pas expressément consacré le droit des locataires « à la négociation collective ». L'exemple du droit du travail n'a pas été suivi sur ce point[6]. Le titre III de la loi vient avant les dispositions consacrées au loyer. C'était de bonne logique puisque les accords de modération des loyers ne sont qu'une espèce dans le genre des accords collectifs de location ; leur régime emprunte plusieurs de ses règles au titre III qui fait ainsi figure de droit commun[7].

---

1. J. Rivero et J. Savatier, *Droit du travail*, P.U.F., Thémis, 7e éd., 1978, p. 331. Ces auteurs insistent d'ailleurs sur le particularisme des relations de travail (voir not. pp. 255 et 329).

2. Cf. art. 1er, al. 3, de la loi qui vise « l'équilibre » des relations collectives.

3. Art. 44, al. 1er, de la loi.

4. Cf. intervention de MM. Clément et Soury, *J.O.*, déb. Ass. Nat., 13 janvier 1982, p. 17.

5. Cf. art. 1er et 44, al. 1er, de la loi, sans oublier l'art. 26.

6. Cf. art. L. 131-1 C. Trav. - Adde le nouvel art. L. 132-27 (L. 82-957 du 13 novembre 1982) ; cf. *infra* note 16. Noter que l'ordre d'exposition, contrat individuel immédiatement suivi des conventions collectives, est le même dans la loi du 22 juin 1982 et dans le Code du travail.

7. Cf. *supra* rapport de Maître Doucède et art. 51, al. 2, de la loi.

La forme des articles 28 à 50 de la loi du 22 juin 1982 n'est ensuite pas moins révélatrice que leur place. Le titre III est d'une rédaction particulièrement médiocre qui compliquera la tâche des interprètes. Le plan d'ensemble est incohérent ; la conclusion des conventions est envisagée avant leur négociation ; l'objet des accords collectifs n'est précisé que quinze articles après celui qui en consacre l'existence[8]. Le détail n'est guère plus satisfaisant puisque les règles relatives à la durée, à la révision et à la dénonciation figurent aux premiers alinéas de l'article 39 et à l'article 40, tandis que les derniers alinéas de l'article 39 portent, entretemps, sur la publicité de ces accords collectifs. Les redites ne sont pas absentes non plus ; l'article 44, alinéa 3, texte général, reprend mot pour mot l'article 28, dernier alinéa, texte spécial aux accords de moindre portée, qui sont aussi régis par l'article 44. Il faudrait encore relever maintes lacunes[9] et quelques inadvertances, comme celle de l'article 45-I qui confond la terminologie des accords collectifs de location qu'un décret peut « rendre obligatoires » et le vocabulaire des conventions collectives de travail qu'un arrêté peut « étendre »[10]. Tous ces défauts dont certains pourront multiplier les procès inutiles attestent l'impréparation d'un projet qui avait, pourtant, la prétention d'innover totalement.

L'intitulé du titre III de la loi du 22 juin 1982 est, à cet égard, significatif. S'il s'agit d'organiser les rapports collectifs de location, c'est que le législateur voulait combler une lacune du droit antérieur ; mais c'est sans doute aussi qu'il s'imagine pouvoir saisir une réalité du même ordre que celle des relations comme le fit la loi de 1919 sur les conventions collectives est fondamentalement différent de la démarche qui consiste à susciter cette pratique. La communauté des locataires ne s'est pas constituée « dans les larmes et dans le sang » comme la communauté des travailleurs, voici plus d'un siècle. Il est difficile de croire que leurs situations soient comparables et leurs avenirs apparentés. C'est par un étrange dogmatisme que les auteurs de la loi ont cru pouvoir ignorer les particularités concrètes des rapports sociaux qu'ils avaient à régir. Il est regrettable qu'aucune statistique, qu'aucune enquête sociologique sur la situation des divers bailleurs et des divers locataires n'ait précédé et préparé la réforme. Peut-être aurait-ce été l'occasion de découvrir une variété de besoins, de moyens et de comportements dont la loi ne tient absolument pas compte. Peut-être le déséquilibre entre bailleurs et locataires serait-il apparu moins général et moins systématique. C'est un risque – celui d'être détrompé – que le législateur n'a pas voulu courir. Il a préféré nous offrir cet inutile article 1er : « les droits et obligations réciproques des bailleurs et

8. Cf. art. 28 et 44 de la loi.

9. L'article 9, al. 1, semble se référer en troisième lieu à l'hypothèse de l'article 28, al. 1, in fine ; mais il omet de préciser à nouveau que le bailleur doit être une personne morale. Quid juris ? cf. *infra* note 18.

10. Ceci même si l'article l. 133-10 C. trav. emploie alternativement l'expression « rendre obligatoire » et le mot « extension ». Pour d'autres erreurs de rédaction, parfois très graves, cf. *infra* notes 18, 37, 51, 52, 58, 59, 60, 67. Il est permis de s'en étonner d'autant plus que le « modèle » du Code du travail a été souvent fidèlement suivi.

des locataires doivent être équilibrés, dans leurs relations individuelles comme dans leurs relations collectives ». Ce « vœu pieux » annonce seulement un corps de règles dont la rigidité créera sans doute bien des difficultés d'application. Dans son inspiration d'ensemble, le titre III de la loi suppose que tout le droit des conventions collectives de travail, ou peu s'en faut, est bon pour les rapports locatifs devenus, de gré ou de force, collectifs. C'est loin d'être une évidence.

La première fonction que remplissent, en fait, les conventions collectives de travail, c'est d'améliorer l'information des patrons et des salariés sur le droit qui leur est applicable. Il faudra attendre de pouvoir examiner les accords de location pour savoir s'ils sont plus aisés à consulter et à comprendre que les lois et les règlements. La deuxième fonction des conventions collectives de travail, c'est assurément d'accroître l'effectivité du droit applicable ; l'adhésion des organisations représentatives revêt, en quelque sorte, la signification d'une confirmation du droit antérieur, d'un engagement de s'y conformer[11]. Pour que les accords collectifs de location prennent cette portée, il faudra que locataires et propriétaires se sentent véritablement représentés par les organisations mises en place[12] ; alors, mais alors seulement, les accords collectifs de location pourront apparaître comme des constats de l'acceptation collective de certaines règles de comportement. Il ne faudra pas s'étonner d'y retrouver des déclarations d'intention, des manifestations d'intérêt dénuées de toute portée[13]. Enfin, les conventions collectives de travail sont présentées comme favorisant, à la fois, le progrès du droit du travail et son adaptation aux circonstances économiques et sociales de chaque région ou de chaque secteur professionnel. Les accords collectifs de location auront sans doute quelques difficultés à anticiper sur des réformes législatives qu'il est permis de souhaiter point trop nombreuses ; et il est probable que, bâtiment après bâtiment, ils recopieront des formules stéréotypées, uniformes. Les associations de locataires y verront l'intérêt de bénéficier d'une sorte de phénomène de contagion.

L'optimisme affiché par le législateur ne suffira pas à tout changer. Mentalités, intérêts, contraintes économiques, voilà des faits têtus ! Et pourtant, la loi relève le défi. Plus précisément, c'est un pari qu'elle lance sur la collectivité, avec l'espoir – déraisonnable ? – que les bienfaits obtenus par les uns feront oublier de réels inconvénients affrontés par les autres dans la gestion des immeubles. Ce qui est pari lorsque la collectivité ne se préoccupe que des rapports bailleurs-locataires, devient poids lorsqu'elle est invitée à s'immiscer dans la gestion en ceux de ses aspects qui sont étrangers à l'usage quotidien des biens loués. Ce *pari sur la collectivité* correspond en effet à un *poids sur la propriété.*

---

11. Comparer J.-D. Reynaud, « La négociation et la règle », *Pouvoirs*, 1980, n° 15, p. 51.

12. D'où la gravité du danger signalé *supra* note 4.

13. Engagement de négociation, de tout faire pour éviter les expulsions, de se préoccuper de telle action d'animation...

I – Un pari sur la collectivité.

C'est bien d'un pari qu'il s'agit. Chacun perçoit l'enjeu qui est considérable : tout le logement locatif est en cause. Quant à l'aléa, il vient de ce qu'aucune expérience antérieure, pas même celle de la commission permanente pour l'étude des charges locatives[14], n'avaient permis de vérifier que la « collectivisation » des rapports de location était viable. Les auteurs de la loi en ont été parfaitement conscients. Pour éviter de perdre leur pari, ils ont multiplié les précautions et divisé les difficultés, c'est-à-dire leurs ambitions. Ces collectivités de bailleurs, de gestionnaires et, surtout, de locataires qu'ils appellent de leur vœux, une fée s'est penchée sur leur berceau pour veiller à leur avènement et pour leur réserver le meilleur accueil. Surtout, la prudence suprême a été de distinguer nettement discussions et conventions. S'il ne paraît pas impossible de trouver de simples interlocuteurs, il sera peut-être délicat d'en faire de véritables contractants.

A – Les interlocuteurs.

Dans un premier temps, provoquer la rencontre et la discussion entre bailleurs et locataires, en collectivités, est l'espoir du législateur et ces collectivités à naître reçoivent aussi de « belles espérances », d'importants moyens.

1) Retenant d'emblée le modèle du droit du travail, la loi du 22 juin 1982 raisonne sur des rapports entre un bailleur, le plus souvent isolé, et une collectivité de locataires. C'est une rupture radicale avec les rares expériences antérieures[15]. Il est vrai qu'il paraît normal de rechercher, dans chaque unité d'habitation, cette communauté chargée de protéger les locataires. Le paradoxe surgit pourtant lorsqu'il faut préciser les conditions de représentativité des organisations. Il est notable, de ce point de vue, que les critères qualitatifs, habituels au droit du travail et utilisés par ailleurs dans la loi de 1982, aient dû être repoussés. Ce sont des seuils purement quantitatifs qu'il faudra atteindre pour pouvoir s'exprimer au nom des locataires ; et ces seuils ont été fixés sans sévérité. Serait-ce suffisant pour donner des interlocuteurs aux bailleurs ? Le législateur ne l'a pas cru et a eu recours à deux expédients assez révélateurs en eux-mêmes.

– Obligation est faite, aux bailleurs et aux gestionnaires, d'accepter la discussion avec la collectivité des locataires[16]. Leur interlocuteurs imposés sont désignés, habilités par la loi.

---

14. Plus souvent désignée, du nom de son président, Commission Delmon.
15. Usages des chambres de propriétaires ; Commission Delmon.
16. C'est un diminutif – il ne s'agit pas même encore de négocier –, mais plus précis et, partant, juridiquement plus satisfaisant, du « droit à la négociation collective », cf. *supra* note 6.

Doivent d'abord être reconnues comme interlocutrices des bailleurs et des gestionnaires – c'est la disposition légale la plus générale – les associations déclarées qui remplissent trois conditions. La première est d'avoir pour objet statutaire exclusif la représentation des locataires d'un même bâtiment ou ensemble de bâtiments. Il faut donc supposer une association directement liée à l'immeuble ; elle aura généralement été créée « sur le tas », à l'occasion de difficultés propres à l'immeuble. La deuxième condition est que le nombre des adhérents de l'association atteigne 10 % de l'ensemble des locataires du bâtiment. Faut-il rappeler que, pour tous ces calculs, chaque couple de locataires mariés comptera pour deux, quelque soit le signataire du bail, en vertu de la cotitularité consacrée par l'article 1 751 du Code civil ? Cette précision rend particulièrement légère l'exigence légale, même si elle augmente le total des locataires à prendre en considération. La même remarque vaut a fortiori pour la dernière condition ; le nombre des locataires du bâtiment ou de l'ensemble des bâtiments ne doit pas être inférieur à trois, ce qui constitue une indication sur l'importance de l'immeuble et, surtout, sur son statut d'occupation[17].

Le moins qu'il faille en dire, c'est que les auteurs de la loi font confiance aux « minorités agissantes ». les minima imposés se signalent par leur modestie. Le mot de représentativité – d'ailleurs prudemment évité dans cet article 29 de la loi – prend décidément une signification différente de celle que lui attribue le bon sens commun. Le législateur ne s'est donc pas fait trop d'illusions sur l'empressement des locataires à s'associer en cette qualité et à militer ; mais s'est-il demandé quelles seraient leurs réactions quand ils se retrouveront, non seulement engagés par les accords, mais aussi entraînés dans des mouvements revendicatifs dont les organisations auront pris l'initiative ?

Doivent ensuite être admises comme interlocutrices des bailleurs et des gestionnaires les associations regroupant 10 % des locataires de tout ou partie du patrimoine immobilier d'un même bailleur personne morale[18]. La loi fait ici preuve d'une indulgence encore accrue à l'égard de la collectivité des locataires, réputée plus menacée par un bailleur « institutionnel » que par un bailleur privé. Cette indulgence se marque de deux façons. D'une part l'objet de l'association est défini plus largement ; peu importe qu'elle se soit limitée ou non aux biens appartenant à la personne morale bailleresse. Cette organisation pourra être née ailleurs, sans lien originaire direct avec les biens loués par ce bailleur. La deuxième facilité vient du choix laissé aux associations de locataires quant au domaine de leur action ; outre qu'aucun minimum de locataires n'est plus exigé, elles pourront étendre progressivement leur représentativité de proche en proche, d'un bâtiment à l'autre[19], puis à l'ensemble du patrimoine immobilier du bailleur choisi pour cible.

17. Le minimum de 3 aurait pu viser aussi les adhérents-locataires.

18. Cette dernière précision ne figure pas dans l'article 29, mais paraît devoir être reprise de l'article 28..., encore que le raisonnement a simili soit exclu : l'article 28 vise les conventions et non la discussion.

19. (Voir note p. 123).

Les exigences légales relatives à la représentativité des associations de locataires paraissent bien modérées. Il est déjà à craindre que les locataires ne se sentent pas effectivement représentés. Et pourtant le législateur a eu peur d'en demander encore trop. Pour tenter de tenir son pari, il a usé d'expédients qui n'auront probablement rien de « provisoires ».

– Ce sont plus précisément deux expédients qui vont permettre de créer, à tout prix et de toute forces, l'interlocuteur qu'il s'agit de donner aux bailleurs et aux gestionnaires. Il faut seulement observer que le premier a pour lui[20] l'exemple du droit du travail et que le second suppose le bon vouloir du bailleur.

Le premier expédient consiste à faire son profit d'une centralisation qui n'est pas le monopole de l'Etat. Est-il permis de s'étonner que le législateur de 1982 se fasse le défenseur de cette centralisation ? C'est pourtant bien ce qu'il fait ; il admet qu'une association, dépourvue de toute représentativité sur place, puisse représenter une collectivité de locataires pour la seule raison qu'elle est affiliée à une organisation nationale représentative. Doivent être reconnues comme interlocutrices des bailleurs et des gestionnaires « les associations déclarées regroupant des locataires du bâtiment ou de l'ensemble de bâtiments et affiliées à une organisation siégeant à la Commission nationale des rapports locatifs ». C'est la technique, traditionnelle en droit du travail[21], de la représentativité d'emprunt ou descendante. Dès lors qu'elle compte parmi ses membres deux locataires du bâtiment ou de l'ensemble, une association est habilitée à s'exprimer au nom de tous les locataires si elle est une organisation nationale représentative[22]. Peu importe le nombre total des locataires de l'immeuble, qu'il soit considérable ou, au contraire, minime. Peu importe que cette association regroupe seulement des locataires du bâtiment ou des bâtiments appartenant à un unique bailleur ou qu'à l'inverse, cette organisation ait un objet beaucoup plus vaste. Le bailleur ne peut refuser l'interlocuteur que lui désigne, non pas le soutien d'un certain nombre de ses locataires, mais la seule investiture d'une organisation nationale.

L'emploi de cette technique efficace semblait éliminer tout risque de non-représentation des locataires. Le législateur a, pourtant, prévu la possibilité de recourir à un dernier procédé, supplétif au demeurant, de désignation des représentants des locataires.

Ce second expédient pourra être mis en œuvre lorsqu'aucune association ne répondra aux exigences légales précédemment indiquées. Il ne s'agit donc

---

19. Une très bonne implantation dans un bâtiment permettra de représenter les locataires d'un autre bâtiment sans y avoir d'adhérents ; il suffira de bien choisir la « partie » de patrimoine !

20. Mais la question demeure : les solutions sont-elles transposables ?

21. Cf. art. L. 132-1 et 412-4, al. 2, Code du travail.

22. Cette condition résulte indirectement de l'article 35, al. 3, de la loi. La preuve contraire sera probablement exclue ; mais il est permis de regretter que les rédacteurs de la loi n'aient pas été suffisamment bien informés pour écarter toute hésitation. Sur les discussions en droit du travail, cf. avis C.E., 23 novembre 1978 : *Droit social*, 1979, p. 266 et M. Despax, *Droit social*, 1971, pp. 534 et 79, p. 259.

nullement de donner, aux bailleurs, la possibilité de trouver un interlocuteur mieux informé des difficultés propres à la gestion de l'immeuble et de nature à contrebalancer l'influence d'organisations nationales excessivement politisées. Ce procédé de dernier recours est tout simplement l'élection au suffrage universel direct. Encore faut-il bien remarquer que cette technique de désignation repose sur l'initiative des locataires et peut se heurter au veto du bailleur. Le bailleur ne peut, en effet, organiser les élections qu'à la demande des locataires – deux d'entre eux suffisent, quel que soit leur nombre total – ; mais cette demande ne s'impose nullement à lui. La loi lui laisse le choix ; théoriquement au moins, le pouvoir de décision lui appartient.

Il n'est pas exagéré de dire que la loi du 22 juin 1982 a fait l'impossible pour susciter la naissance et l'organisation d'une véritable collectivité de locataires. Les associations existantes vont changer d'importance, de registre et de nature ; en même temps, elles recevront un statut qui favorisera leur développement.

2) La nouvelle collectivité des locataires ne reçoit pas seulement la qualité d'interlocutrice imposée aux bailleurs, qualité protégée par la loi au moyen de sanctions pénales[23]. Elle voit également son action défendue contre les pressions dont elle pourrait être l'objet de la part des bailleurs et elle est dotée de moyens efficaces.

– La protection des nouvelles organisations est fondée, comme en droit du travail[24], sur le recours systématique aux sanctions pénales. Elle procède aussi d'une autre solution, puisée à même source. Le bailleur qui loue aux représentants statutaires des associations, perd le pouvoir de rompre les relations contractuelles. Le congé éventuel doit être soumis, quel que soit le motif de reprise invoqué, à l'avis préalable de la commission départementale des rapports locatifs[25]. L'article 33 qui porte cette exigence pourrait paraître singulièrement imprécis ; il n'indique pas ce qui doit advenir lorsque la commission émet un avis défavorable. En réalité, fort de cet avis, le locataire protégé demeurera dans les lieux ; il restera au bailleur à saisir le juge qui ne sera évidemment pas lié par l'avis préalablement donné.

– Quant aux moyens d'actions fournis aux associations, ce sont des moyens matériels et des pouvoirs juridiques.

Les moyens matériels sont, d'abord, les locaux collectifs que les associations de locataires, ainsi d'ailleurs que les associations de propriétaires et tous les résidents, pourront utiliser[26] ; pour les associations, l'accès devra être gratuit.

---

23. Article 69 de la loi.

24. Voir la liste de l'article 69 qui donne un large domaine à ce nouveau délit d'entrave.

25. Comparer articles L. 412-15, 420-22 et 436-1 Code du Travail.

26. Article 50 de la loi : bâtiments de plus de 50 logements dont le permis de construire a été demandé après le 23 juin 1982 (cf. *infra* note 54). Comparer articles L. 412-8 qui prévoit un accord avec le chef d'entreprise pour fixer les modalités d'utilisation, 420-19, al. 3, et 434-7 du Code du travail.

Il faut ensuite mentionner le panneau d'affichage obligatoirement mis à la disposition des associations de locataires dans tout bâtiment d'habitation quelle qu'en soit l'importance et la date de construction[27]. Ce panneau ne peut être utilisé que pour les communications portant sur le logement et l'habitat ; cette limite, – qui pourra être source de bien des discussions –, ne sera pas trop contraignante puisqu'elle n'exclut évidemment pas les thèmes politiques, dès lors qu'ils ont quelques rapports avec l'habitat, et puisqu'elle admet les mots d'ordre nationaux sans lien direct avec le bâtiment.

L'essentiel résulte évidemment des pouvoirs conférés aux organisations. Notablement, le législateur a renoncé à définir la nature de leurs fonctions[28]. Profitant de cette grande liberté de manœuvre, certaines associations auront surtout une activité revendicative ; elles présenteront au bailleur et appuieront les réclamations des locataires. D'autres organisations préfèreront sans doute coopérer avec les bailleurs et avec les gestionnaires, en espérant que cette collaboration crée les conditions d'une amélioration des rapports locatifs.

En toutes hypothèses, les représentants des associations ont le droit, à la fois, de s'informer et de donner leur opinion. Ce double pouvoir constitue dans une certaine mesure une véritable prérogative de la collectivité des locataires qui pourront contrôler les sommes mises à leur charge par les bailleurs ; de ce point de vue, il est possible de se référer à l'idée d'un équilibre entre les deux parties au contrat ; il ne s'agit que d'éviter les erreurs et les excès. C'est pourquoi, tous les documents « servant à la détermination des charges locatives »[29] doivent être mis à la disposition des locataires, et notamment les factures, les contrats de fourniture, les contrats d'entretien ; la liste n'est évidemment pas limitative. Ainsi informés, les représentants des locataires peuvent demander à être consultés par le bailleur ou le gestionnaire. Curieusement, le texte fixe un minimum d'une consultation par trimestre ; faut-il en déduire qu'à défaut de demande trimestrielle, le bailleur doit obliger les représentants des locataires à être consultés ou que les locataires sont en droit d'adresser des reproches à leurs représentants ? Ceux-ci, lorsqu'ils s'entretiennent avec le bailleur, peuvent se faire assister par « un représentant de l'organisation départementale ou nationale à laquelle leur association est affiliée ». La raison d'être d'une telle disposition est claire ; mais elle comporte évidemment les mêmes dangers que la centralisation déjà relevée[29 bis].

Ces pouvoirs sont importants. Toutefois, les associations de locataires ne sont encore conçues, ici, que comme les interlocutrices des bailleurs. C'est pourquoi, aucun seuil d'application de ces règles n'est exigé à titre général. Le plus petit bâtiment, le plus modeste des bailleurs devra s'y plier dès lors que ses locataires se trouveront dans l'une des situations décrites à l'article 29.

---

27. Article 31, al. 3 de la loi. Comparer articles L. 412-7, 420-19, al. 4, et R. 432-15 C. Trav.

28. Comparer art. L. 420-3 et 432-1 C. Trav.

29. Article 31, al. 2, C. Trav.

29 bis. Il faut remarquer encore la pénalisation des associations locales – moins « politisées » – par l'impossibilité d'assistance d'un avocat ou autre professionnel compétent.

Une prérogative plus astreignante pour les propriétaires est encore reconnue aux organisations de locataires ; un véritable pouvoir normatif leur est attribué, puisque, sous certaines conditions, elles vont pouvoir conclure des accords collectifs.

B – Les contractants.

Les rapports collectifs de location ne se limitent pas à des consultations, à des échanges de vues et à des discussions. Les locataires ne sont pas seulement groupés pour tenter d'imposer leurs revendications aux bailleurs. D'interlocuteurs, les locataires se transforment en contractants lorsqu'ils engagent les bailleurs dans une sorte de contrat collectif. Cette catégorie juridique inédite – les accords collectifs de location – présente une certaine unité qui lui permet d'obéir à une sorte de droit commun ; mais le genre des accords collectifs de location se subdivise en plusieurs espèces en fonction de leur portée et de la qualité des contractants qui leur ont donné vie.

1) Le régime commun des accords collectifs de location, c'est d'abord leur objet. L'article 44 de la loi leur confie la mission très générale « d'améliorer les rapports entre bailleurs et locataires ».

Pour y parvenir, ils peuvent envisager tous les aspects des rapports locatifs. Les limites imposées à leurs ambitions sont fort discrètes. Les accords peuvent porter sur des questions particulières : maîtrise de l'évolution des charges récupérables, grille de vétusté, locaux résidentiels à usage commun, actions d'animation culturelle et sociale. Ces questions peuvent être considérées comme relevant directement et, pour ainsi dire, naturellement de la collectivité des locataires[30]. Les accords ont surtout vocation à instituer des règles intermédiaires entre la loi et le contrat individuel. Ils le feront en consignant des clauses-types par lesquelles ils détermineront le contenu des contrats de location qui échapperont ainsi à la volonté des parties. Ils le feront encore en déterminant le contenu du règlement intérieur ; le droit du bail anticipe ici notablement sur le droit du travail qui consacre encore le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise dans l'élaboration du règlement intérieur[31].

La portée de ces accords collectifs pourrait donc devenir considérable, si la négociation se révélait suffisamment active. Dans quelques années peut-être, il ne sera plus possible de connaître le droit positif de la location sans étudier, non seulement les lois, règlements et décisions de justice, mais encore le contenu des accords collectifs de location. La loi ne leur impose que deux limites ; la première est qu'ils doivent respecter « l'équilibre économique et

---

30. Il n'en est pas toujours de même ; cf. *infra* deuxième partie.

31. Cf. art. L. 122-34 et 36 C. Trav. (modif. L. 4 août 1982, *J.C.P.*, 1982.III.53074) et la prohibition des amendes, plus spéciale dans l'ancien article L. 122-39 C. Trav. que dans l'article 27 de la loi qui vise toutes les clauses quel que soit le document dans lequel elles ont été insérées (Voir le nouvel art. L. 122-42 C. Trav.). Voir toutefois la nuance apportée par le nouvel article L. 132-29 (L. n° 82.957 du 13 novembre 1982).

juridique du contrat de location ». Il est permis de douter que cette disposition puisse être invoquée utilement contre la sacro-sainte volonté collective ; ceci d'autant plus que ces équilibres sont bien difficiles à définir, surtout après la loi du 22 juin 1982. La deuxième limite imposée au pouvoir des collectivités contractantes résulte de l'impossibilité de déroger à l'ensemble des dispositions légales relatives au contrat de location. Dans son principe, cette règle ne fait que confirmer la position intermédiaire de la nouvelle source du droit entre la loi et le contrat[32] ; il est toutefois notable que le législateur ait renoncé à consacrer un « ordre public social », c'est-à-dire unilatéral, qui aurait permis de déroger à la loi dans un sens plus favorable aux locataires seulement. Les accords collectifs ne pourront modifier en rien les exigences légales impératives ; encore pourront-ils, par exemple, fixer à plus de six ans la durée du bail initial ordinaire ou à plus de trois ans la durée du bail renouvelé. Rien ne s'oppose à l'augmentation des minima légaux, puisqu'aucune disposition légale ne réserve au bailleur la détermination de la durée du bail au-delà de ces minima. Par de telles clauses, les accords collectifs de location prendront bien figure de normes-relais entre la loi et le contrat, qui les apparentera aux conventions collectives de travail. Le rapprochement aura d'autant plus de signification que le loyer lui-même sera réglementé par des accords collectifs ; le genre des accords collectifs de location accueille l'espèce des accords de modération des loyers[33].

La parenté avec les conventions collectives de travail va plus loin. Toutes les règles relatives à la durée, à la publicité et à la forme des accords collectifs de location sont directement empruntées au Code du travail. Il en est de même de celles qui régissent l'adhésion.

Les accords collectifs de location sont conclus pour une durée déterminée ou indéterminée[34]. Comme les conventions collectives de travail, ils doivent organiser leur dénonciation, leur renouvellement et leur révision. La loi impose seulement la notification de la dénonciation aux autres signataires et un sursis d'application d'un an maximum. La publicité des accords de secteur en vigueur pourra être assurée grâce à une procédure de dépôt auprès des commissions nationale ou départementale ; la forme écrite est exigée à peine de nullité. La possibilité de consultation par les bailleurs et locataires a également été ménagée[35].

La technique de l'adhésion se retrouve aussi[36]. Comme pour les conventions collectives, des organismes qui n'auraient pu légalement conclure l'accord

32. Cf. art. L. 132-1, al. 2, C. Trav. Noter, en harmonie avec le refus de l'ordre public social, le silence sur les avantages acquis.

33. Cf. *supra* le rapport de Maître Doucede.

34. Article 39 de la loi. Comparer art. L. 132-6 C. Trav. : la durée maximum est, en matière locative, de trois ans et non de cinq.

35. Cf., sur toutes ces règles, par comparaison : art. L. 132-5, 6, 7 et 8 C. Trav. Pour les accords de secteur, cf. *infra*, publication au Journal Officiel.

36. Cf. art. L. 132-9 C. Trav. Pour la discussion sur les effets de l'adhésion, cf. avis C.E., 30 octobre 1956 et circulaire 10 mai 1957. Comparer Soc., 2 novembre 1976, *bull. civ.*, V. n° 548 et H. Groutel, *J.C.P.*, 1972.I.2642, n° 30 et s.

pourront acquérir ultérieurement la qualité de partie à cet accord ; ils seront liés comme les signataires initiaux eux-mêmes. C'est notamment le cas des organisations représentatives des gestionnaires qui pourront ainsi participer à l'élaboration des accords et être engagés, ainsi que leurs membres, après une adhésion qui ne leur donnera pas les droits des parties initiales à l'accord[37].

Le régime commun à tous les accords collectifs de location est donc très directement inspiré de celui des conventions collectives de travail. Le parallélisme tend, au contraire, à s'atténuer à l'examen des diverses espèces d'accords collectifs.

2) Selon la qualité des personnes habilitées à les conclure et, corrélativement, selon leur portée, les accords collectifs de location peuvent être rangés en trois catégories. Il faudrait y ajouter les accords de modération des loyers qui sont réglementés distinctement. Entre les trois espèces communes, la loi instaure une hiérarchie révélatrice.

– Accords de bâtiment, accords de secteur, accords nationaux de secteur rendus obligatoires, cette trilogie rappelle celle des conventions collectives de travail, ordinaires, susceptibles d'extension et étendues. La comparaison aura pourtant ses limites et ne rendra pas toujours raison des particularités des rapports de location.

Les accords de bâtiment sont négociés entre le bailleur ou les bailleurs et les associations déjà définies et habilitées, soit par leur représentativité dans le bâtiment, soit par leur affiliation à une organisation nationale. Ils supposent un bâtiment comportant au moins six logements locatifs ; ce seuil d'application des accords collectifs est remarquablement faible et ne tient pas compte du nombre des logements possédés par les bailleurs assujettis. Une fois encore, c'est la gestion des plus petits immeubles, des plus modestes patrimoines immobiliers, qui va se trouver grevée, inutilement dans bien des cas, de lourdes charges. Le notable est qu'en vertu d'une technique originale, les organisations de l'article 29 peuvent négocier l'accord, mais non le rendre applicable. Pour que bailleur et locataires soient liés, une condition supplémentaire est requise ; il faut soit que les associations signataires groupent les sept douzièmes de l'ensemble des locataires, soit que ce même nombre de locataires ait adhéré par écrit à l'accord[38]. Dans ces conditions, tous les locataires du bailleur signataire, même s'ils ne sont pas membres d'une organisation signataire et n'ont pas adhéré par écrit, sont liés par l'accord[39]. Il faut noter que chaque bailleur est envisagé isolément et n'engage que lui-même, si bien qu'en théorie au moins, dans un même bâtiment, certains loca-

37. Cf. art. 41 et 49 de la loi. Les associations de gestionnaires ne pourront pas provoquer la révision, à moins que la controverse rappelée en note précédente ne tourne en leur faveur ; mais la loi, imprécise ici aussi malgré les précédents, n'y semble pas favorable.

38. Le terme d'adhésion, source de l'obligation dans ce cas, n'a évidemment pas du tout le même sens que dans l'article 41.

39. Comparer art. L. 132-10, al. 2, C. Trav.

taires seulement pourront bénéficier d'un accord dont les autres seront exclus ; le législateur a évidemment compté ici sur un phénomène de contagion. Aux accords de bâtiments, peuvent être assimilés les accords de patrimoine qui supposent un bailleur personne morale et des conditions d'efficacité encore plus strictes[40].

Comme les conventions susceptibles d'extension ministérielle, les accords de secteur – deuxième catégorie – sont négociés au sein d'une commission[41]. L'originalité du droit de la location est d'avoir recours à des commissions permanentes et non à des organismes adhoc. Des commissions départementales et une commission nationale sont instituées par les articles 34 et 35 de la loi ; il s'agit de commissions mixtes, composées de représentants des organisations de bailleurs, de locataires et de gestionnaires. Ces organisations doivent démontrer leur représentativité en établissant que sont suffisants le nombre de leurs adhérents[42], le montant global des cotisations perçues, leur indépendance, l'expérience et l'activité déployée par elles dans le domaine du logement[43]. Ces accords collectifs de secteur s'imposeront aux organisations signataires sans même que l'unanimité d'entre elles les ait acceptés[44]. Les secteurs locatifs sont définis par la loi en considération de la qualité des bailleurs, organismes d'habitation à loyer modéré, sociétés d'économie mixte, entreprises d'assurances et toutes autres catégories de bailleurs[45].

Enfin, la troisième catégorie d'accords collectifs est constituée par les accords nationaux de secteur rendus obligatoires pour tous les logements du secteur par décret en Conseil d'Etat[46]. C'est alors une décision gouvernementale qui fonde l'efficacité accrue de l'accord. Seule la majorité des organisations représentatives de bailleurs ou la majorité des organisations représentatives de locataires peuvent faire opposition à ce développement considérable de la portée de la convention. Il faut noter que la mesure réglementaire peut laisser de côté certaines clauses, à condition de respecter « l'équilibre de l'accord »[47]. Le droit de la location se sépare du droit du travail dans la détermination de l'étendue du pouvoir réglementaire. Aucune extension de secteur locatif à

40. Art. 28, al. 3 : Un accord conclu pour tout ou partie du patrimoine immobilier lie le bailleur et l'ensemble de ses locataires dès lors qu'il a été conclu par les sept douzièmes des associations en nombre au moins égal à deux et que ces associations sont représentatives au sens du quatrième alinéa de l'article 29 au niveau de tout ou partie du patrimoine ou bien dès lors qu'il a été conclu par une association regroupant 20 % des locataires concernés par l'accord.

41. Art. 37 de la loi. Comparer art. L. 133-1 C. Trav.

42. Adde nombre des logements détenus ou gérés par les adhérents des associations de bailleurs ou de gestionnaires et répartition géographique des adhérents des associations de locataires.

43. Art. 36 de la loi. Comparer art. L. 133-2 C. Trav.

44. Opposer art. L. 133-12, 1°, C. Trav.

45. Art. 37, al. 3, de la loi.

46. Art. 47 de la loi. Comparer art. L. 133-10 C. Trav. qui emploie la même terminologie dans son alinéa 1er, avant de parler d'extension. Noter par le décret en Conseil d'Etat se substitue à l'arrêté ministériel du Code du Travail.

47. Art. 47, al. 2, de la loi. Comparer art. L. 133-10, al. 3, C. Trav.

secteur locatif[48], voire de département à département[49], n'est prévue. L'intervention du décret en Conseil d'Etat aboutit seulement à supprimer la condition d'affiliation du bailleur et du locataire à une organisation signataire. L'accord rendu obligatoire devient applicable systématiquement à tous les logements du secteur ; le décret n'a même pas la possibilité d'exclure de son application certaines catégories particulières de logements, de bailleurs ou de locataires. La procédure qui produit ce résultat radical est différente de celle qui s'applique aux conventions collectives de travail ; sa particularité majeure est de présenter la décision réglementaire comme la suite normale de la conclusion et de la publication d'un accord national de secteur[50].

Cette trilogie des accords collectifs de location doit être un trio et non une cacophonie ; il a donc fallu en organiser la hiérarchie.

– C'est l'objet de l'article 45 de la loi. Ce texte donne une certaine prééminence aux accords spéciaux, c'est-à-dire à ceux dont le domaine d'application est le plus étroit. Par là semble se confirmer que le législateur attend notamment de la négociation collective une adaptation des règles générales aux particularités de chaque logement ou de chaque département. Il n'est pourtant pas certain que la hiérarchie légale puisse se retrouver dans la pratique.

L'accord de bâtiment l'emporte sur l'accord de secteur, qu'il ait été rendu obligatoire ou non[51]. De façon comparable, l'accord départemental de secteur l'emporte sur l'accord national, au moins si ce dernier n'a pas été rendu obligatoire[52]. Cette inspiration décentralisatrice n'est abandonnée qu'au profit de l'accord national de secteur rendu obligatoire ; il l'emporte, en effet, sur l'accord de même ordre qui n'a pas bénéficié de la même mesure réglementaire ; c'est assez dire l'importance du pouvoir confié au gouvernement qui pourra choisir entre les différents accords. En pratique, il est infiniment probable que la hiérarchie s'inversera pour laisser la suprématie aux accords de secteur ; bien souvent, les accords de bâtiment ou de patrimoine se contenteront de les recopier dans la plupart de leurs stipulations[53].

---

48. Opposer art. L. 133-13 C. Trav.

49. C'était l'évidence, dès lors que – faut-il le rappeler ? – seuls les accords nationaux peuvent être rendus obligatoires : nouveau signe d'une inspiration centralisatrice ?

50. La procédure réglementaire est décrite comme la troisième étape qui « peut » suivre la conclusion et la publication au Journal Officiel.

51. L'accord de patrimoine de l'article 28, al. 3, a été curieusement escamoté dans l'article 45 qui comporte décidément bien des failles ; cf. *supra* note 10.

52. Nouvelle imprécision de l'article 45.

53. Pour assurer le respect de la hiérarchie qui s'instaurera, en fait, au profit des accords de secteur, l'article 28, al. 4, crée une obligation d'information... Le législateur aurait-il prévu, voire souhaité, cette inversion de l'article 45 ? Préalablement à la signature de tels accords (il s'agit des accords de bâtiment ou de patrimoine), les bailleurs et les locataires, lorsqu'ils sont membres d'une associations sont tenus de s'informer réciproquement de l'existence éventuelle d'accords portant sur le même objet et conclus au plan départemental ou national. Dès leur signature, le bailleur adresse aux locataires copie desdits accords.

Ainsi, la collectivité des locataires et, de manière plus restreinte, la collectivité des bailleurs reçoivent-elles des pouvoirs considérables ! Les accords collectifs de location qu'elles vont conclure constitueront des normes-relais entre la loi et le contrat individuel de location. L'espoir ainsi placé dans la collectivité ressemble bien à un pari, puisque rien ne permet de dire si les discussions auront lieu et, surtout, si elles aboutiront. L'expérience valait peut-être d'être tentée, à condition de limiter l'intervention de la collectivité aux rapports entre bailleurs et locataires ; n'était-ce pas le domaine normal d'action des nouvelles collectivités reconnues par la loi ? Pourtant, le législateur ne s'en est pas tenu là. C'est un véritable contre-pouvoir qu'il a voulu dresser face à la propriété. La répercussion de cette organisation des rapports collectifs de location sur la gestion des immeubles sera considérable. Ce pari sur une collectivité qui devra démontrer son efficacité se traduit directement par un poids sur la propriété.

II – Un poids sur la propriété.

L'organisation des rapports collectifs de location par les articles 28 à 50 de la loi du 22 juin 1982 aura, pour les bailleurs et pour les gestionnaires, de lourdes conséquences. Même en ne revenant pas sur l'obligation de prévoir, dans les bâtiments ou ensembles de bâtiments de plus de cinquante logements, « des locaux collectifs à l'usage des résidents »[54], la charge pesant sur la propriété sera importante. La liberté de contracter, de concevoir un contrat adapté aux particularités de chaque bâtiment, voire de chaque logement, est fortement entamée. De multiples contraintes nouvelles sont imposées aux propriétaires et aux gestionnaires. Celles-ci seraient certainement très acceptables si elles ne portaient que sur les rapports entre bailleurs et locataires qu'elles ont pour fonction d'améliorer. En réalité, les locataires, utilisateurs du bien d'autrui, reçoivent le pouvoir de s'immiscer dans la gestion de ce bien et leurs prérogatives ne sont plus toujours immédiatement liées à la simple jouissance. De surcroît, le respect des dispositions légales passera par la prolifération de formalités dont les bienfaits seront parfois douteux, notamment dans les petits bâtiments et pour les bailleurs d'un petit nombre de logements, comme pour les gestionnaires de bâtiments comportant peu de locataires. Ainsi, au poids des contraintes, s'ajoutera le poids des formalités.

---

54. Il faut noter que cette obligation s'impose dès lors que la demande de permis de construire est postérieure au 23 juin 1982 ; surtout, il faut remarquer la présence du pluriel (« des locaux... ») et la généralité de la règle qui s'applique à tous les bâtiments d'habitation d'une relative importance, quel qu'en soit le statut d'occupation. Il est vrai qu'un décret est annoncé... (cf. *supra* note 26).

A – Le poids des contraintes.

Un certain nombre d'obligations, de sujétions sont imposées à l'ensemble des bailleurs et des gestionnaires. Leur particularité est de conférer, à la collectivité des locataires, non plus seulement un pouvoir de contrôle limité aux charges payées par les locataires, mais un droit de regard sur les décisions de gestion prises par les propriétaires. Cette tendance se renforce encore lorsque l'immeuble est soumis au statut de la copropriété des immeubles bâtis.

1) De droit commun, la première des sujétions qui pèsera sur les bailleurs résultera de l'obligation de consulter les représentants des locataires sur « les différents aspects de la gestion du bâtiment ». Le droit de regard des locataires n'est nullement limité aux questions liées à leur droit personnel de jouissance ; ils deviennent des contrôleurs généraux de la gestion. Il est difficile de ne pas voir là une réforme fondamentale de la propriété elle-même. La deuxième contrainte, pour les propriétaires, viendra de l'obligation de respecter les accords collectifs de location. Ils seront liés par les accords de bâtiment ou de patrimoine qu'ils auront conclu, par les accords départementaux et nationaux de secteur que les organisations dont ils seront membres auront signés[55] ; enfin, et peut-être surtout, tous les bailleurs de chaque secteur locatif devront se conformer aux accords collectifs de location qui présenteront les trois caractéristiques d'être des accords de secteur, des accords nationaux et des accords rendus obligatoires par décret[56].

L'application de ces différents accords signifiera, non seulement que leurs stipulations seront à respecter dans la détermination de la contribution aux charges, mais encore qu'un certain nombre de décisions échapperont aux bailleurs. Outre les questions qui portent directement sur les rapports locatifs, l'article 44 de la loi donne aussi comme objet aux accords collectifs : l'amélioration et l'entretien des parties communes. Chacun conçoit que les locataires aient une opinion, et même une opinion éclairée par les difficultés rencontrées quoditiennement dans l'utilisation de l'immeuble, sur l'état de l'escalier ou sur l'utilité d'un ascenseur. Pourtant, les décisions à prendre correspondent ici à des dépenses importantes ; elles demandent à être envisagées du point de vue de la rentabilité de l'investissement locatif. Que se passera-t-il lorsqu'un bailleur, fortuné, généreux ou inconscient, aura pris un engagement qui ne tardera pas à être exigé des autres bailleurs du même bâtiment ? C'est ici qu'il est important de remarquer qu'au regroupement des locataires en association peut correspondre une division des bailleurs les uns contre les autres.

Les bailleurs seront donc liés par de nouvelles normes et ne pourront plus prendre certaines initiatives de gestion qu'en s'y soumettant. De même, ils ne pourront plus discuter d'un contrat de location sans avoir sous les yeux les différents accords collectifs éventuellement applicables au logement en

55. Sans oublier le jeu des adhésions, voir article 28, al. 2, 3 et 37, al. 2.

56. Ce n'est là qu'un rappel puisque la dernière condition suppose remplies les deux premières.

cause ; ils devront s'aligner sur les clauses-types établies au cours de la négociation collective.

Cette éviction de la négociation individuelle est particulièrement sensible à l'examen des trois dispositions légales qui ont été conçues pour renforcer la portée des accords collectifs de location.

La première prévoit que ces accords peuvent s'appliquer, en tout ou en partie, aux contrats de location en cours. Il suffit qu'une de leurs clauses le précise[57]. En pratique, il apparaîtra sans doute préférable d'uniformiser les régimes juridiques des différents locataires ; il n'y a rien de critiquable à ce que le dispositif destiné à clarifier le calcul des charges soit étendu au plus grand nombre de locataires. En revanche, l'entrée en vigueur de l'accord collectif pourra aussi signifier que certaines stipulations convenues entre les parties au contrat individuel cesseront de faire « la loi des parties ». Locataires et bailleurs seront instantanément et automatiquement libérés et devront respecter la clause-type insérée dans l'accord collectif ; il est à prévoir que, dans certains cas, le contrat individuel s'en trouvera complètement déséquilibré et prendra au piège le bailleur qui aura consenti tel avantage en contrepartie de telle obligation acceptée par le locataire et supprimée par l'accord collectif.

Une deuxième disposition précise qu'une fois l'accord de bâtiment applicable, tout nouveau locataire, même s'il n'est pas membre d'une organisation signataire – conformément au droit commun –, peut s'en prévaloir[58]. Autrement dit, les accords de bâtiment prendront et conserveront, sauf dénonciation, une portée tout à fait absolue ; ils deviendront une sorte de charte de chaque bâtiment. Loin d'être fondés sur une manifestation de volonté collective, ils seront attachés à la propriété un peu comme le serait une charge réelle ; ils constitueront l'un des éléments du régime de la propriété.

La troisième disposition confirme encore cette tendance. L'article 43 décide, en effet, que l'accord rendu obligatoire – il s'agit, rappelons-le, d'un accord national de secteur[59] – « est maintenu en vigueur en cas de changement de bailleur, même si le nouveau bailleur n'est pas signataire de l'accord ou membre d'une organisation signataire »[60]. Ainsi le bailleur qui décide

57. article 46 de la loi. Il faut noter que la solution est de droit pour les conventions collectives de travail.

58. Article 28, al. 2 de la loi. Nouvelle inadvertance sans doute : les accords de patrimoine ne bénéficient pas de la même règle.

59. Voici assurément l'une des dispositions les plus incohérentes de la loi ! Le texte vise l'accord rendu obligatoire en application des articles 28 et 47, alors que les accords de l'article 28 (accords de bâtiment) ne peuvent jamais être rendus obligatoires. Faut-il lire alors : en application des articles 37 et 47 ? Cela ne résoudrait rien puisque, l'accord étant obligatoire, s'applique à tous les logements du secteur et que, dès lors, il n'a pas lieu d'être maintenu en vigueur lors d'un changement de bailleur sauf s'il n'appartient pas au même secteur locatif : voilà l'hypothèse envisagée ! Pourquoi le texte se réfère-t-il à d'autres considérations ?

60. S'agissant d'un accord national, le bailleur ne peut en être signataire (tandis que s'agissant des accords de l'article 28, le bailleur ne peut être membre d'une organisation signataire...). Sans nouveau commentaire ! Rappelons, par ailleurs, que l'article L. 122-12, al. 2, C. Trav. n'est pas applicable aux conventions collectives de travail.

d'adhérer à une association adopte un parti lourd de conséquences, non seulement pour lui, mais aussi pour la succession des propriétaires à venir, pour la propriété éternelle en quelque sorte. Il lui faudra songer que certaines clauses avantageuses pour ses locataires et de nature à améliorer ses rapports avec eux pourront être fort dissuasives pour de futurs condidats à l'acquisition du logement. Il est à noter que la règle semble ne s'appliquer qu'aux accords les plus généraux, ce qui manifeste, une nouvelle fois, la faveur légale pour la centralisation. La formulation employée serait également significative s'il était permis de penser qu'elle n'est pas le fruit du hasard ; un législateur raisonnable n'aurait pas parlé de maintien en vigueur s'il devait s'agir de transmission ; mais la mauvaise qualité de rédaction de l'ensemble du texte rend superflu ce genre de remarque.

Le droit commun des accords collectifs de location constituera donc une nouvelle donnée de la gestion d'un patrimoine immobilier locatif. Celle-ci ne sera évidemment pas simplifiée lorsque le logement sera situé dans un immeuble soumis au statut de la copropriété des immeubles bâtis.

2) L'harmonisation des pouvoirs reconnus aux collectivités de bailleurs et de locataires et des pouvoirs de l'assemblée générale des copropriétaires sera délicate.

Dans un immeuble soumis au statut de 1965 et auquel sera, par exemple, applicable un accord collectif imposant l'installation d'un ascenseur, comment contraindre les copropriétaires, les copropriétaires bailleurs et les copropriétaires occupants, à engager une telle dépense ? La loi du 22 juin 1982 n'a rien prévu pour régler ce conflit. Et pourtant, une telle décision qui relevait, jusqu'à présent, au moins[61] de la double majorité de l'article 26 de la loi du 10 juillet 1965 pourrait bien changer de régime juridique ; avec l'accord collectif de location obligeant les bailleurs à faire les frais de cette amélioration, il ne faudra pas s'étonner si d'aucuns considèrent que les travaux, devenus obligatoires, relèvent de la majorité des voix de tous les copropriétaires[62].

La loi nouvelle a seulement précisé, à deux reprises[63], que les « clauses du règlement de copropriété l'emportent sur toutes les stipulations des accords collectifs de location qui leur sont contraires ». Il deviendra donc prudent de développer le contenu des règlements de copropriété pour y préciser ce que les copropriétaires refusent de se voir imposer par les accords collectifs de location. Encore ne faut-il pas se bercer d'illusions ! Les pressions seront fortes pour exiger une modification du règlement trop protecteur[64].

L'innovation essentielle de la loi tient, pourtant, moins à l'institution des

---

61. Sauf atteinte aux modalités de jouissance des parties privatives.

62. Article 25, e, loi 10 juillet 1965.

63. Articles 28, al. 5 et 44, al. 3 (ce dernier texte a, pourtant, vocation tout à fait générale et vise toutes les sortes d'accords) : encore une élégance de rédaction (déjà signalée en introduction) !

64. Le législateur y a déjà songé, comme à un progrès semble-t-il, puisqu'il a imposé l'information des locataires (qui ne peuvent même pas y assister) sur la tenue des assemblées générales : cf. article 32, al. 2 de la loi.

accords collectifs de location qu'au changement de nature de l'organe principal du syndicat des copropriétaires. La loi du 10 juillet 1965 avait confié tous les pouvoirs de gestion de l'immeuble à une assemblée générale dite assemblée générale des copropriétaires. La loi de 1982 transforme cet organe en assemblée générale de copropriété, sans pour autant modifier les dispositions correspondantes de la loi de 1965. Désormais, l'organe principal du syndicat ne peut s'appeler assemblée générale des copropriétaires puisqu'il ne regroupe plus uniquement des copropriétaires.

En soi, la possibilité, donnée aux représentants des locataires, « d'assister à l'assemblée générale de copropriété et de formuler des observations sur les questions inscrites à l'ordre du jour » n'est pas une mauvaise chose. Il est même possible que, l'information des locataires sur les décisions prises étant mieux assurée, une partie des conflits relatifs à la discipline collective disparaissent. Pourtant, devant une telle réforme, deux réactions au moins sont possibles. Le juriste « tant mieux » relèvera que les copropriétaires conservent la maîtrise de l'ordre du jour ; il se félicitera de la convergence entre la loi du 10 juillet 1965 et celle du 22 juin 1982 qui rendent, toutes les deux, souhaitable une rédaction très précise de l'ordre du jour : il en attendra une diminution des interminables et inutiles discussions « de politique générale » qui enveniment les relations et empêchent de délibérer sur l'essentiel. Le juriste « tant pis » s'attachera à d'autres caractéristiques de l'article 32 de la loi de 1982. Il remarquera que les représentants des locataires peuvent formuler des observations sur tous les aspects de la gestion de l'immeuble, sur toutes les questions inscrites à l'ordre du jour. Les locataires reçoivent donc compétence quasi-consultative, non seulement dans les domaines directement liés à l'utilisation quotidienne de l'immeuble, mais aussi pour toutes les décisions à prendre en assemblée. La participation des représentants des locataires à l'assemblée générale devra assurément être considérée comme une formalité substantielle ; à défaut de convocation, les délibérations votées seraient nulles[65].

Cet ensemble de contraintes compliquera sans aucun doute la gestion des immeubles. En copropriété notamment, il suffira de deux locataires dans un bâtiment même très petit pour que la loi s'applique ; si ces deux locataires constituent une association affiliée à une organisation nationale représentative, ils peuvent se prévaloir de l'article 32 de la loi du 22 juin 1982 et assister à l'assemblée générale. A ces contraintes, s'ajoutera le poids de multiples formalités nouvelles.

B – Le poids des formalités.

Les bailleurs et gestionnaires verront incontestablement leur tâche alourdie par l'organisation des rapports collectifs de location. Il serait facile de dresser

65. Comparer Cass. com., 17 février 1975, *J.C.P.*, 1975.II.18105, obs. J. Savatier, pour le défaut de convocation des délégués du comité d'entreprise au conseil d'administration d'une société anonyme (décision rendue sous l'empire du droit antérieur à 1966).

le tableau épouvantable des documents qu'il faudra tenir à la disposition des locataires ou leur remettre. Quelques notations suffiront à montrer que l'exercice de la fonction économique remplie par les propriétaires de logements loués n'est guère encouragé par la loi nouvelle.

La conclusion des contrats individuels, d'abord, supposera, non seulement une bonne connaissance d'une loi complexe, mais encore la connaissance des différents accords collectifs de location éventuellement applicables. La simple consultation auprès des commissions des rapports locatifs pourra ne pas toujours suffire[66]. Le bailleur a, d'ailleurs, l'obligation d'adresser, à chacun de ses locataires, copie de certains accords[67].

Au titre des formalités à accomplir en cours de bail et à plusieurs reprises, il faut rappeler l'obligation, faite au bailleur ou au syndic, selon les cas, de mettre à la disposition des représentants des locataires les documents servant à la détermination des charges locatives[68]. Enfin, dans les grandes copropriétés notamment, les frais de convocation de l'assemblée générale de copropriété seront augmentés ; les représentants des locataires devront recevoir notification de la date, de l'heure, du lieu et de l'ordre du jour de l'assemblée et la seule procédure utilisable régulièrement est celle de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception[69].

Ainsi organisés par des textes pointilleux et fort maladroitement rédigés, les rapports collectifs de location seront ce que la négociation les fera. Active et raisonnable, elle pourra donner de bons résultats. Elle n'en aura pas moins l'inconvénient d'une trop grande complexité. L'un des effets les plus aisés à prévoir de la réforme sera que peu de bailleurs, au moins parmi les plus modestes, continueront à gérer eux-mêmes, directement et sans aucune aide avisée, leurs biens. Pour que soient améliorés les rapports entre bailleurs et locataires, il faudra encore que l'habitude se prenne de s'entretenir utilement de questions précises et propres à chaque immeuble. Ce serait renoncer à l'individualisme de Rousseau sans tomber peut-être dans le collectivisme de Marx ; ce serait le bon sens.

Mais raisonner ainsi, c'est supposer que la loi du 22 juin 1982 marque l'aboutissement, au moins provisoire, d'une politique législative qui se trouverait complètement réalisée. Or rien n'est moins sûr ! Si décision est prise de transférer progressivement les pouvoirs de gestion des propriétaires aux locataires, c'est peut-être que la propriété elle-même est directement visée et condamnée. Certains projets officiels de municipalisation ou de nationalisation le démontrent. Dès lors, la restriction des pouvoirs des propriétaires serait destinée à devenir restriction des pouvoirs de l'Etat ; ce qui modifierait fondamentalement notre appréciation sur la loi du 22 juin 1982. Le tout était de savoir qu'il s'agissait d'une réforme administrative par anticipation !

---

66. Cf. sur cette consultation, article 39, al. 8 de la loi.

67. Cf. article 28, al. 4, qui n'est pas clair non plus : s'agit-il des accords de secteur ou des accords de bâtiment et de patrimoine ?

68. Article 31 de la loi.

69. L'émargement de l'article 63, al. 2, du décret du 17 mars 1967 est exclu.

LA LOI QUILLIOT ET LA LOI DU 1er SEPTEMBRE 1948

par Jacques LACHAUD,
Avocat au Barreau d'Aix-en-Provence

La loi du 1er septembre 1948 – qu'on aurait pu appeler loi « Claudius Petit » – avait à faire face à une situation de pénurie issue d'une taxation étalée sur des décennies et, il faut le dire, d'un certain conflit mondial.

La loi Quilliot, qu'on pourrait appeler du 22 juin 1982, veut au nom d'un certain nombre de principes tels que défense du faible, concertation, solidarité, information, mais également pour tenter de minimiser les hausses nominales des services, mettre un terme aux conséquences de l'article 3 de la loi du 1er septembre 1948.

Grâce à la liberté accordée aux constructeurs par ce texte, la pénurie a été remplacée par une certaine abondance tant quantitative que qualitative ; il est donc possible d'encadrer, de restreindre ce que l'on avait accordé. Le législateur estime ce raidissement nécessaire eu égard au comportement de certains.

La loi de 1948 – 1er septembre – d'origine intéressait le parc immobilier construit et situé dans les agglomérations d'une certaine importance.

La loi Quilliot veut appréhender, mais avec une technique différente tout ce que la loi du 1er septembre 1948 avait laissé hors de son domaine d'application.

Il y a dorénavant en France une généralisation de la réglementation des rapports bailleur-preneur. Les deux domaines législatifs restent au départ distincts mais force est de constater – et c'est notre propos – que la loi du 22 juin 1982 pénètre la loi du 1er septembre 1948.

I – Article 75, 2e alinéa de la loi Quilliot.

Telle est bien l'idée qui se dégage de l'article 75, alinéa 2, au titre XI de la loi : ne sont pas applicables aux logements régis par le chapitre III de la loi du 1er septembre 1948 (la taxation des loyers par la surface corrigée) un certain nombre d'articles de la loi Quilliot.

Qu'est-ce que le chapitre III ?

C'est celui qui débute par l'article 26 aux termes duquel « le prix des loyers des locaux soumis aux dispositions de la présente loi est déterminé... ».

Autrement dit, les logements dont le loyer est fixé en utilisant la méthode de la surface corrigée, qu'on peut plus schématiquement qualifier de logements soumis à la loi du 1er septembre 1948.

D'autre part si un certain nombre d'articles de la loi Quilliot ne concernent pas les logements soumis à la loi du 1er septembre 1948, d'autres concernent même les logements soumis, par ailleurs à la loi de 1948. Ainsi les deux lois qui divergent au départ, se recouvrent par endroits.

Il est donc nécessaire quoique fastidieux, de rechercher quelles sont les dispositions de la loi du 22 juin 1982 qui s'appliquent aux locaux soumis à la loi de 1948. Pour le reste, les deux textes conservent leur autonomie.

Cependant, il faudra retenir que la loi Quilliot vise les locaux d'habitation et les locaux mixtes – habitation et professionnel – alors que la loi de 1948 vise également les locaux purement professionnels.

Sont communs aux 2 législations :

- *article 13* : En cas de vente du logement, le vendeur est tenu de communiquer à l'acquéreur en annexe à l'acte de vente, le montant du dernier loyer pratiqué.
- *article 16* : Sans préjudice de l'article 1751 du Code civil qui répute commun aux époux le droit au bail d'habitation, conclu en faveur de l'un d'eux, en cas d'abandon du domicile par le locataire, le contrat de location (habitation ou mixte – habitation-professionnel –) se continue au profit des ascendants, descendants, concubin notoire ou des personnes à charge qui vivaient effectivement avec lui depuis plus d'un an.
- *article 17* : En cas de décès du locataire – et sans préjudice du droit à l'attribution préférentielle de l'article 832 du Code civil – le contrat se continue au profit des ascendants, descendants, concubin notoire ou des personnes à charge qui vivaient effectivement avec lui depuis plus d'un an. A défaut d'existence de ces ayants-droit, le contrat est résolu de plein droit.

  Ainsi malgré les dispositions de l'article 1742 du Code civil, le contrat de location est résolu par la mort du locataire qui ne laisse pas d'ayants-droit privilégiés. On retrouve là l'idée qui inspire l'article 831 du Code rural en matière de baux ruraux.

  Si ces ayants-droit sont multiples, le juge pourra procéder à une attribution.

  La loi Quilliot a appliqué à la location ce que la loi de 1948 appliquait au maintien en y ajoutant un bénéficiaire : le concubin notoire.
- *articles 18 et 19* : La loi détermine pour les bénéficiaires de la loi du 1er septembre 1948 au même titre que pour les anciennes locations dites « libres » : Les obligations du preneur et du bailleur.

Il faut remarquer que ces dispositions applicables à tous les locataires et propriétaires, reproduisent certaines dispositions du Code civil mais omettent certaines sans les abroger pour autant.

Ainsi en est-il pour l'article 1722 du Code civil – qui prévoit la résiliation en cas de destruction de la chose louée – ou de l'article 1733 du Code civil – qui prévoit la responsabilité du locataire en cas d'incendie. La loi du 1er septembre 1948 laissait intactes les obligations des parties résultant du Code civil, la loi nouvelle les réglementant, l'interprétation sera sûrement délicate.

- *article 20* : Obligation pour le bailleur à la demande du locataire de délivrer quittances et reçus en cas de paiements partiels avec « imputation que le locataire a voulu donner aux paiements partiels ».
- *article 21* : Obligation d'établir un état des lieux d'entrée et de sortie, à défaut, le local n'est pas présumé en bon état malgré les termes de l'article 1751 du Code civil.
- *article 22, 2e alinéa* : Il réglemente le dépôt de garantie du locataire sauf la détermination de son quantum qui, lui, ne concerne que les locataires soumis à la loi Quilliot.
- *article 24* : Il s'agit des modalités de récupération des charges alors que la fixation du montant des charges est déterminée pour les locaux soumis à la loi Quilliot par l'article 23 de ce texte et pour les locaux soumis à la loi de 1948 par l'article 38 de cette loi.

  – charges : Il faut préciser qu'en ce qui concerne la clause résolutoire de plein droit, les deux législations gardent leur autonomie – la loi Quilliot les traitant en son article 25 et la loi du 1er septembre 1948 en son article 80 –.
- *article 26* : Sera applicable à l'ensemble des locataires, la loi à venir qui donnera aux Juges le pouvoir de maintenir le contrat de location malgré l'absence de paiement des loyers ou des charges.
- *article 27* : Sont applicables à toutes les locations les dispositions qui réputent non écrites un certain nombre de clauses que les bailleurs inscrivaient dans les baux.

Titre III :

L'ensemble des articles 28 à 50 qui prévoit l'organisation des rapports collectifs de location est applicable aux locations soumises à la loi du 1er septembre 1948.

Par contre – et c'est l'évidence – le Titre IV qui organise la fixation et l'augmentation du loyer du secteur qu'on appelait libre, ne s'applique pas aux locations soumises à la loi du 1er septembre 1948.

- *article 59* : Ici, il faut faire une distinction ; les dispositions relatives à l'amélioration du logement ne s'appliquent aux locations soumises à la loi de 1948 :

- que pour les locaux libres,
- que pour les locaux occupés qui font l'objet d'une contestation du droit au maintien dans les lieux.

- *article 62* : L'obligation faite à celui qui propose un contrat de location et à tout vendeur d'immeuble, d'avoir à faire connaître les caractéristiques des locaux à louer ou à vendre, s'impose quel que soit l'immeuble.
- *article 63* : L'obligation de fournir des notices d'utilisation et d'entretien des appareils est commune aux locaux soumis tant à la loi Quilliot qu'à la loi du 1er septembre 1948.
- *article 64* : L'obligation, pour le cas où il existe, d'afficher le règlement intérieur et de le remettre au locataire est commune aux deux catégories de logements.
- *article 65* : La rémunération des intermédiaires en matière de location qui doit être partagée par moitié entre locataire et propriétaire, est commune aux deux législations.
- *article 69* : Cet article doit, d'après l'article 75, 2e alinéa, s'appliquer aux locations de la loi de 1948 ; il concerne les pénalités prévues pour entrave au fonctionnement des associations de locataires visé au Titre III de la loi Quilliot.
- *article 70* : Bien que non exclu par l'article 75, alinéa 2, ce texte ne devrait pas concerner les locations soumises à la loi de 1948, puisqu'il porte sanction contre ceux qui exigent des loyers supérieurs à ceux résultant du Titre IV – alors que ce titre n'est pas applicable aux locations de la loi de 1948 et que l'article 57 de cette dernière loi prévoit lui-même la situation en ce qui concerne la surface corrigée.

Enfin, il faut bien préciser que le Titre X est formellement exclu des dispositions applicables aux locations soumises à la loi de 1948 ; ainsi, c'est en vain, semble-t-il, que l'occupant d'un logement soumis à la loi de 1948 mais déchu du droit au maintien en application de l'article 10 de cette loi, prétendrait invoquer les dispositions de l'article 72, 1er alinéa, de la loi Quilliot.

II – Modifications apportées à la loi de 1948.

- *article 76, 1er alinéa* : Des locaux qui jusque-là étaient soumis à la loi du 1er septembre 1948 et qui se trouvent vacants, sortent du cadre de la loi de 1948, du moment que sont achevés les travaux exécutés en application de l'article 59 de la loi nouvelle, c'est-à-dire dans le cadre d'un contrat avec l'Etat pour adapter le local à des normes de salubrité, de sécurité, d'équipement ou de confort.

  Ces locaux n'en tombent pas pour autant dans le domaine d'application

du Titre IV de la loi Quilliot sur la fixation du loyer mais c'est le contrat conclu avec l'Etat pour l'amélioration qui détermine le prix maximum de la location.

- *article 76, 2e alinéa* : L'article 3 septiès de la loi du 1er septembre 1948 est abrogé et c'est logique eu égard au schéma créé par l'article 76, 1er alinéa, puisqu'il s'agissait d'un dégagement de la loi de 1948 pour les logements ayant fait l'objet de travaux d'amélioration.
- *article 77* : Ici, il s'agissait pour le législateur de faire face au problème posé par l'existence d'un secteur libre ne résultant pas du principe général tiré de la date de la construction mais des situations particulières créées par l'exclusion de la loi du 1er septembre 1948 en conséquence de baux répondant aux conditions fixées par la loi.

On doit remarquer que la loi expressément fait référence aux baux conclus en application des articles 3 bis, 3 ter, 3 quater, 3 quinquès et 3 sexiès de la loi du 1er septembre 1948 ; mais auparavant, il est bon de s'arrêter un instant sur les locaux qui ne sont plus soumis à la loi de 1948 parce que la commune a été distraite de son domaine d'application (article 1 bis de la loi) :

- pour ceux-ci, la loi Quilliot reçoit entière application, de même pour les locaux de la catégorie exceptionnelle, I et II A (Décret du 30 juin 1967 et 26 août 1975).

Il faut également envisager le cas des locations consenties après le 1er janvier 1959 dans les communes de moins de 10 000 habitants. Ici on peut admettre que la loi Quilliot est applicable dans son ensemble puisqu'il a été bien précisé lors des travaux parlementaires (J.O. Débat Assemblée Nationale 12 mai 1982, page 1 966) que quelle que soit l'importance de la population de la commune, la loi Quilliot est applicable ; l'opinion ci-dessus est confortée par le fait que le dernier alinéa de l'article 77 prévoit « que les contrats de location conclus en application de l'article 3 bis, sont régis par la disposition de la loi Quilliot » encore que cette disposition puisse concerner aussi bien la situation envisagée ci-dessus que les locations consenties dans les villes pour lesquelles un décret a été pris en application du même article 3 bis, 2°).

Ces observations faites, demeure le problème essentiel de l'article 77, c'est-à-dire l'incidence de la loi sur les baux de 6 ans conclus conformément à la loi de 1948.

1) a) Le contrat conclu en application des articles 3 ter, 3 quater et 3 quinquiès, est soumis aux dispositions de la loi Quilliot en ce qu'elles ne sont pas contraires à celles prévues auxdits articles.

Par exemple, un contrat conclu en application de ces articles, ne peut comporter une clause de reprise annuelle.

A l'expiration de ce contrat ou au départ du locataire, le logement tombe dans le domaine général de la loi du 22 juin à condition que le local corresponde aux conditions prévues par le décret du 29 septembre 1962 et 22 août

1978 pour les locations postérieures au 10 septembre 1978.

Il faut souligner que jusque-là la location devenait entièrement libre (Cour de Paris, 16 décembre 1981 - Gazette du Palais du 11 juillet 1982).

b) Les contrats de location conclus en application de l'article 3 bis et la loi ne donnant pas de précisions, se pose la question de savoir s'il s'agit de locations de 6 ans dans les villes où a été pris un décret conforme à l'article 3 bis, 2°), ou de toutes les locations conclues dans les villes de moins de 10 000 habitants après le 1er janvier 1959, sont régis par les dispositions de la loi Quilliot sans allusion aux dispositions contraires contenues dans les baux.

2) Le principe posé.

Les dispositions du Titre IV de la loi Quilliot, c'est-à-dire les modalités de fixation et révision des loyers définies par cette loi, qui devaient englober tout ce qui n'est pas soumis à la surface corrigée, sont rejetées dans un certain nombre d'hypothèses, toutes centrées autour des baux de 6 ans – loi de 1948 – en sorte que la liberté de fixation du loyer s'y manifeste au milieu d'un univers de tarifications.

Le Titre IV ne s'applique pas et donc, semble-t-il, le loyer est libre :

a) Pour le loyer initial des nouvelles locations consenties en application de l'article 3 bis et, ici, deux hypothèses peuvent être prises en considération :

– ou il s'agit des baux de 6 ans conclus en application du décret pris pour une ville déterminée,

– ou il s'agit de ces baux de 6 ans mais également des locations consenties dans les villes de moins de 10 000 habitants après le 1er janvier 1959.

L'option est d'importance car dans le 2e cas toutes les nouvelles conventions consenties après le 22 juin 1982 dans les villes de moins de 10 000 habitants, ne seraient pas tarifées.

Si l'on en croit les travaux parlementaires, le texte de l'article 77 a été plusieurs fois modifié ; à l'origine, il était question d'abroger les articles 3 ter, quater, quinquiès de la loi du 1er septembre 1948. Le texte du Sénat prévoyait que le Titre IV ne s'applique pas aux loyers initiaux des nouvelles locations consenties en application des articles 3 bis, 1°) et 2°).

On visait donc seulement le 1er cas envisagé ci-dessus. La loi définitivement votée évoque l'article 3 bis sans donner la précision (1° et 2°). Faut-il en tirer conséquence généralisée à toutes les locations dépendant de l'article 3 bis (1ère et 2e hypothèses ci-dessus visées) ?

b) Pour le loyer initial des nouvelles locations consenties en application de l'article 3 ter lorsque le contrat de location a été conclu avec l'occupant qui n'a pas droit au maintien dans les lieux en application de l'article 10 de la loi du 1er septembre 1948.

c) Pour le loyer initial des nouvelles locations consenties en application de l'article 3 sexiès et faisant suite à un contrat de location passé dans les conditions de l'article 3 ter lorsque le logement lors de la conclusion du contrat ne répondait pas aux normes du décret du 29 septembre 1962.

Il s'agit d'une incitation, d'un moyen d'améliorer confort et entretien d'un local loué à l'origine en se référant à l'article 3 ter et qui par suite n'était pas soumis aux conditions de confort et d'entretien.

III – Parallélisme divergent des deux législations.

1) Locaux professionnels.

La loi du 1er septembre 1948 s'applique aux locaux d'habitation ou à usage professionnel.

La loi Quilliot s'applique aux locations de locaux à usage d'habitation ou à usage mixte - habitation et professionnel.

Il faut en conclure que les locaux purement professionnels achevés après le 1er septembre 1948 échappent à toute réglementation.

D'autre part, si un contrat de 6 ans a été conclu en application de l'article 3 quater, à usage purement professionnel, à son expiration, il devrait être soumis à la loi Quilliot alors qu'il ne le serait pas en tant que tel. Non, car la loi précise (article 77, 4e alinéa) qu'il ne s'agit que des locations mixtes. Donc à l'expiration du bail de 6 ans sur un local purement professionnel et construit avant 1948, c'est l'article 3 sexiès qui s'applique.

2) Garages.

L'article 2 de la loi du 1er septembre 1948 précise que les dispositions de la loi ne sont pas applicables aux garages loués accessoirement dans un immeuble collectif à des locaux soumis à la loi.

L'article 2 de la loi Quilliot inclut dans son domaine d'application les garages loués accessoirement au local principal par le même bailleur.

Ainsi il en résulte que le garage construit avant 1948, accessoire d'un local principal, dans un immeuble individuel, est soumis à la loi de 1948 alors que s'il est situé dans un immeuble collectif il est soumis à la loi Quilliot.

Pour conclure, l'esprit est porté à comparer la méthode utilisée par chacune des lois sur le plan juridique et à mettre en parallèle les principes qui les inspirent.

La loi du 1er septembre 1948, hormis une exception, et de taille il est vrai, entendait laisser hors de son champ d'application la formation et la vie du contrat de location ; elle réglementait l'occupation d'un local « après

l'expiration du bail « écrit ou verbal ». Les parties restaient libres dans la rédaction de leur convention, rien ne venait entraver la liberté en ce qui concerne la durée du contrat auquel il pouvait être mis fin en respectant la convention ou les usages locaux. Et c'est après cette dénonciation du contrat qu'entraient en jeu les impératifs de la loi du 1er septembre 1948. Certes le chapitre III relatif à la fixation du loyer s'imposait aux parties même au stade contractuel. La première atteinte formelle à la liberté contractuelle résultait de cette réglementation impérative du montant du loyer.

La loi Quilliot avec la force contraignante de l'ordre public pénètre le contrat dans sa formation, sa vie, sa durée ; elle se substitue à la volonté des parties dans l'établissement de leurs rapports contractuels.

Accompagnée de l'ordre public, non seulement elle s'impose aux parties mais se substitue aux règles du Code civil dans tous les contrats de location, qu'il s'agisse des immeubles soumis à la loi de 1948 ou de ceux considérés comme laissés à la liberté des conventions jusque-là.

Il s'en déduit que la loi de 1982 est beaucoup plus proche du statut du fermage. Elle impose la forme, la durée du contrat de location, les obligations des parties ; elle prévoit le renouvellement obligatoire du contrat et les hypothèses où ce renouvellement peut être refusé par le propriétaire. Même dans des détails de forme, le rapprochement s'impose : le locataire qui reçoit congé est amené à contester les motifs de ce congé – article 8 de la loi – ; la clause de reprise pour habitation doit être insérée dans le contrat – article 9 –.

Plus profondément encore se manifeste la similitude de l'inspiration au chapitre de l'organisation des rapports collectifs de location dans lesquels on peut discerner le schéma d'une sorte de contrat type qui est la pierre angulaire du statut du fermage. Cependant, et les propriétaires urbains ne pourront que s'en féliciter, si le droit de préemption est accordé au locataire avec des modalités voisines de celles de celui du fermier – article 11 –, le bailleur reste maître du prix de vente de son bien alors qu'en matière rurale, le fermier peut contester le prix demandé.

RAPPORT DE CLOTURE

par François TERRÉ,
Professeur à l'Université de droit,
d'économie et de sciences sociales de Paris

Il existe plusieurs manières de lire un texte. Plus elles sont nombreuses, plus cette multiplicité est le signe de sa richesse, de sa qualité. A l'instant, l'exposé de Maître Lachaud a illustré la virtuosité que pouvait atteindre à cet égard celui qui n'est pas novice dans l'exercice de la profession d'avocat. Oui, il y a beaucoup de lectures possibles, celle de l'historien, celle du philosophe, celle de l'interprète, qu'il soit traducteur, pianiste, violoniste, bref écrivain, artiste, virtuose.

Toutes les synthèses aujourd'hui présentées et dont le hasard veut que je présente ce soir la synthèse, en guise de clôture, nous ont montré que la loi dite Quilliot, du nom de celui qui a peut-être laissé à d'autres le soin de la préparer, excellait dans le genre de la multiplicité des lectures possibles. Tel est, Monsieur le Premier Président, Monsieur de Doyen, Messieurs les présidents, Mesdames, Messieurs, le compliment qu'il me paraît nécessaire de lui adresser. C'est dire qu'à l'arrivée d'une nouvelle loi, le juriste se réjouit d'éviter la partialité.

A celui qui fait métier d'enseigner le droit, l'expérience apprend qu'il est difficile de faire un bon cours sur une bonne loi ; quand il en est ainsi, inutile de parler, et même de se réunir, comme ce fut le cas aujourd'hui dans cette Journée d'étude si réussie. Au contraire, une mauvaise loi, disons même simplement une loi difficile à comprendre – pour ne pas dire incompréhensible –, c'est pain béni pour le juriste. Négativement, il peut manifester tout à loisir son don de critique et l'on sait à quel point sa corporation excelle dans le genre, toujours prompte à se saisir des inattendus de l'innovation et des constantes approximations du droit. Positivement, il peut aussi laisser son esprit vagabond rêver d'un monde meilleur, monde imaginaire où l'obscurité des textes facilite son évasion.

« Au bout du compte, vous le savez bien, nous mettrons au jour une loi imparfaite, comme tout ce qui est humain, mais qui représentera, j'en suis convaincu, un immense progrès pour les hommes et pour les femmes de ce pays ». Ainsi s'exprime, le 13 janvier 1982, devant l'Assemblée nationale, M. Roger Quilliot, ministre de l'urbanisme et du logement. Hier soir, le même auteur, dans une presse vespérale porteuse de la vérité officielle, s'empressait,

sur le sujet *Architecture et Nation*, de complimenter, par voie de citation ravie, un écrit du président de la République : « On crée pour l'éternité, même si l'éternité se charge de démentir. C'est son travail ». Convenons, si vous le voulez bien, qu'en ce qui concerne la loi Quilliot, elle n'a pas attendu longtemps. Quant à nous, Mesdames, Messieurs, nous avons aujourd'hui fait notre travail.

Au moment de conclure, l'on voit bien que les lectures de la loi Quilliot sont diverses. Puisque celui dont la loi porte le nom est agrégé de grammaire – je l'appris ce matin, hier je le pensais philosophe –, l'on imagine, dans la perspective qui semble être la sienne, une certaine approche, serait-ce même celle, sinon du style, du moins du vocabulaire. Des formules et des mots, ça et là, peuvent appeler l'attention du juriste vite intrigué. On connaissait les principes généraux, les principes fondamentaux, les droits de l'homme... mais voici qu'il est aussi fait état, à l'article 1er de la loi, du droit à l'habitat, « droit fondamental ». Ailleurs, il est question de l'abandon du « domicile » par le locataire, comme si le local loué ne pouvait être autre, et comme si l'on voulait superbement ignorer le recul du rôle du domicile dans le droit des dernières décennies.

Divers personnages émergent à la faveur de la loi nouvelle, le mot précédant volontiers la chose, si tant est qu'on la connaisse. J'en citerai deux. L'on voit notamment se dégager un personnage assez curieux – en bien des sens du mot – mais dont le profil n'est point net dans l'esprit du juriste. Sans doute, celui-ci connaît-il depuis fort longtemps la notion de concubinage notoire ; il sait même qu'il arrive à ce sujet aux tribunaux de définir de manière extensive, en matière de filiation, la notoriété d'un concubinage, au point de considérer parfois que le regard d'un seul sur l'amant grimpant le soir par une échelle pour rejoindre sa bien-aimée peut suffire à établir la notoriété requise pour servir d'ouverture à une action en recherche judiciaire de paternité naturelle. Mais, s'il connaissait cette situation, le personnage du « concubin notoire » (Loi Quilliot, art. 16, al. 1er) ne lui était pas familier. Le voilà donc qui s'interroge. Ce concubin notoire, est-ce donc celui qui, dans sa vie en quelque sorte active, est concubin ? Celui qui exerce habituellement – à plein temps ? – sinon la profession, du moins l'activité de concubin notoire, bref le concubin professionnel ? Faudra-t-il même à son sujet que, dans notre société de contrôle et d'immatriculation, il soit désormais inscrit au registre du commerce ou au registre des métiers ?

Il est un autre personnage dont l'avenir dans notre droit prête à réflexion : l'interlocuteur, ici plus précisément les interlocuteurs que, selon la loi nouvelle (art. 29), les bailleurs et les locataires sont tenus de reconnaître comme tels. Voici que l'on perd, là aussi, un choix essentiel et que l'on est tenté de chercher à fuir ces nouvelles contraintes, en se demandant non pas comment appliquer la loi, mais bien plutôt comment ne pas avoir, sinon à appliquer la loi, du moins à lui être soumis. Pour éviter le dialogue avec des interlocuteurs forcés, faut-il devenir sourd ?

Que de lectures, donc. Celle du philosophe ? Quelque réminiscence platonicienne pourrait rappeler que la caverne est un logement, mais ce n'est alors

que le support d'une allégorie. Celle du sociologue, plutôt ? Elle est très tentante en la matière, à divers points de vue. Du côté des usagers, bien entendu. A cet égard, le rapport de M. le président Lemiale comportait un grand nombre d'informations singulièrement éclairantes, par exemple sur l'importance respective du secteur public et du secteur privé ou encore sur les caractères sociaux de la plupart des bailleurs. Du côté aussi de l'application du droit, y compris par les magistrats, dont une analyse impertinente donne parfois à penser que si, à une certaine époque, ils interprétèrent différemment des textes semblables relevant du statut du fermage et de la législation des loyers, c'est parce qu'ils étaient plutôt locataires à la ville et propriétaires à la campagne.

Force est pourtant de s'en tenir à une lecture de juriste. Pour dégager un fil conducteur dans ce labyrinthe qu'est devenu ou redevenu le droit du bail, il me paraît fort opportun de partir de la formule exprimée cet après-midi par le professeur Michel Dagot : Où est le droit civil ? L'interrogation est significative. Oui, où est le droit civil dans tout cela ? Où est même le droit du bail ? Le glissement dans la formule sert à reprendre, dans cette brève synthèse, l'étude de la question centrale.

A la limite, la perte d'un support dans le pays du droit civil peut ne pas être inconsolable pour le technicien du droit si la recherche d'une relative certitude lui permet de situer à nouveau quelque part le droit du bail. Le voici probablement en plein déséquilibre et à un carrefour de trois branches du droit. C'est un carrefour mal éclairé, mais sur lequel les rapports aujourd'hui présentés ont apporté une lumière bien précieuse, car elle permet, me semble-t-il, de distinguer essentiellement trois questions. Est-ce que le droit du bail relève encore du droit privé ? Est-ce qu'il est devenu du droit social ? Est-ce qu'il va devenir du droit public ?

*
* *

Et, tout d'abord, droit du bail et droit privé. L'appartenance du bail à ce domaine classique et traditionnel n'a pas pendant longtemps suscité le doute. Dans la panoplie des contrats, il sert à illustrer la catégorie des contrats à caractère successif ; il n'existe pas dans l'instantané, mais dans la durée. Mais la durée n'est pas le temps, ni l'histoire, et l'écoulement de celle-ci éclaire ses vicissitudes. Un juriste brillant, aux analyses pénétrantes, l'a bien vu, apostrophant en quelque sorte la loi Quilliot : « Une loi contre les bailleurs ». Le titre est séduisant. Il porte, de question en question, et pour apprécier le présent, à remonter plus ou moins le cours du temps. On y voit se manifester, depuis des siècles, les relations originales qui peuvent exister entre le bail et d'autres combinaisons, surtout contractuelles. Sommairement, on distinguera trois périodes.

La première se perd un peu dans la nuit des temps et couvre d'immenses étendues. La relation vente-bail s'y manifeste assez tôt. Historiquement, le louage paraît avoir grandi à l'ombre de la vente. On tend depuis des millénaires à soumettre le louage aux règles de la vente. Les subtilités juridiques qui

accompagnent la distinction du louage et de la vente de meubles par anticipation, du bail rural et de la vente d'herbes refoulent malaisément une parenté sociologique évidente. L'opposition traditionnelle du droit réel et du droit personnel ne suffit pas davantage à dissiper les similitudes. Appliquée à ces deux contrats, la distinction de l'acte d'administration et de l'acte de disposition, moins juridique et plus sociologique, conduit l'interprète à tenir compte de la durée du bail et de l'objet de la vente. En modifiant, même fort peu, les textes, le législateur – ou le gouvernement – peut inciter aujourd'hui à vendre celui qui, hier, s'apprêtait à louer.

Relations lointaines, délicates, donc. Relations de compétition ou de complémentarité... A divers titres, on l'a bien vu aujourd'hui, qu'il s'agisse notamment du droit de préemption accordé au locataire – M. Dagot l'a bien montré – ou de l'ingérence des locataires dans les relations de copropriété, décrites avec pertinence par M. Atias.

Si les dysfonctions ou les effets pervers de la loi Quilliot, naguère prédits par le professeur Claude Giverdon dans une retentissante chronique, n'ont pas tardé à se produire, cela tient notamment à cette ancienne relation. Il est d'ailleurs significatif que, lorsque le droit positif définit la situation juridique du bailleur, il envisage dans la même personne le propriétaire (ou usufruitier) du bien et celui qui le donne en location. Certes, une recherche statistique, confirmant l'impression première, établirait assez aisément que le bailleur est, la plupart du temps, propriétaire du bien loué. De toute façon, l'on peut constater que, pour satisfaisante qu'elle soit dans l'analyse juridique, la distinction de ces deux qualités ne peut être poussée à l'extrême. De même que, traditionnellement, le droit de propriété est confondu avec les choses matérielles qu'il atteint, de même s'est-il opéré, en matière de bail, une contraction verbale entre le droit de jouissance accordé au preneur et la chose louée.

La législation qui compose aujourd'hui même notre régal marque une étape supplémentaire, où l'artifice s'ajoute au naturel dans la zone obscure des interférences. Encore convient-il de tenir compte d'une des composantes essentielles du présent débat : c'est d'un bail de logement qu'il s'agit.

Or l'étude, historique ou sociologique, de l'habitat établit que le contrat de bail n'est que l'une des formes juridiques au moyen desquelles le besoin de logement est assuré. Tarde le rappelle dans *Les transformations du droit* : « Le louage des terres n'est devenu concevable qu'après les inventions agricoles ; le louage des maisons, qu'après les inventions architecturales. On ne loue pas une tente ».

Curieux destin, décidément, que celui des outils de la vie juridique. Au fond, les dispositions du code civil sur le louage de choses concernaient de manière presque exclusive le louage des immeubles, le bail. Plus ou moins vidées de leur contenu à certaines époques, elles ont pu servir, au fil des temps, à la jurisprudence et à la pratique lorsque celles-ci ont dû, bien plus que par le passé, aménager le régime du louage de meubles. Et voici que ce jeu de miroirs favorise l'éclosion d'une idée : le recours à une plus grande mobilité afin d'échapper à l'application d'une loi si embarrassante. On a vu que, selon

la charte Quilliot, certaines faveurs étaient réservées au bailleur s'établissant hors de France puis retournant dans son pays, s'il croit encore à l'alternance ; bref, le flux et le reflux des bailleurs au-dessus des frontières. Or l'on imagine aussi un autre processus de mobilité libératrice, propre d'ailleurs à tempérer les méfaits de la crise du bâtiment : développer la vie dans les roulottes et les caravanes. Ce sont là des biens mobiliers ; ils se déplacent ; la réforme de 1982 ne concerne pas leur location ; on imagine alors, contre l'application de la loi Quilliot, la solution de l'avenir : la solution Trigano.

Sans remonter aussi loin dans le passé – ni trop prophétiser –, l'on doit évoquer une période plus récente de notre histoire juridique. A plusieurs reprises, aujourd'hui, l'on a été tout naturellement porté à procéder à une comparaison, voire à tracer un parallèle entre le recul de la liberté attesté par la loi nouvelle et les mesures suscitées antérieurement, surtout depuis la guerre de 1914, par les crises du logement. J'en voudrai notamment pour preuve les rapports si révélateurs de M. le président Lemiale et de Maître Jacques Lachaud.

Que puis-je ajouter à ce qui a été si bien dit ? Peu de choses, si ce n'est peut-être des citations que l'inquiétude face à la tâche de rapporteur général m'a incité à introduire dans mon bagage.

En voici une : « Le louage d'immeuble était considéré autrefois comme une convention dont les clauses pouvaient être librement discutées entre bailleur et locataire. Les baux étaient d'ailleurs très variés et jamais on n'avait eu l'idée qu'il y eût utilité à protéger spécialement des locataires. Mais, après la guerre de 1914, le manque de logements, dû à l'arrêt des constructions neuves, au déplacement de la population et surtout au désir général de bien-être, a fait de la question de l'habitation une question vitale. Ceux qui étaient en possession craignaient d'être chassés par des propriétaires trop exigeants ; ceux qui cherchaient un logement subissaient les exigences des bailleurs, des gérants et même des concierges ! Alors a commencé l'intervention législative en matière de baux à loyer et cette intervention n'a pas cessé depuis 1918. Elle a transformé le caractère du contrat. Le législateur a décidé que les baux seraient prorogés et il a taxé lui-même le prix du bail, majoré par des paliers successifs d'augmentation. La loi du 1er avril 1926, modifiée d'ailleurs plusieurs fois, avait prévu des augmentations annuelles de 10 % ; mais en 1934, la crise économique fit craindre que les locataires ne puissent facilement supporter la majoration prévue ; alors tranquillement, sur la demande des locataires, le Parlement a supprimé les majorations prévues ». Ce passage est extrait du grand livre de Georges Ripert, publié en 1935 : *Le régime démocratique et le droit civil moderne*. Il méritait, me semble-t-il, d'être cité dans la ville de cette Faculté dont il a été le fils.

N'est-ce donc pas succomber bien vite à une tentation, celle de l'inflation des différences, que de voir dans l'actuel changement un phénomène vraiment nouveau ? A lire un autre auteur, on serait encore tenté de le penser. Dans le livre intitulé *Du droit civil au droit public*, qu'il publia au lendemain de la dernière guerre mondiale, René Savatier, dissertant sur la législation des loyers, écrit notamment : « ... cette législation a accordé aux locataires *une proroga-*

tion de leur bail, qui a pu, à leur demande, se perpétuer, dans beaucoup de cas, depuis 1914, contre la volonté du propriétaire. C'est déjà contestable, parce que l'on arrive ainsi à proroger les droits de gens qui ne sont pas toujours spécialement intéressants. Il y en a qui occupent une maison assez large avec une ou deux personnes, bien qu'elle puisse servir à loger beaucoup plus de monde. Il est vrai que l'on a pratiqué alors, depuis la dernière période de la guerre de 1939, ce que l'on a appelé la politique du *resserrement*. Pour trouver du logement aux gens qui n'en avaient pas, et spécialement aux sinistrés ayant perdu le leur dans les bombardements, les locataires ou propriétaires, qui occupent insuffisamment leur immeuble, peuvent se voir resserrer, par réquisition d'usage, dans une partie de celui-ci, le reste devant servir à loger des sinistrés ».

Et voilà que nous nous dirigeons vers une époque de resserrement, d'un type quelque peu nouveau, étrange même, digne d'un dessin de Sempé, où l'on verrait beaucoup de personnes dans quelques logements et très peu dans beaucoup d'autres. A moins que la crise de la construction suscitée notamment par une législation irréfléchie n'aboutisse à rapprocher tout le monde au point d'imiter la situation constatée dans des démocraties populaires, où l'on voit parfois, malgré le prononcé d'un divorce, le premier conjoint obligé d'habiter avec le deuxième. Evidemment, si l'on voit là un moyen de lutter contre le divorce...

Force est de constater qu'il existe d'importantes différences entre l'époque évoquée et le temps présent. Cela a été dit excellement. Entre la crise du logement telle qu'elle s'était manifestée aux lendemains des deux guerres mondiales – ce qui a suscité des législations d'application peut-être relativement longue, mais quand même destinées à disparaître avec le retour à la normale – et la loi Quilliot, la différence est évidente. Le provisoire n'est plus inscrit dans la loi. Il ne s'agit plus de surmonter une crise ; il s'agit de transformer la société. Et si l'on ne peut, d'un seul coup, parvenir à ce résultat, une attitude prométhéenne annonce cependant l'avenir.

L'avenir est annoncé, programmé. Une loi décide de ce que décidera plus tard une autre loi. Citons l'article 26 : « Une loi ultérieure fixera les conditions dans lesquelles le juge pourrait rejeter toute demande tendant à faire constater ou à prononcer la résiliation du contrat de location pour défaut de paiement du loyer ou des charges si le locataire de bonne foi se trouve privé de moyens d'existence. Cette loi déterminera notamment les règles d'indemnisation du bailleur, les ressources affectées à cette indemnisation et les modalités du relogement éventuel du locataire ». Est-ce là une véritable nouveauté dans la méthode législative ? Probablement pas. Le contenu de la disposition pourrait cependant inciter à s'interroger, comme ce fut le cas aujourd'hui, sur la crise et ses divers aspects, sur le désir de commander au temps à défaut de pouvoir en suspendre le vol.

Tout comme le « code des loyers », en 1948, la loi Quilliot demeure extérieure au Code civil. Mais si l'on est tenté de décrire la dernière phase de l'évolution, la physionomie de la nouvelle législation des loyers semble se dégager davantage.

D'abord du fait que les concepts sont singulièrement malmenés. Dans une de ces si brillantes interventions dont il a le secret, mon cher collègue Christian Atias s'est employé à éclairer ce qu'est ou ce que devient en la matière la distinction du contrat à durée déterminée et du contrat à durée indéterminée ; l'expression de « baux hybrides » a été employée ; et de fait, il y a du déterminé et de l'indéterminé dans ces baux-là. Peut-être pourrait-on quand même se demander si, en restant dans le cadre du droit privé, une comparaison entre le contrat de bail et le contrat de société ne pourrait pas offrir quelque ressource. L'indication de la durée d'un contrat de société doit figurer dans ses statuts – ainsi le veut notamment l'article 1835 du Code civil –, de sorte qu'il n'existe plus, à proprement parler, de sociétés à durée indéterminée (illimitée ?) comme on en connut jadis. Il n'empêche qu'en cours de route, divers modes de dissolution anticipée sont accueillis par le droit positif. Gardons cette idée quelque peu présente à l'esprit. Ne négligeons pas la parenté existant entre les deux contrats : recourir au contrat de société, ce peut être un moyen de fuir les exigences du contrat de bail, y compris celles qui s'attachent à la distinction des vertus et des vices des baux de trois ou de six ans. Les opinions qui ont été exprimées au sujet de cette dernière distinction ont été si contradictoires que la synthèse m'en paraît encore bien hasardeuse. C'est ce qui me dispense de la faire.

Autre trait, probablement plus significatif, et qui marque une différence assez nette par rapport aux ensembles décrits par Georges Ripert et René Savatier : un contexte social et juridique marqué par toute une série de lois tendant à assurer la protection des consommateurs. L'on sait que des courants nouveaux ont bousculé le droit civil. De nouvelles perspectives ont été dégagées. En les adoptant plus ou moins, l'on a voulu refouler la prise en considération de relations interindividuelles au profit de celle de relations de masse, à l'image de ce qui était depuis plus ou moins longtemps admis en droit commercial ou en droit du travail. Tel est ce droit de la protection du consommateur qui, pour employer une formule de M. Fadlallah, « réalise pour l'essentiel la promotion d'un contractant abstrait et concret à la fois, type idéal protégé pour certaines opérations seulement ».

Mais le locataire est-il un consommateur comme les autres ? En tant que tel, bien sûr, même si c'est un consommateur de services. Mais contre qui le protège-t-on ? Les autres consommateurs le sont contre des producteurs (ou des intermédiaires). L'âme de toute cette législation, plus ou moins misérabiliste, s'explique assez largement par cette opposition. Or la masse des bailleurs ne présente pas la même physionomie. L'on a bien vu, à la lumière de nos débats, ainsi que des précisions d'ordre sociologique qui ont été fournies, que, très souvent, les bailleurs ne sont pas des professionnels du bail. Par ce glissement se manifeste une prise de position qui s'éloigne des analyses classiques ; par lui s'opère une transformation, comme si le droit du bail était attiré – absorbé ? – par le droit social.

*
* *

Est-ce que le droit au bail devient ici – ou même est devenu – partie du droit social ? Sans que cela ait été dit, l'idée paraît correspondre à un certain consensus des intervenants. Pénétration, transplantation, contagion, je ne sais quel mot employer. Tans pis. Plus importante me paraît à cet égard, serait-ce l'égard d'un droit de classe voire de lutte de classes, l'existence d'une pente qui rapproche le droit du bail du droit social, par son esprit, sa technique et son caractère.

L'esprit ? Il n'est guère douteux que, depuis une quarantaine d'années, en législation, en jurisprudence – celle de la Chambre sociale de la Cour de cassation – et, pour une part très importante, en doctrine, le droit du travail a beaucoup évolué, subissant l'influence d'une certaine conception délibérément orientée des rapports de travail. Il est vrai que, dans le passé, telle attitude adoptée par les docteurs de la loi, en un temps où le droit du travail cherchait son identité, était de nature à susciter une réaction, spécialement lorsque l'on n'envisageait la matière dite alors de la « législation industrielle » que comme l'ensemble des règles permettant aux employeurs de faire obstacle aux revendications des salariés.

Le moins que l'on puisse affirmer, c'est que cette attitude n'est plus de mise. L'on ne craint pas de dire, d'écrire, voire d'enseigner que le droit du travail est un droit inégalitaire destiné à protéger le travailleur contre l'employeur, qu'il doit même l'être systématiquement ajoute-t-on aussi. Liberté formelle ou liberté réelle ? Egalité formelle ou égalité réelle ? Le temps manque pour épiloguer. Ce qu'il convient seulement de signaler ici, c'est que cette vision inégalitaire du droit, comme en droit du travail, est désormais retenue dans le droit du bail. Des règles fort significatives ne sont prévues qu'au profit du locataire. C'est bien le chômage du locataire qui peut affecter l'application des règles, ce n'est pas le chômage du bailleur. Mais où est-il dit que cette dernière qualité assure à son bénéficiaire une garantie de l'emploi ?

La technique ? Celle du droit du travail pénètre aussi dans le droit du bail, et cela d'un double point de vue.

Ainsi en est-il, tout d'abord, de la technique de *rédaction* des textes. Observons notamment le recours à la déclaration d'intention, illustré par l'affirmation, déjà signalée, d'un droit fondamental. Observons simultanément l'amour du détail, manifesté d'ailleurs en d'autres branches du droit : le législateur s'y perd, la loi bavarde, l'on oublie la distinction du législatif et du réglementaire telle qu'elle résulte de la Constitution de 1958. Mais peu importe ! Il est vrai que ce travers n'est pas le propre de l'actuelle majorité. Observons encore la fascination du standard juridique, attestant une pénétration des méthodes anglo-américaines dans l'expression des règles de droit. Là aussi, ce n'est pas à proprement parler nouveau. Il reste que cette démarche, fréquente en droit social, est propre à favoriser le contentieux, ainsi que l'a justement remarqué ce matin M. le président Marro. De tout cela résultent des germes évidents de litigiosité, ce phénomène que les sociologues tentent de mesurer en comparant le coût d'un procès à l'enjeu du litige, non sans observer qu'il y a des contentieux naturels et des contentieux artificiels et que ceux-ci tiennent

beaucoup moins à la complexité des faits qu'à l'imperfection des règles. D'où, notamment pour la profession d'avocat, quelque intéressante perspective d'avenir à la suite de la nouvelle législation en matière de bail. Il n'est plus guère aujourd'hui de licenciement classique de salarié sans contentieux. L'avenir s'annonce semblable en notre matière. De beaux jours, en somme, pour gens de justice.

L'attraction exercée par le droit du travail se manifeste aussi quant aux techniques *d'application* des règles. A cet égard, l'on voit se manifester de sensibles différences entre la législation des loyers née de la dernière guerre mondiale et la présente évolution. M. le professeur Jean-Louis Bergel a fort bien délimité le domaine d'application de la loi Quilliot. Il a aussi analysé avec pertinence les mécanismes d'éclatement du droit commun des contrats ou d'un contrat. Or, ce qui se dégage spécialement d'une comparaison avec le passé, c'est que l'apparition de règles nouvelles ou d'un corps de règles substantiel ne s'accompagne pas de l'apparition d'une juridiction spécialisée, évoquant le juge des baux commerciaux, le juge des loyers, le tribunal paritaire de baux ruraux.

A l'annonce de la réforme, certains purent croire que l'on verrait de nouveau le juge des loyers, qui a disparu sur la pointe des pieds de la scène judiciaire. Mais il n'est pas revenu. Et s'il en est ainsi, c'est parce que, dans une large mesure, une législation interventionniste et technocratique tend à refouler l'ordre des juridictions civiles au profit d'autorités diverses, juridictionnelles ou non, qui relèvent bien davantage de l'ordre administratif.

Ainsi se développe un certain système qui tend à renforcer la protection des individus, mais tend à confier le soin d'assurer cette protection à d'autres organes qu'à ceux du monde judiciaire. Voyons où sont les grandes menaces du temps présent, à ce propos. La concurrence ? Alors on crée la Commission de la concurrence. L'informatique ? Alors on crée la Commission Informatique et Liberté. L'abus de la force contractuelle ? Alors on crée la Commission des clauses abusives. Ainsi l'offensive se poursuit, comme si les problèmes en cause étaient trop importants pour être confiés à des magistrats. Pareil processus ne s'est pas manifesté d'une telle manière au sujet du bail. Il semble cependant être, à divers égards, en germe, tout au moins du fait de l'institution d'organismes de conciliation dans le cadre de l'organisation des rapports collectifs. Et l'on ne peut que s'interroger à nouveau sur la fonction du magistrat dans la société de l'ère post-industrielle.

Plus profondément peut-être, c'est le *caractère* – ou l'un des principaux caractères – du droit du travail qui imprègne désormais la matière du droit du bail. La question a été très bien traitée par M. Christian Atias ; il y a, a-t-il dit, « un pari sur la collectivité » ; bref, c'est du caractère de la réglementation qu'il s'agit.

L'injection en la matière de toute une série de règles connues en droit du travail appelle évidemment une comparaison, comme on l'a bien vu au cours de nos débats. Règlement intérieur, accords collectifs... tout cela évoque l'aménagement juridique des rapports de travail. S'agissant de relations nées du bail régi par la loi nouvelle, il semble d'ailleurs que l'orientation prise soit plus

accusée, même s'il peut paraître difficile d'en comprendre telle ou telle disposition, par exemple l'article 43.

Force est d'admettre qu'à diverses reprises, l'interprète comprend mal. Il lui reste certes les seules ressources de l'imaginaire. Après tout, c'est ainsi que peuvent naître les coutumes : de croyances, utiles ou non, d'erreurs persistantes, que sais-je... A tel point que l'imagination se donnant libre cours sur les pentes de la loi Quilliot, l'on en vient à compléter l'édifice, sans s'éloigner – idéologie oblige – d'un jugement préconçu à l'égard des protagonistes : du bailleur, ce patron que l'on découronne, du locataire, ce salarié opprimé qu'on libère.

Sur le chemin d'une assimilation, l'on se dit alors que, le droit de grève étant solennellement reconnu, l'on pourrait voir se développer des grèves de locataires. De quel type pourraient-elles être ? L'on sait la richesse inventive dans le genre. On doutera d'une grève du zèle. Mais pourquoi pas une grève-surprise, une grève perlée, une grève-bouchon, une grève sur le tas, dans l'escalier par exemple. De proche en proche, d'évocation en évocation, un lointain passé surgit, lié à quelque histoire de la grève de la faim, issue de l'Inde antique, où le créancier impayé venait s'y livrer au seuil de la demeure du débiteur, ce qui, de diverses manières, physique ou morale, pouvait contrarier, contraindre, convaincre celui-ci. On vit cette pratique se propager en Irlande, en Angleterre, revêtir un caractère politique, retourner dans l'Inde et servir d'arme puissante entre les mains de Gandhi.

Revenons à l'imprégnation travailliste des rapports nés du bail. La matière et le temps imposent une réflexion non seulement sur l'action du législateur, mais aussi sur les réactions des particuliers. Entre les deux, il y a, le cas échéant, le juge à qui il appartient, évidemment, d'appliquer la loi ; en un temps où certains magistrats orientés s'arrogent le pouvoir de la changer, il est toujours bon de le rappeler. Reste que, face à la loi Quilliot, les expériences passées, que ce soit dans le droit du bail ou celui du travail, obligent l'interprète à s'interroger sur les réactions possibles des sujets de droit.

Lorsque l'on s'emploie, spécialement en sociologie du droit, à analyser le phénomène, ce qui peut être révélateur, ce n'est pas seulement l'application du droit, c'est aussi la fuite devant le droit. Nul n'ignore qu'il existe une fuite devant le droit du travail : par le droit du travail ou hors le droit de travail. L'existence de divers seuils au-delà desquels les exigences augmentent progressivement suscite, on le sait, des attitudes restrictives. Divers dérivatifs, relevant de l'évasion ou de la fraude, sont nés en la matière de l'imagination inépuisable des hommes : travail temporaire, travail à l'essai, sous-traitance, travail noir...

Et si l'on s'interrogeait au sujet du bail, plus précisément de celui que régit la loi nouvelle ? Une transposition est concevable : fuite par le contrat de bail, fuite autrement que par ce contrat.

Par le contrat de bail, serait-ce dans le cadre même des dispositions de la loi Quilliot ? Ce que l'on dit du droit de non-renouvellement ou encore du droit de reprise, par exemple afin de vendre, peut conduire à penser qu'il vaut mieux louer à une personne morale qu'à une personne physique. Alors

qu'à cela ne tienne ! Supposons que deux époux souhaitent prendre à bail un local. On subordonnera la conclusion du contrat à la constitution entre eux d'une société entre époux dotée de la personnalité morale, à qui le local sera ensuite loué... Après tout, cela ne fera qu'un occupant de plus, et fort peu encombrant. A l'inverse, si l'on donne en location, mieux vaut être une personne physique. Ainsi se dégage le couple contractuel préférable : une personne physique bailleur, une personne morale locataire.

L'on imagine, plus ou moins, quelques échappatoires. Voyager davantage, mais hors de France, si l'on veut plus facilement rentrer en possession de son bien. Autre démarche : la loi ne s'appliquant pas aux garages et « places de stationnement », ce qui les fait échapper à la taxation, donner tout à la fois en location un local soumis à la loi nouvelle et un emplacement pour voiture – appartenant à une autre personne, quelque parent... – et louer cet emplacement au prix fort. Voici donc deux bailleurs distincts qui louent, l'un au prix réglementaire, l'autre au prix fort... Pourquoi pas ? Une démarche voisine peut tenir au fait que la loi ne s'applique pas aux locations saisonnières. Soit. On consent une location saisonnière, à l'issue de laquelle, comme par hasard, le locataire ne part pas et doit donc une indemnité ; puis, l'année suivante, le cycle accompli, la belle saison en vue, une nouvelle location saisonnière est consentie... A voir...

L'existence du droit de préemption, dont le mécanisme a été analysé avec sa pénétration habituelle par M. Dagot, suscite des réflexions comparables. Il est notamment prévu que le locataire est privé de cette prérogative lorsque la vente est conclue entre parents jusqu'au troisième degré inclus. A propos d'autres règles, fort voisines, le cercle familial a été conçu plus largement. Voici que le cercle tout à coup se resserre. Souvent législateur varie. Mais il n'a pas le monopole de l'imagination. Qui sait si le bailleur ne sera pas tenté d'établir un lien de parenté avec l'acquéreur présomptif ? En l'épousant ? Mais le lien de mariage n'est pas, semble-t-il, un lien de parenté. Alors ? En l'adoptant ? Qui sait !

La démarche est-elle plus aventureuse si l'on s'efforce d'éviter la conclusion d'un bail ? Le recours à la convention d'occupation précaire a suscité la controverse. Peut-on présentement l'envisager ? De l'analyse sociologique, il semble résulter que le contrat d'occupation précaire est un des plus anciens, qu'il est probablement – à tout le moins ? – aussi ancien que le bail et que, jusqu'à présent, nulle force n'a pu le faire totalement disparaître. Y recourir demain demeure cependant aléatoire.

Mais voici qu'à tenter de s'éloigner du centre, l'on discerne des cercles peut-être plus encourageants. La vente ? On connaît les subtilités que, dans le passé, suscita la distinction de la vente d'herbes et du bail rural. Mais ici que vendre ? D'ailleurs la location d'un jardin échappe à l'application de la loi Quilliot. Le prêt à usage ? A la lumière des expériences du passé, il est à craindre que cette démarche ne soit pas couronnée de succès. Il faut donc chercher davantage.

Le contrat de travail ? Curieuse question de prime abord. Et curieuse attitude que celle qui consisterait à renchérir, en quelque sorte, sur la loi. Mais

après tout, celle-ci ne s'applique pas « aux logements attribués en raison de l'exercice d'une profession ou de l'exécution d'un contrat de travail ». L'idée vient, puisque le régime juridique du salariat est doté de tant de puissance d'attraction, de voir d'abord dans le locataire un salarié, de faire de son logement l'accessoire d'un contrat de travail et, pour cela, de subordonner son logement à des prestations de service au profit du bailleur. Moins de locataires, plus de gens de service, en quelque sorte. Mais la Sécurité sociale veille.

N'est-ce pas surtout du côté du contrat de société qu'il convient de chercher, voire de trouver à l'aide de clauses statutaires finement ciselées. On sait bien, depuis fort longtemps, qu'il existe une dose notable *d'affectio societatis* dans les relations entre bailleur et locataire, fermier, métayer..., disons encore des relations de coopération et pas uniquement des antagonismes. L'apport en société à durée déterminée du droit d'usage d'un local est concevable... L'on se trouve encore, semble-t-il, du côté du licite. Il n'en irait plus de même si, comme il y a un travail noir, il y avait une occupation noire. C'est ce qui arrive lorsque l'idéologie maltraite la réalité. Chassez le naturel, l'illicite revient au galop. La résurgence actuelle, si impressionnante, de la pratique des *pas de porte* est là pour le prouver.

*
* *

Les investigations qui précèdent sembleront particulièrement dépiacées à ceux qui seront tentés de penser qu'à l'aide de la loi Quilliot, le droit du bail a plus ou moins basculé du côté du droit public. Là encore, tout n'est pas nouveau. Mais l'on ne peut s'en tenir à cette constatation d'ordre historique. Il faut, me semble-t-il, formuler surtout deux sortes de remarques.

La première se relie au fait que des préoccupations d'ordre *économique* – voire de politique ou de sociologie économique – sont, en la matière, décisives. L'histoire – spécialement l'histoire juridique – ne se répétant jamais, l'on pourrait évidemment épiloguer en la matière sur l'influence diffuse de considérations imprégnées d'un certain marxisme. Mais à chacun sa vérité ou ses espérances. Contentons-nous ici d'un triple propos.

D'abord, à la lumière des communications des présidents Lemiale et Marro, il faut se demander si nos gouvernants ont décidé d'ignorer les exigences d'un marché, le marché locatif. Lorsque M. Bergel estime qu'il y a quelque valse-hésitation – valse ou non ? en tout cas : « deux pas en avant, un pas en arrière » –, c'est bel et bien la survivance ou la survie du marché locatif qui est en cause. Des perspectives fort inquiétantes ont été indiquées. Et la suite, à l'italienne (squattering, etc.), peut être fort grave.

Ensuite, l'on a constaté à diverses reprises que le législateur avait fort mal pris en considération cette donnée essentielle que constitue la dimension, fort variable, des logements. Certes, chaque fois que l'on veut user d'un critère dimensionnel pour fixer les cadres d'une législation, l'entreprise se révèle difficile. De ce phénomène, le droit des sociétés n'est pas la moindre illustration. Pourtant, l'exigence évoquée s'imposait en matière de bail.

Enfin – troisième propos d'ordre économique – le rapport si riche de Maître Jean Doucède sur le loyer et les charges a éclairé la signification accusée de l'interventionnisme étatique. Bien entendu, il ne faut pas confondre développement des dispositions impératives et passage du côté du droit public. Aussi bien est-il vrai que, par la seule monnaie, mais aussi par la modération ou le blocage des prix, l'Etat s'introduit plus ou moins dans la relation contractuelle. Pour passer en droit public, sans doute faut-il davantage. Mais ce surplus n'est-il pas déjà discernable, la surveillance de l'Etat – modérément décentralisé en la circonstance, soit dit en passant – puis son ingérence se manifestant de diverses manières, pas seulement par l'extension des accords de modération ? Et voici que, fort nettement, l'on s'interroge à nouveau sur le rôle des sources du droit, sur la distinction du contrat et du règlement, sur l'opposition des parties et des tiers, pas seulement là où le bail s'articule sur la copropriété.

Au-delà de ces diverses remarques, c'est le *politique* qui se manifeste, fort nettement, derrière l'économique. Sans avoir donné lieu à un débat ostensible, une question se pose, qu'il serait vain d'éluder. Quel est le sens du politique dans tout cela ?

Que les relations entre le droit et la politique aient suscité, depuis la nuit des temps, des réflexions et des controverses, c'est évident. Tout comme il est évident que, surtout depuis une cinquantaine d'années, l'évolution de notre système juridique a montré que la loi était bien souvent l'instrument de la politique. A quel niveau se situe celle-ci ? Il faut, à cet égard, se méfier des oppositions excessives. Ainsi trouve-t-on maints signes des réformes qui suscitent aujourd'hui de vives critiques dans des projets préparés par la majorité d'hier, aujourd'hui passée dans l'opposition. Ainsi le comité Sudreau annonçait des réformes Auroux. Ainsi le programme de Blois préconisait, en 1978, l'étude d'un prélèvement sur les grandes fortunes. Ainsi les activités de la Commission Delmon et tel projet d'Ornano préfiguraient, dans une certaine mesure, ce qui est devenu la loi Quilliot.

Malgré ces ressemblances, il est quelque chose, essentiel, qui marque la différence, le changement comme l'on dit, pas seulement l'interversion des rôles dans les affaires de la République : c'est l'encouragement à une politisation de la plupart des relations entre les citoyens. Voilà pourquoi, lorsqu'on lit, à l'article 44, alinéa 2, de la nouvelle loi, que les accords collectifs de location pourront porter sur les « actions d'animation culturelle et sociale », l'on peut craindre beaucoup de dégâts, surtout si l'on constate que, fréquemment, il n'y a guère de différence entre un animateur culturel et un agitateur politique. Voilà encore pourquoi ces mouvements associatifs de locataires en qui l'Etat socialo-marxiste met toutes ses complaisances sont de nature à susciter des réserves et des inquiétudes. De Gaulle, dit-on, aurait un jour formulé l'opinion suivante : « les associations de parents d'élèves, ce sont... des associations de parents des mauvais élèves ». La formule, inventée ou non, est probablement excessive. On ne peut cependant nier que les associations, présentes ou futures, de locataires seront peut-être surtout les associations des mauvais locataires et qu'elles deviendront tôt ou tard la proie des partis

politiques, avides de répartir les quartiers, les grands ensembles, les pâtés de maisons, les immeubles en fonction de la couleur politique de leurs occupants.

Politisation de la loi, politisation des locaux, politisation aussi de la relation juridique entre le bailleur et le locataire. Quel peut être alors le rôle de l'interprète ? S'il est juge, appelé à appliquer ces règles d'un ordre juridique bousculé, va-t-il, dans un environnement secoué par une idéologie marxisante, cesser de penser qu'il n'est pas le simple messager de forces sociales en conflit, de classes en lutte, même si son origine ou son appartenance n'est pas étrangère aux opinions qu'il exprime et aux décisions qu'il rend ? S'il est seulement un membre de la doctrine, la distance existant entre lui et la règle est différente. Sitôt venue au monde la loi nouvelle, il en écrit de précieux commentaires. Le livre de MM. Hugot, Lepeltier et Thuillier est, à cet égard, un modèle du genre. Il organise aussi d'enrichissants colloques, ce qui m'offre aujourd'hui le plaisir de revoir et de remercier très vivement M. le doyen Boulan.

Quel que soit aujourd'hui l'interprète, le temps présent est, en matière de bail, à la recherche d'un équilibre, remis en cause par la politisation d'une relation intimement liée aux droits de l'homme. A ceux qu'une influence marxiste-léniniste porterait à considérer qu'en la matière comme en tant d'autres, l'ordre juridique n'est qu'une condition d'efficacité de la dictature du prolétariat, qu'il est « entièrement politisé », qu'il est « une catégorie du politique », l'on est, au risque de sembler rétrograde ou passéiste, tenté de répondre en s'appuyant sur un passage extrait d'une œuvre écrite par l'un de ceux qui, au siècle dernier, purent être à la fois historien, écrivain, homme politique, serait-ce à ce propos dans des conditions parfois malheureuses.

Voici donc ce qu'écrivait Thiers, en 1848, dans son livre *De la propriété* : « La propriété est donc un fait général, universel, croissant et non décroissant. Les naturalistes, en voyant un animal qui, comme le castor ou l'abeille, construit des demeures, déclarent sans hésiter que l'abeille, le castor sont des animaux constructeurs. Avec le même fondement, les philosophes, qui sont les naturalistes de l'espèce humaine, ne peuvent-ils pas dire que la propriété est une loi de l'homme, qu'il est fait pour la propriété, qu'elle est une loi de son espèce ! Et ce n'est pas dire assez que de prétendre qu'elle est une loi de son espèce, elle est celle de toutes les espèces vivantes. Est-ce que le lapin n'a pas son terrier, le castor sa cabane, l'abeille sa ruche ? Est-ce que l'hirondelle, joie de nos climats au printemps, n'a pas son nid qu'elle retrouve, qu'elle n'entend pas céder ; et si elle avait le don de la pensée, ne serait-elle pas révoltée elle aussi des théories de nos sophistes ? »

Retenons, Mesdames, Messieurs, cette leçon. Non, vraiment, n'ayons pas de syndicalistes dans nos nids.

– ANNEXES –

CONTENU :

- Exposé des motifs du projet de la loi relatif aux droits et obligations des locataires et des bailleurs.
- Présentation du projet de loi à l'Assemblée Nationale par M. R. QUILLIOT, Ministre de l'urbanisme et du logement.
- Tableau relatif à la formation du contrat de bail.
- Tableaux relatifs à la résiliation et au refus de renouvellement.
- Bibliographie sommaire de la loi du 22 juin 1982.
- Textes de la loi du 22 juin 1982 et du décret du 18 octobre 1982.

N.B. : Les organisateurs de la Journée d'Etude consacrée à la loi du 22 juin 1982 tiennent à remercier ici Madame GUEYDAN, secrétaire de Monsieur le Doyen Fernand BOULAN, pour son aide et pour l'activité qui a été la sienne pendant toute la préparation de ce Colloque.

Exposé des motifs du projet de loi relatif aux droits et obligations des locataires et des bailleurs

MESDAMES, MESSIEURS,

L'habitat est une priorité essentielle pour les Français. Sans méconnaître son rôle moteur dans l'économie nationale, c'est avant tout un lien privilégié de l'apprentissage social et de l'épanouissement de la personne dans sa vie quotidienne.

Le Gouvernement entend rompre avec un laissez-faire libéral trop souvent synonyme de désorganisation et générateur d'abus manifestes. Comme l'a affirmé le Président de la République, il s'agit de créer un droit à l'habitat où le locataire peut traiter d'égal à égal avec son propriétaire, en particulier pour la fixation des loyers.

Créer un droit à l'habitat nécessite la définition des droits et obligations des locataires et des propriétaires au sein d'une charte dont l'objet est d'établir un code de bonne conduite rééquilibrant les rapports individuels et organisant une vie collective.

Ce nouveau cadre, en instituant une clarté des rapports locatifs, doit permettre la stabilité d'occupation des locataires de bonne foi, tout en assurant une fluidité au marché locatif.

Le maintien d'un parc locatif de qualité implique en effet la définition de règles souples en matière de politique des loyers comme en matière d'amélioration de l'habitat afin de donner une réalité au droit à l'habitat en évitant des hausses abusives de loyer tout en encourageant un investissement locatif.

Le projet élaboré par le Gouvernement comporte dix titres distincts.

Le titre I^er^ traite des principes généraux :

Il affirme le droit à l'habitat en posant le principe de relations équilibrées entre locataires et bailleurs. Il définit le champ d'application des dispositions de la loi. Celles-ci concernent toutes les locations de locaux à usage d'habitation ou à usage mixte professionnel et d'habitation, ou des meublés par des loueurs non professionnels.

Elles ne s'appliquent pas aux locations saisonnières, ni aux logements de fonction.

L'urgence qui a présidé à l'élaboration du présent projet de loi n'a pas permis d'y inclure un chapitre particulier consacré aux logements-foyers. L'établissement de ce dernier nécessite une concertation étendue qui ne fait que commencer.

Le projet s'inspirera du droit commun des locataires.

Le titre II traite du contrat de location.

La clarification justifie une meilleure définition de la chose louée notamment en posant le principe d'un contrat de location écrit (art. 3).

La portée du droit fondamental à l'habitat est affirmée à travers certaines dispositions (art. 4, 5 et 6) visant à assurer la stabilité d'occupation du locataire de bonne foi. La conclusion d'un contrat de location de six ans est assortie du principe d'un renouvellement tacite par périodes triennales.

Ce renouvellement doit devenir la règle générale, le non-renouvellement devenant l'exception. En effet, le bailleur ne peut donner congé qu'à l'issue de la durée du contrat pour un motif sérieux et légitime. Le désir de vendre le logement peut également constituer pour le bailleur un motif de ne pas renouveler le contrat, dans certaines conditions.

Ce principe est aménagé de manière à permettre au bailleur de reprendre son logement pour occupation personnelle lorsque cette possibilité est inscrite dans le contrat.

De même, le locataire peut donner congé à l'issue de la première année de location, sous réserve du respect d'un délai-congé de trois mois défini à l'article 8.

Tout en affirmant le principe de la non-cessibilité du contrat de location, il est prévu en cas de décès du locataire, de transférer le contrat à des personnes ayant vécu au foyer depuis plus de six mois (art. 7).

Une meilleure définition des rapports locatifs doit s'accompagner d'une stricte définition des obligations réciproques du locataire et du bailleur, ces obligations reprenant en les complétant certaines dispositions du Code civil (art. 9 et 10).

Dans ce même souci de clarification, la loi prévoit la remise d'une quittance à l'occasion de tout paiement par le locataire (art. 11), l'établissement d'un état des lieux à l'arrivée et au départ du locataire (art. 12), ainsi que les conditions de révision du loyer sur la base de l'indice du coût de la construction lorsque la révision est prévue par le contrat (art. 38).

Un dépôt de garantie peut être prévu par le contrat ; il ne peut être supérieur à deux mois de loyer en principal et ne peut faire l'objet de révision (art. 13).

La recherche d'une meilleure équité se traduit par le principe de la définition des charges récupérables par nature et de leur récupération sur justification. Cette préoccupation rejoint l'effort de clarification et de maîtrise indispensable dans un domaine où le poids des dépenses énergétiques est de plus en plus lourd, en organisant, grâce à une information du locataire sur les consommations, une meilleure « responsabilisation » des partenaires (art. 14).

Dans un souci d'harmonisation avec la prescription définie par le Code civil en matière de loyer, il est précisé que cette prescription est également de cinq ans en matière de charges (art. 15).

Afin d'assurer la protection de tout locataire de bonne foi, toute clause tendant à la résiliation automatique du contrat autre que relative au non-paiement du loyer et des charges est interdite.

Dans le seul cas où l'exercice de cette clause est prévu, il est contrôlé par le juge qui, saisi par le locataire, peut accorder des délais pour le paiement de la dette (art. 16).

Dans un souci de solidarité nationale à l'égard de locataires de bonne foi privés de moyens d'existence, cette protection est assortie de la possibilité pour le juge d'écarter l'exercice de la clause résolutoire. Le Gouvernement s'engage à déposer un projet de loi précisant les modalités d'indemnisation du propriétaire ainsi que les ressources qui seront affectées à cette indemnisation (art. 17).

Un certain nombre de clauses figurant actuellement dans de nombreux contrats et donnant lieu à des abus manifestes sont désormais interdites par la loi (art. 18).

Le titre III traite de l'organisation des rapports collectifs :

Pour répondre au désir légitime de participation des usagers à la vie de leur immeuble, la loi organise un cadre dans lequel pourront se développer les rapports collectifs.

Cette organisation suppose, en préalable, la reconnaissance, comme interlocuteurs des bailleurs et des gestionnaires, des associations de locataires représentatives au niveau de l'ensemble immobilier ou, au plan national et départemental, leur consultation sur les différents aspects de la gestion de l'immeuble (art. 22) et la protection de leurs dirigeants (art. 24). Elle suppose, d'autre part, dans les ensembles en copropriété, la possibilité pour le locataire ou son représentant de formuler toutes observations utiles en assemblée générale de copropriété (art. 23).

Des règles de majorité définissent les conditions de conclusion des accords collectifs au niveau d'un ensemble immobilier (art. 19).

Cette organisation doit permettre à l'avenir la conclusion d'accords collectifs, au niveau national ou au niveau départemental, dont l'objet est d'élargir la nouvelle charte des rapports locatifs définie par le titre II et d'organiser et responsabiliser les différents partenaires en ce qui concerne la gestion des immeubles (art. 29).

Ces accords s'imposent de plein droit à tous les adhérents des organisations signataires.

L'expérience montre qu'une commission nationale de concertation apporte une contribution essentielle à l'amélioration des rapports locatifs. C'est pourquoi la loi institue une commission placée auprès du ministre chargé du Logement, composée notamment de représentants des propriétaires et gestionnaires de logements et des usagers, au sein de laquelle seront négociés les accords collectifs qui concerneront un ou plusieurs secteurs locatifs (art. 26 et 30).

Dans un délai d'un mois à compter de leur signature et de leur publication, ces accords peuvent être rendus obligatoires par décret en Conseil d'Etat (art. 30).

En cas de dénonciation des accords par leurs signataires, le décret en Conseil d'Etat cesse de plein droit de produire ses effets à l'expiration d'un délai d'un an (art. 31).

Le titre IV traite des loyers :

Le Gouvernement entend rompre avec une politique des loyers désorganisée faisant alterner des périodes de libéralisme absolu et des périodes de blocage des loyers dont les Français connaissent les effets pervers de dégradation de l'habitat et de ralentissement de la construction. Il est soucieux d'éviter des effets d'inflation et de débordement tout en assurant aux bailleurs les garanties nécessaires quant au maintien et au développement du patrimoine immobilier.

Il s'agit d'organiser un dispositif de modération des loyers suffisamment souple pour permettre chaque année, dans un cadre national de libre négociation entre propriétaires et locataires, de déterminer le taux maximum d'évolution des loyers assurant l'équilibre économique et social, tout en donnant à l'Etat les moyens d'intervenir quand cela s'avère nécessaire (art. 33 à 36).

C'est pourquoi la loi prévoit les niveaux suivants :

— Chaque année, des accords de modération des loyers concernant un ou plusieurs secteurs locatifs autres que celui régi par la loi du 1er septembre 1948 peuvent être conclus au sein de la commission nationale des rapports locatifs entre bailleurs et locataires.

Ces accords déterminent par secteur le taux maximum d'évolution des loyers ainsi que les majorations supplémentaires pouvant intervenir dans des cas bien déterminés : travaux autres que ceux du clos et du couvert et sous-évaluation manifeste du loyer.

Des dispositions particulières sont prévues pour le secteur locatif appartenant à des organismes d'H.L.M.

Les accords ainsi conclus peuvent être étendus par décret en Conseil d'Etat à tous les logements du ou des secteurs correspondants.

— L'Etat dispose de moyens d'intervention qu'il peut utiliser à défaut d'accord.

Dans ce cas, un décret en Conseil d'Etat peut limiter la part du loyer à laquelle s'applique l'indice du coût de la construction. Cette part ne peut être inférieure aux quatre cinquièmes du loyer, cette disposition permettant notamment de neutraliser la part foncière de la valeur des immeubles.

— L'Etat peut également, si les circonstances économiques l'exigent, appliquer la même limitation aux loyers des baux en cours et, en l'absence d'accord de modération, aux contrats nouveaux ou renouvelés.

En cas de contestation relative au nouveau loyer, préalablement à toute instance judiciaire, locataires et propriétaires peuvent saisir une commission départementale paritaire de conciliation instituée par la loi.

Le respect du dispositif est assuré par une procédure efficace de sanctions, celle de l'ordonnance du 30 juin 1945.

Le titre V traite de l'amélioration des logements :

L'incitation nécessaire à une politique dynamique d'amélioration de la qualité des logements repose sur un dispositif contractuel seul adapté aux impératifs locaux et responsabilisant les partenaires.

Deux possibilités sont offertes pour permettre la réalisation de travaux :

— la première concerne les logements ne répondant pas à des normes de salubrité, d'équipement, de confort et de qualité qui seront définies par décret. Elle prévoit la conclusion d'un contrat d'amélioration avec l'Etat pour la réalisation des travaux. Les locataires de catégorie modeste sont particulièrement protégés par ce dispositif qui fixe un loyer maximum et ouvre droit à l'aide personnalisée au logement ;

— la seconde concerne des logements répondant déjà aux normes de sécurité et d'équipements sanitaires. Elle prévoit la conclusion d'un accord en vue de la réalisation de travaux de qualité, soit individuellement entre un bailleur et son locataire, soit collectivement entre un bailleur ou plusieurs bailleurs et une association de locataires. Cet accord définit les travaux et détermine le montant du loyer.

Le titre VI traite de l'information préalable du candidat locataire et des intermédiaires :

La liberté de choix, pour toute personne, de son logement nécessite de lui donner toutes les informations utiles pour guider sa décision.

Un premier stade consiste à fournir au candidat locataire les documents comportant toutes les informations essentielles à son choix : fiche signalétique du logement avec indication du prix demandé et indication des charges locatives qui, pour les logements neufs non encore en service, seront évaluées selon une méthode qui sera définie par arrêté (art. 42).

En outre, il doit être remis, au moment de la mise à disposition du logement, une notice d'utilisation et d'entretien conforme à un modèle type agréé par arrêté (art. 43).

Il apparaît nécessaire de clarifier que la charge de la rémunération des intermédiaires incombe au bailleur (art. 44).

Le titre VII traite de l'administration provisoire en cas de défaillance dans la gestion de logements ayant bénéficié d'aide de l'Etat.

Ce dispositif consiste à donner à l'Etat des moyens d'intervention dans le cas particulier d'ensembles immobiliers ayant bénéficié d'aide de l'Etat pour leur construction et qui se trouvent dans une situation de gestion catastrophique compromettant la sécurité à la suite d'une carence grave du syndic de copropriété ou du propriétaire.

Il prévoit la possibilité pour le préfet de demander au juge de nommer, sur une liste établie par l'administration, un administrateur provisoire qui se voit confier pour un an renouvelable les pouvoirs du propriétaire ou du gestionnaire défaillant.

Le titre VIII traite des sanctions.

La loi prévoit un mécanisme de sanctions pénales dont le poids est modulé par la gravité de la faute (art. 46 à 49).

Le titre IX traite des dispositions transitoires :

Les dispositions de la présente loi s'imposent aux parties nonobstant toutes dispositions ou stipulations contraires à compter de la date de publication de la loi. Les propriétaires disposent d'un délai d'un an pour mettre leur contrat en conformité avec les dispositions de la présente loi.

Tout congé donné à compter du 7 octobre 1981 doit être fondé sur un motif sérieux et légitime.

Le titre X traite des dispositions diverses :

Pour éviter un conflit de textes, les articles relatifs aux baux de sortie de la loi de 1948 sont abrogés pour l'avenir. Les logements vacants et répondant à des normes de confort sont soumis aux dispositions de la présente loi. Les logements vacants ne répondant pas à de telles normes peuvent sortir du champ d'application de la loi de 1948 lorsque le bailleur passe avec l'Etat un contrat d'amélioration des logements portant sur un programme de travaux.

L'ensemble des dispositions de la loi s'appliquent au secteur des locataires à loyers libres qui jusqu'ici relevait des seules dispositions du Code civil. Toutefois, les dispositions générales du titre II relatives notamment aux obligations respectives du bailleur et du locataire, à l'état des lieux, aux charges locatives, à la protection des locataires privés de moyens d'existence, aux clauses illégales, ainsi que les dispositions du titre III relatives à l'organisation des rapports collectifs, sont applicables aux logements taxés par la loi du 1er septembre 1948. Ces mêmes dispositions sont également applicables aux logements conventionnés ouvrant droit à l'aide personnalisée au logement, aux logements H.L.M. et aux logements réglementés par les contrats de prêts du Crédit foncier de France dont l'évolution des loyers doit également répondre aux dispositions du titre IV.

Les dispositions relatives aux travaux concernent, dans le cas de contrats d'amélioration des logements conclus avec l'Etat, les logements vacants régis par la loi de 1948 ainsi que les logements qui jusqu'ici ne relevaient que des seules dispositions du Code civil.

Projet de loi

Titre I. — Principes généraux.

Art. 1er. — Nul ne peut être privé du droit à l'habitat. L'exercice de ce droit implique la liberté de choix pour toute personne de son mode d'habitation et de sa localisation grâce au maintien d'un secteur locatif important ouvert à toutes les catégories sociales.

Les droits et obligations réciproques des bailleurs et des locataires doivent être équilibrés, dans leurs relations individuelles comme dans leurs relations collectives.

Art. 2. — Les dispositions de la présente loi s'appliquent, nonobstant toutes dispositions ou stipulations contraires, aux locations de locaux à usage d'habitation ou à usage mixte professionnel et d'habitation.

Elles ne s'appliquent ni aux locaux dont les bailleurs exercent la profession de loueur en meublé ni aux locations à caractère saisonnier, ni aux logements attribués en raison de l'exercice d'une fonction ou de l'occupation d'un emploi.

Toutefois, les locations conclues, par les organismes d'habitation à loyer modéré, les locations de logements régis par le chapitre III de la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 ou par les articles L. 351-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation ainsi que les locations de logements construits à l'aide de primes ou de prêts spéciaux à la construction consentis par le Crédit foncier de France ou la Caisse centrale de coopération économique restent soumises aux dispositions qui leur sont propres. Ne leur sont applicables que les articles de la présente loi qui ne sont pas mentionnés à l'article 54 ci-après.

Titre II. — Du contrat de location.

Art. 3. — Toute location donne lieu à un contrat écrit, établi au moins en deux exemplaires originaux, dont un est remis au locataire. Ce contrat détermine la consistance de la chose louée, décrit les locaux et équipements d'usage privatif dont le locataire a la jouissance exclusive et, le cas échéant, énumère les parties, équipements et accessoires de l'immeuble qui font l'objet d'un usage commun.

Il fixe le montant et les conditions de versement du loyer et, le cas échéant, les conditions de sa révision.

Il précise la date d'effet du contrat.

Si le contrat prévoit un dépôt de garantie, il en fixe le montant et la date de versement.

Lors de la signature du contrat, le bailleur doit remettre au locataire une copie de la dernière quittance du précédent locataire ne mentionnant pas le nom de celui-ci.

Lorsque l'immeuble est en copropriété, le copropriétaire bailleur est tenu de communiquer au locataire les extraits du règlement de copropriété concernant la jouissance et l'usage des parties privatives et communes de l'immeuble et de préciser la répartition par tantièmes des charges de copropriété.

Seul le locataire peut se prévaloir de la violation des dispositions du présent article. Si un contrat a été établi en violation desdites dispositions, le bailleur devra établir un contrat conforme à la présente loi, le cas échéant sous astreinte judiciaire.

Art. 4. — Le contrat de location est conclu pour une durée qui ne peut être inférieure à six ans. Cette durée est comptée à partir de la date de prise d'effet du contrat telle que précisée dans celui-ci.

Art. 5. — Durant cette période de six ans, le locataire peut seul donner congé à tout moment sauf pendant la première année de location. Il peut toutefois donner congé pendant la première année pour des raisons familiales, professionnelles ou de santé.

★ Année 1982. — N° 1 A. N. (C. R.) 0242-4765 ISSN 0429-3088 Mercredi 13 Janvier 1982 ★

JOURNAL OFFICIEL

DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

DÉBATS PARLEMENTAIRES

ASSEMBLÉE NATIONALE

DROITS ET OBLIGATIONS DES LOCATAIRES ET DES BAILLEURS

Discussion d'un projet de loi.

M. le président. L'ordre du jour appelle la discussion du projet de loi relatif aux droits et obligations des locataires et des bailleurs (n°s 463, 684).

La parole est à M. le ministre de l'urbanisme et du logement.

M. Roger Quilliot, *ministre de l'urbanisme et du logement.* Monsieur le président, mesdames et messieurs les députés, voici huit mois, le Gouvernement a fait le double pari de relancer l'économie et d'introduire les Français à une nouvelle citoyenneté, pour reprendre l'expression employée par M. le Premier ministre. C'est ce pari que j'entends soutenir devant vous en présentant à votre assemblée le projet de loi relatif aux droits et obligations des locataires et des bailleurs.

Parmi tous les projets soumis à votre étude ces derniers mois, il n'en est sans doute aucun qui concerne autant de Françaises et de Français aussi directement, aussi quotidiennement. En effet, d'une part, l'habitat joue, au travers de la construction qui en est le support matériel, un rôle moteur dans l'économie nationale ; d'autre part, il est — chacun en convient — le lieu privilégié de l'épanouissement de la personne, de la famille et le creuset d'une société équilibrée.

Cette double fonction explique les avis contradictoires émis sur tout texte de loi qui prétend ramener le droit de propriété immobilière comme le droit tiré de la location au seul droit d'user et non abuser. Elle explique les passions — plus ou moins calculées, plus ou moins spontanées — de ceux qui veulent ne voir dans l'habitat qu'un fructueux placement, ignorant du même coup ce respect de la famille et de l'individu qu'ils invoquent si volontiers par ailleurs, ainsi que les erreurs d'appréciation de ceux qui voudraient ramener la propriété immobilière privée aux règles légitimement imposées à la propriété immobilière sociale. C'est le rôle du Gouvernement, qui a la charge de l'intérêt général, de trouver le point d'équilibre entre ces logiques et ces exigences contradictoires.

L'histoire des relations entre bailleurs et locataires est tourmentée, agitée de soubresauts contraires. Jusqu'en 1914, le propriétaire a disposé, comme le patron dans l'entreprise, d'un droit absolu, d'un droit régalien. Puis la pénurie, née de quatre ans de destructions, a amené les gouvernements, tous les gouvernements successifs, à bloquer les loyers et à limiter fortement les droits des propriétaires. Le secteur locatif ne pouvait que difficilement se relever de deux catastrophes comme la guerre et le blocage continu des loyers.

La loi du 1er septembre 1948, conçue à l'origine dans un but de remise en ordre des loyers — j'en donne acte à M. Claudius-Petit — mais très vite mutilée, organisait la fixation réglementaire des prix de location et le maintien dans les lieux du locataire. Il aura fallu des décennies pour sortir d'un système, certes généreux dans son principe, mais pervers dans certains de ses effets. La dégradation, faute d'entretien, du centre de nos cités en est une des conséquences les plus visibles.

Actuellement, par un retour regrettable de balancier, le propriétaire a retrouvé une situation de force et les baux d'un an, voire d'un mois, permettent aux bailleurs de pratiquer de fortes hausses de loyers. C'est ainsi que Paris est devenue une ville interdite à tout citoyen dont les ressources n'avoisinent pas celles d'un cadre supérieur. « Trop souvent, bailleurs et preneurs vivent face à face ou côte à côte, comme patrons et salariés au début du siècle, avant que n'aient été définies les règles d'un dialogue social ». Cette phrase que j'ai déjà citée a été prononcée par un membre éminent de l'opposition actuelle.

Bref, les textes relatifs à l'habitat se sont succédé dans le temps, au gré de circonstances particulières, sans véritable cohérence. Le code civil a vieilli sur bien des points ; la loi de 1948 a été une loi d'exception ; la réglementation des logements aidés est très complète, voire touffue, mais elle laisse naturellement de côté l'ensemble du secteur libre. Enfin, depuis 1972 existe une commission permanente pour l'amélioration des rapports entre bailleurs, gestionnaires et usagers, dite commission Delmon, du nom de son président. Dans cette instance, un travail considérable, auquel je tiens à rendre hommage, a été accompli.

Il devait déboucher sur un projet de loi, effectivement déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale au mois de septembre 1980. Malheureusement, ce texte, qui ne reprenait d'ailleurs qu'une version minimale des travaux de la commission, n'a jamais été inscrit à l'ordre du jour. Permettez-moi de le regretter car notre tâche aurait alors été singulièrement facilitée puisque nous n'aurions plus eu qu'à l'étendre ou à l'expliciter. Les accords passés au sein de la commission Delmon ont par conséquent conservé une simple valeur de recommandation. Certains membres des organisations signataires ont d'ailleurs paradoxalement plaidé en justice contre leur application.

Ce vide juridique, ou plutôt cette confusion, a permis, voire favorisé certains abus. Le logement est l'un des domaines où les réclamations sont les plus nombreuses. Les plaintes qui reviennent le plus souvent concernent en particulier les petites annonces immobilières, les clauses abusives ou léonines dans les contrats, le manque de clarté ou de précision dans le décompte des charges locatives, la durée des baux, les loyers. Enfin, dans le courrier reçu par mon département, une place toute spéciale doit être réservée au congé donné au locataire, avec promesse d'un nouveau bail, si ce locataire accepte une importante hausse de loyer.

Le Gouvernement a donc voulu, reprenant à son compte bien des réflexions antérieures — car nous ne prétendons pas innover sur tous les points — les élargissant et les structurant, établir ce que François Mitterrand avait appelé un nouveau droit de l'habitat.

Ce droit de l'habitat répond à quatre préoccupations.

Première préoccupation : la clarification indispensable à l'information du locataire et à la bonne gestion du bailleur. Avant son entrée dans le logement — et cela paraît naturel à quiconque veut y réfléchir — le locataire doit disposer des informations élémentaires lui permettant de connaître les caractéristiques du logement, la dépense totale à laquelle il s'expose, la nature des équipements installés et leur mode d'emploi. Lors de la signature du contrat de location, et pendant l'exécution de celui-ci, le propriétaire et le locataire connaîtront la nature et l'ampleur de leurs engagements réciproques, qu'il s'agisse du montant du dépôt de garantie, de la liste des charges locatives ou du délai pour donner congé.

Deuxième préoccupation : la stabilité dans les rapports locatifs. Il ne s'agit absolument pas, comme certains l'ont prétendu pour des raisons partisanes, d'un retour au maintien dans les lieux sur le modèle de la loi de 1948.

La philosophie du projet de loi est bien différente. Elle part de la constatation que le bailleur a actuellement toute liberté pour fixer la durée du contrat et pour le renouveler ou non, et ce sans limite. Concrètement, cela signifie que certains locataires peuvent voir remis fréquemment en cause leur lieu d'habitation, c'est-à-dire l'endroit où se situent leur foyer, leur famille, leur environnement habituel, au seul gré des intérêts du bailleur, alors même qu'ils respectent leurs engagements contractuels et paient normalement ce qu'ils doivent.

Cette forme de sursis permanent, ce déséquilibre légalement entretenu ne sont pas acceptables. Le Gouvernement a donc prévu, d'une part, une durée relativement longue pour le contrat de location, puisqu'elle est de six ans globalement, avec des aménagements que la commission des lois proposera, d'autre part, des possibilités plus limitées pour le bailleur de donner congé à la fin du contrat, le motif du congé devant être sérieux et légitime.

Troisième préoccupation : modération des loyers. Le Gouvernement entend rompre avec la politique de loyers désordonnée que nous avons connue dans le passé. Les périodes de libéralisme absolu succédaient à des périodes de blocage ou de limitation liées à des mesures conjoncturelles, sans qu'à aucun moment une ligne claire et permanente soit dégagée. Il faut aujourd'hui être très cohérent puisqu'une hausse des loyers excessive n'est acceptable ni socialement pour les individus ni économiquement pour la nation.

Le cadre législatif est relativement simple : la fixation du premier loyer d'un logement neuf est libre. En cours de contrat de location, l'indice autorisé pour fonder la révision annuelle des loyers sera l'indice du coût de la construction, indice actuellement le plus utilisé et qui évolue à long terme — à l'exception de cette année — à peu près comme l'indice général des prix. Des accords de modération annuels seront négociés au sein d'une commission nationale réunissant bailleurs et locataires pour déterminer les hausses de loyers lors des renouvellements de contrats ou lors des nouvelles locations. Ces accords pourront prévoir des hausses supplémentaires pour travaux ou pour loyer nettement sous-évalué.

Des procédures contractuelles, soit avec l'Etat, soit avec les locataires, permettront dans ce cas aux bailleurs de réaliser des travaux et de pratiquer des hausses de loyer permettant de les amortir financièrement.

En cas d'échec des négociations, c'est-à-dire à défaut d'accord entre bailleurs et locataires, le Gouvernement pourra fixer le taux d'accroissement des loyers secteur par secteur. Mais, en aucune circonstance — j'insiste sur ce point — il ne descendra au-dessous de 80 p. 100 de la variation de l'indice du coût de la construction.

En se prémunissant contre ses propres tentations, le Gouvernement a montré avec quel sens des responsabilités il entendait traiter de l'avenir économique du secteur locatif.

Enfin — quatrième préoccupation — le projet de loi apporte une innovation essentielle dans les rapports locatifs puisqu'il institutionnalise la concertation. On ne s'étonnera pas qu'un gouvernement de gauche, dont c'est l'objectif et la vocation, veuille amener les Français à dialoguer davantage, à négocier, à constater les points d'accord, fussent-ils partiels, et à fonder leurs relations sur une démarche ouverte.

Les relations dans l'habitat — d'autres, qui siègent aujourd'hui sur les bancs de l'opposition, l'ont dit avant moi — gagneront beaucoup à s'inspirer de procédures coutumières aux relations du travail. C'est pourquoi le projet qui vous est prévoit la concertation dans le domaine de la gestion locative, des travaux, des loyers, des documents types servant à l'application de la loi. Cela dit, les propriétaires conserveront la liberté de décision qui est la leur aujourd'hui et aucune procédure de concertation n'aura de caractère obligatoire, car il ne s'agirait plus alors de concertation.

Tels sont les grands principes retenus par le Gouvernement. Il a gardé présentes à l'esprit les préoccupations des partenaires que sont locataires et bailleurs.

Que souhaitent en effet les locataires ? Qu'une perspective de stabilité leur soit assurée ; que soient écartés les congés abusifs et spéculatifs ; que l'information soit claire et claire la répartition des charges locatives. Qui osera juger excessives de telles revendications ?

Que souhaitent les investisseurs — personnes morales — conséquents ? Une rémunération correcte de leur investissement, comme l'élimination éventuelle du mauvais payeur ou du mauvais coucheur. La loi le leur garantit. La spéculation ? Elle la leur interdit assurément.

Que souhaitent les bailleurs, personnes physiques ? La même chose, plus l'assurance de pouvoir reprendre à date définie leur immeuble pour l'habiter eux-mêmes, ou pour le laisser à leurs ascendants ou à leurs descendants, voire pour le vendre dans des conditions à préciser. Je n'ai cessé de répéter, dès le début de ce débat qui s'est ouvert il y a près de quatre mois, qu'il était légitime qu'un bailleur — et je pensais en particulier aux 2 600 000 personnes physiques qui logent plus de la moitié des locataires — pût vendre un appartement et récupérer, en cas de besoin — et ce sera votre rôle de le définir — le fruit de leur épargne, dans une logique de prix réels et objectifs. Le Gouvernement déposera donc un amendement sur ce point, comme il l'a toujours annoncé. Mais, il sera ouvert, là comme ailleurs, à toute formulation qui améliorerait le texte sans déformer l'intention. C'est d'ailleurs pourquoi, mesdames, messieurs les députés, j'ai souhaité prendre la parole à l'ouverture de ce débat pour fixer les orientations du Gouvernement, étant entendu que nous accepterons du Parlement, qui en a le devoir et la charge, toute ouverture sur tel ou tel aspect du texte pourvu, je le répète, que sa philosophie essentielle ne soit pas dénaturée.

Que veulent enfin les agents immobiliers ? Etre reconnus dans leur existence professionnelle — ils le sont au même titre que les associations de bailleurs ou de locataires — être rémunérés par qui recourt à eux. Mme Lalumière qui a bien voulu être présente à mes côtés, a esquissé, au nom du Gouvernement, une solution que la commission des lois a affinée.

Que veut enfin le Gouvernement ? Interdire que le dérapage des loyers n'alimente l'inflation. Se trouvera-t-il dans cette assemblée des parlementaires responsables — je crois qu'ils le sont tous — pour réclamer la lutte contre l'inflation partout sauf en matière immobilière ? Le Gouvernement n'oublie pas pourtant que le meilleur facteur de modération des loyers, c'est encore l'abondance de la construction.

Avec 170 milliards de francs, en 1980, l'investissement logement a représenté 6,4 p. 100 du produit intérieur brut et 30 p. 100 de l'investissement total de la France. Le bâtiment regroupe 260 000 entreprises et 1 500 000 travailleurs environ. Les crédits au logement étaient évalués en 1980 à 750 milliards de francs, soit 37 p. 100 des crédits à l'économie.

Le Gouvernement, conscient de l'importance statistique de ce secteur et des enjeux qu'il représente, a voulu imprimer au projet de loi sur les rapports locatifs une dynamique économique claire. Si les agissements abusifs ou spéculatifs doivent être éliminés, car ils vont bien au-delà de la rentabilité normale qui doit être assurée aux investisseurs et aux épargnants, la satisfaction à court terme d'un certain nombre de revendications légitimes des locataires ne doit pas se faire au détriment de l'investissement locatif ou au prix d'un désinvestissement de l'immobilier dit « de rapport ». Les conséquences en seraient néfastes à long terme pour les locataires eux-mêmes.

Parce qu'il est conscient de ces impératifs économiques, le Gouvernement a financé — et vous l'avez accepté — 100 000 logements supplémentaires en 1981 et augmenté de 34 p. 100 le budget du logement en 1982 afin d'atteindre le cap des 400 000 à 410 000 mises en chantier. Mais il ne servirait à rien de vouloir augmenter le rythme de construction si le prix des terrains continuait à s'élever au rythme de la période récente. C'est pourquoi le Gouvernement prépare des mesures qui tendent à porter un coup d'arrêt à la spéculation immobilière. (*Applaudissements sur quelques bancs des socialistes et des communistes.*)

Il ne servirait à rien, enfin, de donner aux relations propriétaires-locataires un cadre juridique sans assurer en même temps une solvabilité financière éventuelle aux locataires. C'est pourquoi le Gouvernement a augmenté l'aide personnalisée au logement de 25 p. 100 au mois de juillet et l'allocation de logement de 50 p. 100 aux mois de juillet et de décembre, conformément à ses promesses. Le Gouvernement est d'ailleurs prêt à prendre toutes ses responsabilités, notamment pour garantir le droit à l'habitat et pour donner éventuellement aux propriétaires une juste contrepartie, comme j'aurai l'occasion — je l'espère — de le montrer au cours du débat lorsque nous en arriverons à la création d'un fonds d'indemnisation pour les propriétaires.

Voilà le panorama tracé. Après un temps de clameurs et de fureurs, le temps de la réflexion sereine est venu. Un récent sondage a montré que les Français avaient, dans leur majorité, apprécié notre texte à sa valeur et que les propriétaires eux-mêmes refusaient la panique où l'on voulait les jeter. Dans cette assemblée même, si j'en juge par les travaux des commissions, le débat ne peut être que de qualité, à la hauteur de l'enjeu : établir, pour longtemps, les relations dans l'habitat locatif sur la base d'une charte raisonnable qui reprenne les principes d'équilibre, de dynamique et de justice, dont le Gouvernement a fait sa règle. Ainsi répondrons-nous à l'attente des Français, en délivrant les locataires de l'angoisse du lendemain et en garantissant aux propriétaires la rentabilité correcte de leurs investissements. Plusieurs personnes ont écrit récemment qu'entre la générosité sociale et le réalisme économique, le choix était pour moi cornélien. Qu'on me permette de me souvenir un instant de mes humanités. Ce qui est cornélien, en vérité, c'est de choisir l'un et l'autre. Tout comme le héros cornélien choisit à la fois l'amour et l'honneur, essaie de garder les deux, le Gouvernement choisit et la solidarité et la relance économique, convaincu que c'est au point extrême de tension que se conquiert l'équilibre. Il n'y a pas de dynamisme économique dans un climat de conflit et d'insécurité. Certes, nous n'avons pas choisi la facilité. Mais, qui dans cette assemblée oserait nous la conseiller ? « L'avenir, disait récemment le Président de la République, est aux peuples courageux. » Cette assemblée, en prenant en considération notre projet, servira courageusement l'intérêt bien compris des locataires, des propriétaires et de la nation tout entière. (*Applaudissements sur les bancs des socialistes et des communistes.*)

LA FORMATION DU CONTRAT DE BAIL

DOCUMENTS	FORME	MENTIONS	MOMENT
Fiche de renseignement (art. 62)	écrit (V. D. en Conseil d'Etat)	– localisation, consistance, éléments de confort du logement. – durée du contrat, montant du loyer, des charges locatives de l'année précédente : estimation des charges futures.	lors de toute proposition de conclusion d'un contrat de location à personne déterminée.
Contrat (art. 3)	écrit : – sous sein privé (autant d'originaux que le locataire + 1 pour le bailleur). – notarié avec le même nombre d'expéditions.	– consistance de la chose – désignation des locaux et équipements privatifs. – énumération des parties et équipements communs. – destination de la chose. – prix et termes du loyer. – règles et dates de révision éventuelle du loyer. – durée du contrat à partir de sa date d'effet (à préciser). – montant de l'éventuel dépôt de garantie.	
Annexes	écrit remis au locataire	– copies de la dernière quittance (anonyme) du locataire précédent et de l'état des lieux établi à son départ. – extraits du règlement de copropriété (destination de l'immeuble, jouissance des parties privatives et communes, quote-part des charges). – copie de l'accord collectif de l'art. 28 (accord de bâtiment ou de patrimoine). – copie du contrat d'amélioration.	conclusion du contrat
Etat des lieux (art. 21) joint au contrat	écrit établi contradictoirement par les parties. A défaut, exploit d'huissier.	– description détaillée des lieux et de leur état. – complément relatif au chauffage, à la demande du locataire.	– remise des clés – premier mois de la première période de chauffe.
Notice d'utilisation et d'entretien des éléments d'équipement (art. 63).	écrit (V. arr. du ministre chargé de la construction).	V. notice-type agréée par le ministre.	mise à disposition du bien au locataire.
Règlement intérieur (art. 44, al. 2 et 64).	écrit : – affiché. – remis au locataire (copie sur sa demande).	libre contenu, *mais* – détermination par accord collectif. – prohibition des amendes (art. 27).	affichage permanent. Copie à la demande du locataire.

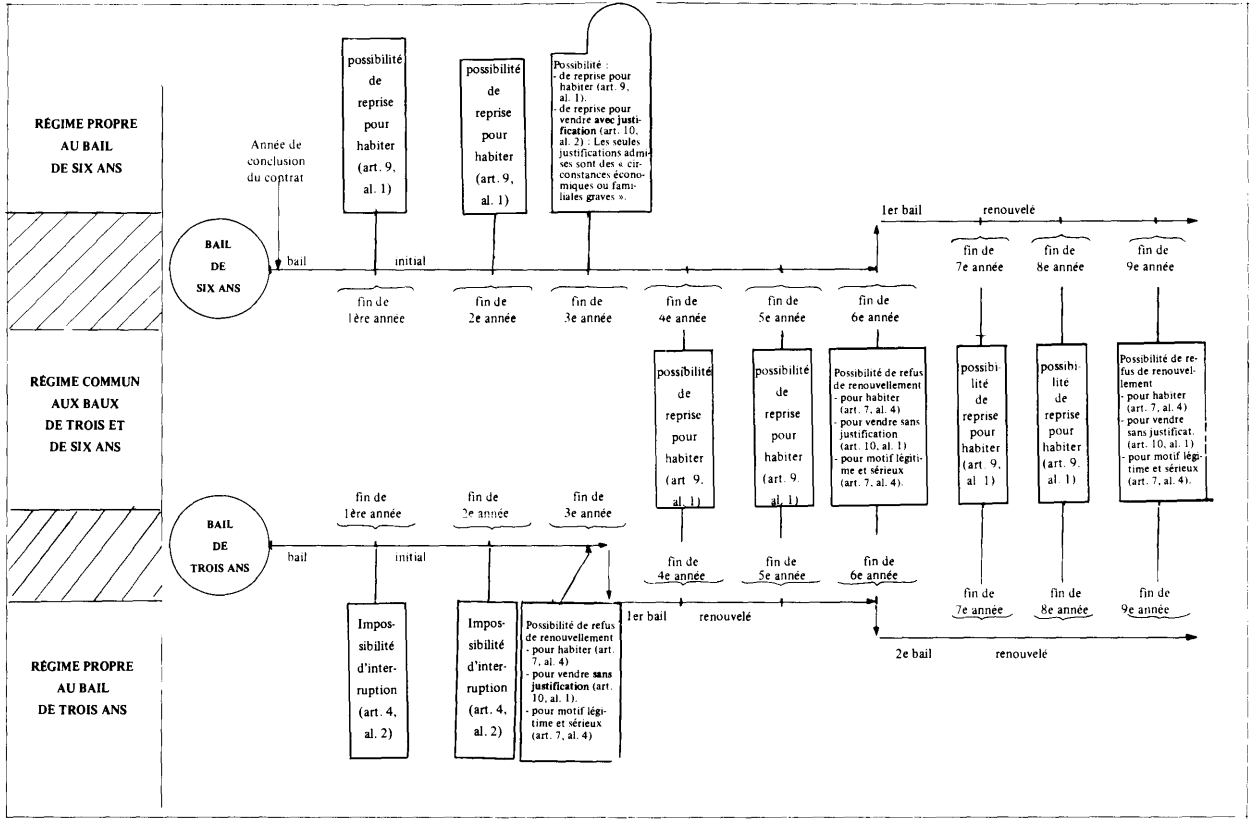
N.B. : Les sanctions des diverses règles ici indiquées ne sont pas clairement précisées par la loi. Il faut seulement relever l'exclusion de la présomption de l'article 1731 du Code civil. Pour ce qui est de la forme et du contenu du contrat proprement dit, rien n'indique que la nullité soit encourue. « Chaque partie doit accepter, à tout moment, d'établir un contrat conforme aux dispositions » de l'article 3. Dans l'ensemble, il est permis de penser que l'allocation de dommages-intérêts en cas de préjudice établi sera la sanction la plus adéquate ; seul le locataire serait d'ailleurs fondé à agir en cas de manquement à l'article 3.
La plus grande difficulté consistera à trouver une solution en cas de désaccord des parties ne parvenant pas à établir un contrat conforme aux exigences légales. Chaque fois que celles-ci imposeront de préciser certains points laissés dans l'ombre par le contrat, la durée par exemple lorsque le bail aura été conclu à durée indéterminée, le juge sera désarmé et sa décision ne pourra évidemment tenir lieu de contrat.

RÉSILIATION ET REFUS DE RENOUVELLEMENT*

Régime de congé / Hypothèses de congé	Auteur du congé	Durée du bail	Motifs du congé	Qualité de l'auteur du congé	Conditions préalables	Epoque du congé	Conditions relatives au congé	Contrôle judiciaire des motifs
RÉSILIATION	BAILLEUR	6 ans	Reprise pour habiter ou faire habiter sa famille.	– Bailleur personne physique. – Membres d'une société destinée à la construction ou acquisition d'immeubles *(art. 12, al. 1)*.	– Clause expresse du contrat autorisant la résiliation. Installation dans le délai de 6 mois à l'expiration du congé et pour une durée minimum de 2 ans.	Au terme de chaque année du contrat. (Sauf convention contraire applicable à l'expiration de la première année).	– Congé motivé à peine de nullité. Indication du lien de parenté, nom et adresse du bénéficiaire de la reprise. – Préavis de 3 mois.	Contrôle de la seule réalité des motifs.
			Vente du local.	– Indivision ou société civile constituée entre parents et alliés jusqu'au 4e degré inclus *(art. 12, al. 2 et 3)*.	Circonstances économiques et familiales graves justifiant la vente du local.	A l'issue de chaque période de 3 ans.	– Congé motivé à peine de nullité. – Préavis de 3 mois.	Appréciation de la gravité des circonstances économiques ou familiales justifiant la vente du local.
			(Résiliation judiciaire).					Appréciation de la gravité de l'inexécution. Prise considération de la bonne foi et des moyens d'existence du locataire (art. 26)
		3 ans	(Résiliation judiciaire).					Idem
	LOCATAIRE	indifférente	– soit, raisons financières, personnelles, familiales, professionnelles ou de santé.	Personne physique ou morale.		A tout moment.	Congé motivé à peine de nullité. Préavis de 3 mois, réduit à 1 mois en cas de mutation ou perte d'emploi.	Appréciation de la réalité des raisons.
			– soit, motif indifférent (liberté).			Au terme de chaque année du contrat.	Congé adressé au bailleur avec un préavis de 3 mois, réduit à 1 mois en cas de mutation ou perte d'emploi.	
REFUS DE RENOUVELLEMENT	BAILLEUR	indifférente	– Vente du local. – Reprise pour habiter ou pour faire habiter sa famille. – Motif sérieux et légitime (inexécution des obligations du locataire).	Personne physique ou morale.	N.B. : ces règles ne s'appliquent qu'en présence d'un locataire personne physique).	A l'expiration du contrat initial ou de chaque période de renouvellement.	– Congé motivé à peine de nullité. Vaut offre de vente lorsque le bailleur désire vendre le local. – Préavis de 3 mois.	– Vente du local et reprise pour habiter : cause péremptoire de non-renouvellement. Contrôle de la seule réalité des motifs. – Appréciation judiciaire du motif sérieux et légitime.
	LOCATAIRE	indifférente	Motifs indifférents (liberté totale).	Personne physique ou morale.		Liberté totale.	Congé avec préavis de 3 mois ou de 1 mois en cas de circonstances particulières.	

* déjà publié, in *Bullet. Loyers*, juillet 1972, n° 7 et *J.C.P.* (N), 1982, I, p. 197.

BAIL DE TROIS ANS OU BAIL DE SIX ANS : LEQUEL CHOISIR ?



– BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE DE LA LOI DU 22 JUIN 1982* –

OUVRAGE :

J. HUGOT, H. THUILLIER, D. LEPELTIER, *Locataires et propriétaires*, Loi Quilliot commentée, Litec, 1982.

ARTICLES :

F. AFTALION, « Il n'y a pas de droit à l'habitat », *La nouvelle Lettre*, 1982, n° 12.

P. BERTRAN de BALANDA, « A propos de la loi n° 82-526 du 22 juin 1982 relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs », *Publications commerciales*, 11 et 25 septembre 1982.

M. de BELOT et J. LEGRAND, « Commentaires de la loi « Quillot », *Gaz. Pal*, 1er au 7 août 1982.

J.-P. CORDELIER et B. BOUSSAGEON, « Locaux d'habitation et mixtes », *Act. jur. prop. immob.*, 1982, pp. 575, 641 et 661.

M. DOYON, « Loi relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs », *Inf. Rap. Coprop.*, 1982, p. 117.

R. ESCAICH, « La loi du 22 juin 1982 relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs », *Petites Affiches*, 1982, n° 86.

J. GARELLO, « La vague de fond », *La nouvelle Lettre*, 1982, n° 12.

J. LACHAUD, « Loi Quilliot et statut du fermage », *Gaz. Pal.*, 8-9 septembre 1982.

A. LASSAUBATJEU-ANDRÉ, « Le nouveau régime des baux d'habitation... », *Rép. Defrénois*, 1982, I, art. 32928, pp. 1 185 à 1 224.

H. LEPAGE, « Faut-il empêcher la spéculation ? », *La nouvelle Lettre*, 1982, n° 12.

G. MESMIN, « La loi Quilliot, une loi anti-sociale », *LEPS*, 1982, n° 43, pp. 21 et s.

J.-J. PREA, « Conférence sur la loi Quilliot », *J.C.P.* (N), 1982, Prat., n° 8 361, p. 409.

S. de la MARNIERRE, « Bail à loyer de locaux d'habitation et professionnel - Loi du 22 juin 1982 », *Journ. Not.*, 1982, art. 56 829, p. 1 240.

R. SAINT-ALARY, « Le droit à l'habitat et les nouvelles relations entre propriétaires et locataires (Loi n° 82-526 du 22 juin 1982) », *D.S.*, 1982, chr. XXXVI, p. 239.

M. VION, « Champ d'application et entrée en vigueur du nouveau statut des rapports locatifs », *Rép. Not. Defrénois*, 1982, art. 32 917, p. 1 105.

*** « Propriétaires et locataires, votre nouveau contrat de location », *Le Particulier*, septembre 1982, p. 3.

* à jour du 8 octobre 1982.

— 5 —

LOI n° 82-526 du 22 juin 1982
relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs (1).

(*Journal officiel* du 23 juin 1982.)

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

TITRE Ier

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Art. 1er. — Le droit à l'habitat est un droit fondamental ; il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent.

L'exercice de ce droit implique la liberté de choix pour toute personne de son mode d'habitation et de sa localisation grâce au maintien et au développement d'un secteur locatif et d'un secteur d'accession à la propriété ouverts à toutes les catégories sociales.

Les droits et obligations réciproques des bailleurs et des locataires doivent être équilibrés, dans leurs relations individuelles comme dans leurs relations collectives.

Art. 2. — Les dispositions de la présente loi sont d'ordre public. Elles s'appliquent aux locations de locaux à usage d'habitation ou à usage mixte professionnel et d'habitation, ainsi qu'aux garages, places de stationnement, jardins et autres locaux, loués accessoirement au local principal par le même bailleur.

Elles ne s'appliquent pas :

— aux locaux meublés dont les bailleurs exercent la profession de loueur en meublé définie par la loi n° 49-458 du 2 avril 1949 accordant le bénéfice du maintien dans les lieux à certains clients des hôtels, pensions de famille et meublés ;

— aux logements attribués en raison de l'exercice d'une fonction ou de l'exécution d'un contrat de travail ;

— aux logements-foyers régis par la loi n° 75-535 du 30 juin 1975, relative aux institutions sociales et médico-sociales, et à ceux accueillant à titre principal des travailleurs migrants ;

— aux locations consenties dans le cadre d'un contrat constituant un mode d'accession à la propriété ;

— aux locations à caractère saisonnier ;

— aux locations de chambres meublées faisant partie du logement occupé par le bailleur ou, en cas de sous-location, par le locataire principal.

TITRE II

DU CONTRAT DE LOCATION

Art. 3. — Le contrat de location est établi par acte notarié ou sous seing privé. Le contrat sous seing privé est fait en deux originaux au moins dont un est remis à chaque partie ; en cas d'acte notarié, une expédition est délivrée à chaque partie ; s'il y a plusieurs locataires, chacun d'eux reçoit un original ou une expédition.

Le contrat de location doit comporter :

— la consistance de la chose louée ;

— la désignation des locaux et équipements dont le locataire a la jouissance exclusive ;

— l'énumération des parties, équipements et accessoires de l'immeuble qui font l'objet d'un usage commun ;

— la destination de la chose louée ;

— le prix et les termes de paiement du loyer ;

— les règles et la date de révision du loyer, si celle-ci est prévue ;

— la date d'effet du contrat et sa durée ;

— le montant du dépôt de garantie, si celui-ci est prévu.

Lorsque le local fait l'objet d'un contrat de prêt conclu avec le Crédit foncier de France ou la caisse centrale de coopération économique, le contrat de location mentionne la référence du contrat de prêt.

A l'exemplaire qui est remis au locataire doivent être annexées :

— le cas échéant, une copie de la dernière quittance du locataire précédent, ne mentionnant pas le nom de celui-ci, ainsi qu'une copie de l'état des lieux établi lors du départ de ce locataire ;

— lorsque l'immeuble est soumis au statut de la copropriété, une copie des extraits du règlement de copropriété, mis à jour, concernant la destination de l'immeuble, la jouissance et l'usage des parties privatives et communes et précisant la quote-part afférente au lot loué dans chacune des catégories de charges ;

— le cas échéant, une copie de l'accord collectif mentionné à l'article 28 ;

— le cas échéant, une copie du contrat d'amélioration mentionné à l'article 59 ou de l'accord prévu à l'article 61.

Seul le locataire peut se prévaloir de la violation des dispositions du présent article. Chaque partie doit accepter, à tout moment, d'établir un contrat conforme aux dispositions du présent article.

Art. 4. — Le contrat de location est conclu pour une durée au moins égale à six ans à compter de sa date d'effet.

Toutefois, lorsque le propriétaire est une personne physique, le contrat de location peut être conclu pour une durée de trois ans ; dans ce cas, le bailleur ne peut, pendant la durée du contrat initial, exercer le droit de résiliation prévu à l'article 9.

Art. 5. — Lorsque le bailleur personne physique ou son conjoint s'établit hors de France et pour ce qui concerne sa résidence, le contrat de location peut être conclu pour une

---

Loi n° 82-526 TRAVAUX PRÉPARATOIRES (1)

Assemblée nationale :
Projet de loi n° 483 ;
Rapport de M. Bockel, au nom de la commission des lois, n° 684 ;
Discussion les 12, 13, 20, 21, 22, 25 janvier 1982 ;
Adoption le 25 janvier 1982.

Sénat :
Projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, n° 193 (1981-1982) ;
Rapport de M. Pillet, au nom de la commission des lois, n° 239 (1981-1982) ;
Avis de la commission des affaires économiques, n° 240 (1981-1982) ;
Discussion les 20, 21, 22, 23, 27, 28, 29, 30 avril et 4 mai 1982 ;
Adoption le 4 mai 1982.

Assemblée nationale :
Projet de loi, modifié par le Sénat, n° 847 ;
Rapport de M. Bockel, au nom de la commission des lois, n° 852 ;
Discussion et adoption le 11 mai 1982.

Sénat :
Projet de loi, adopté avec modification par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, n° 329 (1981-1982) ;
Rapport de M. Pillet, au nom de la commission des lois, n° 332 (1981-1982) ;
Discussion et adoption le 25 mai 1982.

Assemblée nationale :
Projet de loi, modifié par le Sénat en deuxième lecture, n° 897 ;
Rapport de M. Bockel, au nom de la commission mixte paritaire, n° 920 ;
Discussion et adoption le 9 juin 1982.

Sénat :
Projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale ;
Rapport de M. Pillet, au nom de la commission mixte paritaire, n° 378 (1981-1982) ;
Discussion et adoption le 10 juin 1982.

NOTA. — *Les documents parlementaires indiqués dans les travaux préparatoires rappelés à la fin des textes législatifs sont vendus ou expédiés par la Direction des Journaux officiels, 26, rue Desaix, 75727 PARIS CEDEX 15, au prix de 2 F l'exemplaire ; ne pas régler la commande à l'avance mais attendre d'avoir reçu la facture.*

durée inférieure à l'une ou l'autre de celles prévues à l'article précédent lorsque la durée fixée par les parties se justifie par le retour en France. Ce motif doit être mentionné dans le contrat de location.

Le bailleur peut refuser de renouveler le contrat de location selon les règles prévues à l'article 17. Si le bailleur ne réintègre pas le logement à l'expiration du délai de préavis, le locataire peut se prévaloir des dispositions de la présente loi et notamment de son article 7.

Art. 6. — Le locataire peut résilier le contrat de location au terme de chaque année du contrat, selon les règles prévues à l'article 17.

Il a également la faculté de résilier le contrat, selon les mêmes règles, à tout moment pour des raisons financières personnelles, familiales, professionnelles ou de santé.

Art. 7. — A l'expiration du terme fixé par le contrat de location, celui-ci se renouvelle, pour une période qui ne peut être inférieure à trois ans, au profit du locataire personne physique occupant personnellement les lieux.

Lorsque aucun accord n'a pu intervenir dans les limites prévues par le titre IV entre le bailleur et le locataire pour la fixation du prix du loyer applicable au contrat renouvelé, le bailleur peut fixer le loyer dans lesdites limites.

Le renouvellement n'a point lieu si l'une des parties notifie son refus de renouveler le contrat de location selon les règles prévues à l'article 17.

Le refus du bailleur de renouveler le contrat de location doit être fondé soit sur sa décision de reprendre ou de vendre le logement dans les conditions prévues par la présente loi, soit sur un motif légitime et sérieux, notamment l'inexécution par le locataire de l'une des obligations lui incombant en application de l'article 18.

Art. 8. — En cas de contestation par le locataire du caractère légitime et sérieux du motif du congé, le locataire peut saisir la commission départementale des rapports locatifs dans le délai d'un mois à compter de la réception ou de la notification du congé. La commission départementale des rapports locatifs émet un avis dans un délai de deux mois.

Les parties ne peuvent agir en justice avant d'avoir reçu notification de l'avis de la commission qui doit être joint à la demande en justice. Si la commission n'a pas émis d'avis dans le délai de deux mois, le juge peut être saisi.

La prescription de l'action est interrompue à compter de la saisine de cette commission jusqu'à la notification aux parties de l'avis émis ou l'expiration du délai de deux mois.

Art. 9. — Lorsque le contrat initial de location a été conclu pour une durée au moins égale à six ans, le bailleur personne physique peut, au terme de chaque année du contrat et selon les règles prévues à l'article 17, résilier le contrat de location, à la condition qu'une clause de ce contrat l'y autorise, en vue de reprendre le logement pour l'habiter lui-même ou le faire habiter par son conjoint, ses ascendants, ses descendants ou par ceux de son conjoint. Toutefois, les parties peuvent convenir, aux lieu et place du terme de l'année du contrat, d'une autre date dans l'année pour l'exercice du droit de résiliation en vue de reprendre le logement pendant le cours du contrat initial, sans que cette date puisse être fixée avant le terme de la première année du contrat. Le bénéficiaire de la reprise doit occuper le logement dans les six mois suivant le départ du locataire et pendant une durée qui ne peut être inférieure à deux ans à compter de l'expiration du délai de préavis prévu à l'article 17.

A l'expiration du contrat initial ou du contrat renouvelé, quelle qu'ait été la durée du contrat initial, le bailleur personne physique peut refuser de renouveler le contrat de location en vue de reprendre le logement dans les conditions prévues au présent article.

A l'expiration du délai de préavis, le locataire est déchu de plein droit de tout titre d'occupation sur le logement.

Lors de chaque renouvellement, quelle qu'ait été la durée du contrat initial, le bailleur personne physique peut insérer dans le contrat, s'il ne la contient déjà, une clause autorisant le droit de résiliation du contrat en vue de reprendre le logement dans les conditions prévues au présent article.

Lorsque le bailleur personne physique ou son conjoint est établi hors de France, et pour ce qui concerne sa résidence, le bailleur, si lui-même ou son conjoint est tenu, par suite d'un cas de force majeure, de rentrer en France, peut à tout moment résilier le contrat de location, selon les règles prévues à l'article 17 et à condition qu'une clause de ce contrat l'y autorise, en vue de reprendre le logement pour l'habiter lui-même ou le faire habiter par son conjoint, dans les conditions mentionnées au présent article. Toutefois, la résiliation du contrat de location ne peut intervenir pendant la première année du contrat.

Art. 10. — A l'expiration du contrat initial ou du contrat renouvelé, le bailleur peut, à la seule fin de vendre le logement, ne pas renouveler le contrat de location.

Dans le cas où le contrat est conclu pour une durée égale ou supérieure à six ans, le bailleur personne physique peut, en cas de circonstances économiques ou familiales graves justifiant la vente du local, notifier au locataire, à l'issue de chaque période de trois ans, sa décision de résilier le contrat, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.

Art. 11. — A peine de nullité, le congé notifié en application de l'article 10 doit indiquer le prix et les conditions de la vente projetée. Le congé vaut offre de vente au profit du locataire ; l'offre est valable pendant les deux premiers mois du délai de préavis prévu à l'article 17.

A l'expiration du délai de préavis, le locataire qui n'a pas accepté l'offre de vente est déchu de plein droit de tout titre d'occupation sur le local.

Le locataire qui accepte l'offre ainsi notifiée dispose, à compter de la date d'envoi de sa réponse au bailleur, d'un délai de deux mois pour la réalisation de l'acte de vente. Si, dans sa réponse, il notifie son intention de recourir à un prêt, l'acceptation par le locataire de l'offre de vente est subordonnée à l'obtention du prêt et le délai de réalisation de la vente est porté à quatre mois. Le contrat de location est prorogé jusqu'à l'expiration du délai de réalisation de la vente. Si, à l'expiration de ce délai, la vente n'a pas été réalisée, l'acceptation de l'offre de vente est nulle de plein droit et le locataire est déchu de plein droit de tout titre d'occupation.

Lorsque le bien a été vendu à un tiers, à des conditions ou à un prix plus avantageux pour l'acquéreur que ceux prévus dans l'offre de vente, le locataire qui n'avait pas accepté cette offre a la faculté de se substituer à l'acquéreur pendant le délai d'un mois à compter de la notification du contrat de vente, qui doit être faite à la diligence du notaire ayant reçu l'acte.

Les termes des alinéas précédents sont reproduits, à peine de nullité, dans chaque notification.

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux actes intervenant entre parents jusqu'au troisième degré inclus, sous la condition que l'acquéreur occupe le logement pendant le délai prévu à l'article 9, ni aux actes portant sur les immeubles mentionnés au deuxième alinéa de l'article 1er de la loi n° 53-286 du 4 avril 1953.

Art. 12. — Les dispositions des articles 4, deuxième alinéa, 5, 9 et 10, deuxième alinéa, peuvent être invoquées, pour le local auquel il a vocation, par l'associé d'une société ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'immeubles en vue de leur division par fractions destinées à être attribuées aux associés en propriété ou en jouissance.

Lorsque le bailleur est une société civile constituée exclusivement entre parents et alliés jusqu'au quatrième degré inclus, la société peut invoquer le bénéfice des dispositions des articles 4, deuxième alinéa, 5 et 10, deuxième alinéa ; la société peut également exercer au profit de l'un des associés le droit de résiliation prévu à l'article 9.

Lorsque le logement est en indivision, les membres de l'indivision peuvent également invoquer les dispositions de ces articles.

Art. 13. — Lors de la vente du logement, le vendeur est tenu de communiquer à l'acquéreur en annexe à l'acte de vente le montant du dernier loyer pratiqué.

Art. 14. — Le droit de résiliation et le droit de non-renouvellement du contrat de location, prévus aux articles 9 et 10 de la présente loi, ne peuvent être exercés à l'égard de tout locataire âgé de plus de soixante-dix ans et dont les ressources annuelles sont inférieures à une fois et demie le montant annuel du salaire minimum de croissance, sans qu'un logement corres-

pondant à ses besoins et à ses possibilités ne lui soit offert dans les limites géographiques prévues à l'article 13 *bis* de la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement.

L'âge du locataire et le montant de ses ressources sont appréciés à la date de la notification du congé.

Toutefois, les dispositions du premier alinéa ne sont pas applicables lorsque le bailleur est une personne physique âgée de plus de soixante ans à la date de la notification du congé.

Art. 15. — Le locataire n'a le droit ni de céder le contrat de location ni de sous-louer, sauf accord exprès et écrit du bailleur.

Les dispositions des articles 4, 6 et 7 ne sont pas applicables au contrat de sous-location ; toutefois, celui-ci doit être conclu pour une durée égale à celle restant à courir pour le contrat de location du locataire principal. Le contrat de sous-location est renouvelé à la demande du sous-locataire dans les mêmes conditions que celles du contrat de location et jusqu'au terme de celui-ci ; le sous-locataire ne peut non plus invoquer le bénéfice des dispositions des articles 10 et 11.

Le prix du loyer par mètre carré de surface habitable des locaux sous-loués ne peut excéder celui payé par le locataire principal.

Art. 16. — En cas d'abandon du domicile par le locataire, le contrat de location continue, sans préjudice de l'application des dispositions de l'article 1751 du code civil, au profit de ses ascendants, de ses descendants, du concubin notoire ou des personnes à charge, qui vivaient effectivement avec lui depuis au moins un an à la date de l'abandon de domicile.

Lors du décès du locataire, sans préjudice de l'application des dispositions de l'article 832, sixième et septième alinéa, du code civil, le contrat de location est transféré aux ascendants, descendants, concubin notoire ou personnes à charge, qui vivaient effectivement avec lui depuis au moins un an à la date du décès.

En cas de demandes multiples, le juge se prononce en fonction des intérêts en présence.

A défaut de personnes remplissant les conditions prévues au présent article, le contrat de location est résolu, de plein droit, par le décès du locataire.

Art. 17. — Le congé est notifié au bailleur ou au locataire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou signifié par acte d'huissier de justice.

Le délai de préavis est de trois mois ; toutefois, en cas de mutation ou de perte d'emploi, le locataire peut notifier son congé au bailleur en observant un délai de préavis réduit à un mois. Le délai de préavis court à compter du premier jour du mois suivant la réception de la lettre recommandée ou la signification de l'acte d'huissier.

A peine de nullité, le congé notifié par le bailleur ou celui notifié par le locataire en application de l'article 6, second alinéa, indique le motif allégué ; lorsqu'il est donné dans les conditions prévues à l'article 9, le congé doit en outre mentionner les nom, prénoms et adresse du bénéficiaire de la reprise ainsi que le lien de parenté avec le bailleur ou son conjoint.

La notification du congé par le bailleur dans les conditions prévues à l'article 9 ne fait pas obstacle à la prorogation du contrat de location, par accord exprès entre les parties pour une durée déterminée et non renouvelable qui ne peut excéder un an.

Pendant le délai de préavis, le locataire n'est redevable du loyer et des charges que pour le temps où il a occupé réellement les lieux si le congé a été notifié par le bailleur. Il est redevable du loyer et des charges concernant tout le délai de préavis si c'est lui qui a notifié le congé, sauf si le logement se trouve occupé avant la fin du préavis par un autre locataire en accord avec le bailleur.

Art. 18. — Le locataire est tenu des obligations principales suivantes :

— de payer le loyer et les charges récupérables, dûment justifiées, aux termes convenus ; le paiement mensuel est de droit lorsque le locataire en a fait la demande ;

— d'user paisiblement de la chose louée suivant la destination qui lui a été donnée par le contrat de location ;

— de répondre des dégradations et pertes qui surviennent pendant la durée du contrat dans les locaux dont il a la jouissance exclusive, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu par cas de force majeure, par faute du bailleur ou par le fait d'un tiers qu'il n'a pas introduit dans le logement ;

— de prendre à sa charge l'entretien courant du logement et des équipements mentionnés au contrat, les menues réparations et l'ensemble des réparations locatives définies par décret en Conseil d'Etat, sauf si elles sont occasionnées par vétusté, malfaçon, vice de construction, cas fortuit ou force majeure ;

— de ne pas transformer sans l'accord exprès et écrit du bailleur les locaux loués et leurs équipements ; le bailleur peut, si le locataire a méconnu cette obligation, exiger la remise en l'état des locaux ou des équipements au départ du locataire ou conserver les transformations effectuées sans que le locataire puisse réclamer une indemnité pour les frais engagés ; le bailleur a toutefois la faculté d'exiger aux frais du locataire la remise immédiate des lieux en l'état lorsque les transformations mettent en péril le bon fonctionnement des équipements ou la sécurité du local ;

— de souffrir la réalisation par le bailleur des réparations urgentes et qui ne peuvent être différées jusqu'à la fin du contrat de location, sans préjudice de l'application des dispositions de l'article 1724 du code civil ;

— de s'assurer contre les risques dont il doit répondre en vertu de la loi en sa qualité de locataire.

Art. 19. — Le bailleur est tenu des obligations principales suivantes :

— de délivrer au locataire le logement en bon état de réparations de toute espèce et les équipements mentionnés au contrat de location en bon état de fonctionnement ;

— d'assurer la jouissance paisible du logement et de garantir le locataire contre les vices ou défauts, qui en empêchent l'usage, quand même il ne les aurait pas connus lors de la conclusion du contrat de location, sans préjudice de l'application du second alinéa de l'article 1721 du code civil ;

— d'entretenir les locaux en état de servir à l'usage prévu par le contrat et d'y faire toutes les réparations nécessaires autres que locatives ;

— de ne pas s'opposer aux aménagements réalisés par le locataire, dès lors que ceux-ci ne constituent pas une transformation de la chose louée.

Art. 20. — Lorsque le locataire en fait la demande, le bailleur est tenu de remettre une quittance gratuitement, sous réserve des droits de quittance. Dans tous les cas où le locataire effectue un paiement partiel, le bailleur est tenu de délivrer un reçu.

La quittance ou le reçu portent le détail des sommes versées par le locataire, distinguant le loyer, le droit de bail et les autres charges et mentionnent l'imputation que le locataire a déclaré donner au paiement effectué, conformément à l'article 1253 du code civil.

Art. 21. — Un état des lieux est établi contradictoirement par les parties, lors de la remise des clés au locataire et lors de la restitution de celles-ci.

A défaut, et huit jours après la mise en demeure restée sans effet, l'état des lieux est établi par huissier de justice à l'initiative de la partie la plus diligente, l'autre partie dûment appelée.

Pendant le premier mois de la première période de chauffe, le locataire peut demander que l'état des lieux soit complété pour ce qui concerne les éléments de chauffage.

Un exemplaire de l'état des lieux est remis à chaque partie pour être joint au contrat de location.

Dans le cas où l'état des lieux est établi par huissier de justice, les frais sont supportés par moitié par les deux parties.

S'il n'a pas été fait d'état des lieux lors de la remise des clés au locataire, la présomption établie par l'article 1731 du code civil ne s'applique pas.

Art. 22. — Lorsqu'un dépôt de garantie est prévu par le contrat de location pour garantir l'exécution par le locataire de ses obligations locatives, il ne peut être supérieur à deux mois de loyer en principal. Un dépôt de garantie ne peut être prévu lorsque le loyer est payable d'avance pour une période

supérieure à deux mois ; toutefois, si le locataire demande le bénéfice du paiement mensuel du loyer, par application de l'article 18, deuxième alinéa, le bailleur peut exiger un dépôt de garantie.

Il est restitué dans un délai maximum de deux mois à compter du départ du locataire, déduction faite, le cas échéant, des sommes restant dues au bailleur et des sommes dont celui-ci pourrait être tenu aux lieu et place du locataire, sous réserve qu'elles soient dûment justifiées.

Le montant du dépôt de garantie ne peut faire l'objet d'une révision ni au cours du contrat de location ni lors du renouvellement de ce contrat.

A défaut de restitution dans le délai prévu, le solde du dépôt de garantie restant dû au locataire après arrêté des comptes produira intérêt au taux légal au profit du locataire.

Art. 23. — Les charges récupérables, sommes accessoires au loyer principal, sont exigibles en contrepartie :

— des services rendus liés à l'usage des différents éléments de la chose louée ;

— des dépenses d'entretien courant et des menues réparations sur les éléments d'usage commun de la chose louée, qui ne sont pas la conséquence d'une erreur de conception ou d'un vice de réalisation ;

— du droit de bail et des taxes locatives qui correspondent à des services dont le locataire profite directement.

La liste de ces charges est fixée par décret en Conseil d'Etat, sans préjudice des dispositions de l'article L. 442-3 du code de la construction et de l'habitation et de l'article 10 de la loi n° 81-1161 du 30 décembre 1981 relative à la modération des loyers.

Art. 24. — Les charges récupérables sont exigibles sur justification.

Elles peuvent donner lieu au versement de provisions qui doivent faire l'objet d'une régularisation annuelle. Toute modification du montant d'une provision doit être accompagnée de la communication des résultats arrêtés lors de la précédente régularisation et d'un état prévisionnel des dépenses.

Un mois avant l'échéance de la demande de paiement ou de la régularisation annuelle, le bailleur adresse au locataire un décompte par catégorie de charges ainsi que, dans les immeubles collectifs, le mode de répartition entre tous les locataires de ce bailleur.

Dans les immeubles soumis au statut de la copropriété, le syndic est tenu de mettre à la disposition des copropriétaires bailleurs les informations mentionnées au précédent alinéa avant l'ouverture du délai prévu audit alinéa, à charge pour eux de les porter à la connaissance de leurs locataires.

Pendant le mois suivant la notification du décompte prévu au troisième alinéa ci-dessus, les pièces justificatives, notamment les factures, les contrats de fournitures et d'exploitation en cours et leurs avenants, ainsi que la quantité consommée et le prix unitaire de chacune des catégories de charges pour le bâtiment ou l'ensemble de bâtiments d'habitation concernés sont tenus à la disposition des locataires par le bailleur, ou, dans les immeubles soumis au statut de la copropriété, par le syndic.

Art. 25. — Toute clause prévoyant la résiliation de plein droit du contrat de location pour défaut de paiement du loyer ou des charges dûment justifiées aux termes convenus ou pour non-versement du dépôt de garantie ne produit effet qu'un mois après un commandement de payer demeuré infructueux.

Le juge statuant en la forme des référés, saisi par le locataire, à peine de forclusion, avant l'expiration du délai prévu à l'alinéa précédent, peut, en considération des situations économiques des parties, accorder des délais de paiement renouvelables qui ne peuvent excéder deux ans à compter de la décision qui a suspendu les effets de la clause. L'ordonnance du juge détermine les modalités de règlement des loyers et des charges impayés.

La même faculté est ouverte au juge dans le cadre d'une action en résiliation du contrat fondée sur le non-paiement du loyer ou des charges.

Les effets de la clause de résiliation de plein droit sont suspendus pendant le cours des délais ainsi octroyés. Si le locataire se libère selon les délais et modalités fixés par le juge, la clause de résiliation est réputée n'avoir jamais joué ; dans le cas contraire, la clause de résiliation de plein droit reprend ses effets.

Les délais et modalités de paiement ainsi accordés ne peuvent suspendre l'exécution du contrat de location et notamment le paiement du loyer et des charges dûment justifiées.

Le commandement de payer reproduit, à peine de nullité, en caractères très apparents, les dispositions du présent article.

Art. 26. — Une loi ultérieure fixera les conditions dans lesquelles le juge pourrait rejeter toute demande tendant à faire constater ou à prononcer la résiliation du contrat de location pour défaut de paiement du loyer ou des charges, si le locataire de bonne foi se trouve privé de moyens d'existence. Cette loi déterminera notamment les règles d'indemnisation du bailleur, les ressources affectées à cette indemnisation et les modalités du relogement éventuel du locataire.

Art. 27. — Est réputée non écrite toute clause :

— qui oblige le locataire, en vue de la vente ou de la location du local loué, à laisser visiter celui-ci les jours fériés ou plus de deux heures les jours ouvrables ;

— par laquelle le locataire est obligé de souscrire une assurance auprès d'une compagnie choisie par le bailleur ;

— qui prévoit l'ordre de prélèvement automatique comme unique mode de paiement du loyer ou qui impose au locataire la signature par avance de traites ou de billets à ordre ;

— par laquelle le locataire autorise le bailleur à prélever ou à faire prélever les loyers directement sur son salaire dans la limite cessible ;

— qui prévoit la responsabilité collective des locataires en cas de dégradation d'un élément commun de la chose louée ;

— par laquelle le locataire s'engage par avance à des remboursements sur la base d'une estimation faite unilatéralement par le bailleur au titre des réparations locatives ;

— qui autorise le bailleur à diminuer ou à supprimer des prestations stipulées au contrat sans prévoir la diminution correspondante du loyer et des charges et, le cas échéant, une indemnisation ;

— qui prévoit la résiliation de plein droit du contrat en cas d'inexécution des obligations du locataire pour un motif autre que le non-paiement du loyer ou des charges dûment justifiées ;

— qui autorise le bailleur à percevoir des amendes en cas d'infractions aux clauses d'un contrat de location ou d'un règlement intérieur d'immeuble ;

— qui interdit au locataire l'exercice, dans le respect de ses obligations principales, d'une activité politique, syndicale, associative ou confessionnelle.

TITRE III

De l'organisation des rapports collectifs de location

Art. 28. — Des accords collectifs de location portant sur un ou plusieurs des objets mentionnés à l'article 44 peuvent être conclus entre un ou plusieurs bailleurs et une ou plusieurs associations mentionnées à l'article 29, soit pour un bâtiment d'habitation comportant au moins six logements locatifs, soit pour tout ou partie du patrimoine immobilier d'un bailleur personne morale.

Un accord conclu pour un bâtiment d'habitation lie chaque bailleur et l'ensemble des locataires dès lors que les associations signataires groupent les sept douzièmes de ces derniers ou que les sept douzièmes de ces derniers ont adhéré par écrit à l'accord. Les clauses de cet accord s'appliquent également au nouveau locataire.

Un accord conclu pour tout ou partie du patrimoine immobilier lie le bailleur et l'ensemble de ses locataires dès lors qu'il a été conclu par les sept douzièmes des associations en nombre au moins égal à deux et que ces associations sont représentatives au sens du quatrième alinéa de l'article 29 au niveau de tout ou partie du patrimoine ou bien dès lors qu'il a été conclu par une association regroupant 20 p. 100 des locataires concernés par l'accord.

Préalablement à la signature de tels accords, les bailleurs et les locataires, lorsqu'ils sont membres d'une association, sont tenus de s'informer réciproquement de l'existence éventuelle

d'accords portant sur le même objet et conclus au plan départemental ou national. Dès leur signature, le bailleur adresse aux locataires copie desdits accords.

Dans les immeubles soumis au statut de la copropriété, les clauses du règlement de copropriété l'emportent sur toutes stipulations des accords collectifs qui leur sont contraires.

Art. 29. — Les bailleurs et les gestionnaires sont tenus de reconnaître comme interlocuteurs :

— les associations déclarées regroupant des locataires du bâtiment ou de l'ensemble de bâtiments et affiliées à une organisation siégeant à la commission nationale des rapports locatifs ;

— les associations déclarées ayant pour objet exclusif la représentation des locataires d'un même bâtiment ou ensemble de bâtiments lorsque le nombre des adhérents de chacune d'entre elles représente au moins 10 p. 100 des locataires du bâtiment ou de l'ensemble des bâtiments sans que le nombre de ces locataires puisse être inférieur à trois ;

— les associations déclarées regroupant des locataires de tout ou partie du patrimoine immobilier d'un même bailleur, lorsque le nombre des adhérents de chacune d'entre elles représente au moins 10 p. 100 des locataires de tout ou partie de ce patrimoine immobilier sans que le nombre de ces locataires puisse être inférieur à trois.

Dans le cas où aucune association ne répond aux conditions prévues par les alinéas 2 à 4, le bailleur peut, à la demande des locataires, procéder à des élections au suffrage universel direct pour la désignation de représentants des locataires. La durée de leur mandat est fixée à un an.

Art. 30. — Chacune des associations mentionnées à l'article 29 notifie au bailleur et, le cas échéant, au gestionnaire, et, dans les immeubles soumis au statut de la copropriété, au syndic, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, le nom de ses représentants statutaires dont le nombre ne peut être supérieur à trois ou, dans les bâtiments d'habitation ou les ensembles de bâtiments d'habitation qui comportent plus de 200 logements locatifs, à cinq. Les représentants statutaires devront être choisis parmi les locataires du bâtiment d'habitation ou de l'ensemble de bâtiments d'habitation.

Art. 31. — Les représentants statutaires des associations mentionnées à l'article 29 sont consultés, sur leur demande, au moins une fois par trimestre, sur les différents aspects de la gestion du bâtiment ou de l'ensemble des bâtiments. Ils peuvent être assistés par un représentant de l'organisation départementale ou nationale à laquelle leur association est affiliée.

Le bailleur ou, en cas de copropriété, le syndic est tenu de mettre à la disposition desdits représentants les documents, notamment factures et contrats de fournitures et d'exploitation, servant à la détermination des charges locatives.

Dans chaque bâtiment d'habitation, un panneau d'affichage doit être mis à la disposition des associations, pour leurs communications portant sur le logement et l'habitat, dans un lieu de passage des locataires.

Art. 32. — Dans les immeubles soumis au statut de la copropriété et sans préjudice des dispositions de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, les représentants statutaires des associations déclarées, représentant les locataires du bâtiment d'habitation ou de l'ensemble de bâtiments d'habitation, peuvent assister à l'assemblée générale de copropriété et formuler des observations sur les questions inscrites à l'ordre du jour de l'assemblée générale.

Le syndic de la copropriété informe les représentants statutaires, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, et les locataires, par voie d'affichage, de la date, de l'heure, du lieu et de l'ordre du jour de l'assemblée générale.

Art. 33. — Tout congé notifié à un représentant statutaire d'association de locataires visée à l'article 29 ou à l'article 36, pendant la durée de son mandat et les six mois qui suivent, doit être soumis pour avis, préalablement à son exécution, à la commission départementale des rapports locatifs.

Dans ce cas, la commission départementale des rapports locatifs émet un avis dans un délai de deux mois. Les parties ne peuvent agir en justice avant d'avoir reçu notification de l'avis de la commission qui doit être joint à la demande en justice. Si la commission n'a pas formulé un avis dans le délai de deux mois, le juge peut être saisi. La prescription de l'action est interrompue à compter de la saisine de la commission départementale jusqu'à la notification aux parties de l'avis de ladite commission ou l'expiration du délai de deux mois.

Art. 34. — Il est créé, auprès du représentant de l'Etat, dans chaque département, une commission départementale des rapports locatifs.

Elle est composée notamment de représentants des organisations départementales de bailleurs, de locataires et de gestionnaires, qu'elles soient ou non affiliées à une organisation représentative au niveau national.

Au sein de chaque commission départementale des rapports locatifs, une formation de conciliation, composée de bailleurs et de locataires en nombre égal, est compétente pour l'application des articles 8, 33 et 57.

Un décret en Conseil d'Etat fixe la composition, le mode de désignation et le fonctionnement de la commission départementale.

Art. 35. — Une commission nationale des rapports locatifs est instituée auprès du ministre chargé de la construction et de l'habitation.

Elle a pour mission générale de promouvoir l'amélioration des rapports entre bailleurs et locataires.

Elle comprend notamment des représentants des organisations représentatives au plan national de bailleurs, de locataires et de gestionnaires. Sa composition, le mode de désignation de ses membres, son organisation et ses règles de fonctionnement sont fixés par décret en Conseil d'Etat.

Art. 36. — La représentativité au niveau national et départemental des organisations de bailleurs et des organisations de gestionnaires est appréciée d'après les critères suivants :

— nombre de leurs adhérents et nombre des logements détenus ou gérés par leurs adhérents ;

— montant global des cotisations ;

— indépendance, expérience et activité de l'association dans le domaine du logement.

La représentativité des organisations de locataires est appréciée d'après les critères suivants :

— nombre et répartition géographique de leurs adhérents ;

— montant global des cotisations ;

— indépendance, expérience et activité de l'association dans le domaine du logement.

Art. 37. — Des accords collectifs de location sont négociés, dans le cadre d'un ou plusieurs secteurs locatifs, au sein de la commission nationale des rapports locatifs ou de chaque commission départementale des rapports locatifs, et conclus, pour un même secteur locatif, entre une ou plusieurs organisations de bailleurs et de locataires, représentées à la commission nationale, ou entre une ou plusieurs organisations départementales de bailleurs et de locataires, représentées à la commission départementale.

Les accords ainsi conclus s'imposent aux organisations signataires et aux adhérents de ces organisations.

Les secteurs locatifs sont les suivants :

— logements appartenant aux organismes d'habitation à loyer modéré, ainsi que ceux appartenant aux collectivités locales et gérés par lesdits organismes ;

— logements appartenant aux sociétés d'économie mixte et aux sociétés immobilières à participation majoritaire de la caisse des dépôts et consignations, logements appartenant à l'Etat, aux collectivités locales ainsi qu'aux établissements publics autres que ceux mentionnés à l'alinéa ci-dessous et logements appartenant à des bailleurs personnes morales à vocation sociale définis par décret en Conseil d'Etat ;

— logements appartenant aux entreprises d'assurances, aux sociétés immobilières créées en application de l'ordonnance n° 58-876 du 24 septembre 1958 relative aux sociétés immobilières conventionnées, aux sociétés immobilières d'investissement créées en application de la loi n° 63-254 du 15 mars 1963 portant réforme de l'enregistrement, du timbre et de la fiscalité immobilière, aux établissements bancaires et de crédit et aux filiales de ces organismes autres que celles mentionnées aux deux alinéas ci-dessus ;

— logements appartenant aux autres catégories de bailleurs.

Art. 38. — Les accords collectifs de location prévus par les articles 28 et 37 de la présente loi doivent être écrits à peine de nullité.

Art. 39. — Les accords collectifs de location prévus par les articles 28 et 37 de la présente loi sont conclus pour une durée déterminée ou indéterminée. Quand ils sont conclus pour une durée déterminée, cette durée ne peut être supérieure à trois ans.

A défaut de stipulation contraire, l'accord à durée déterminée qui arrive à expiration continue à produire ses effets comme un accord à durée indéterminée.

Les accords à durée indéterminée peuvent cesser par la volonté de l'une des parties.

Les accords doivent prévoir dans quelles formes et à quelle date ils peuvent être dénoncés, renouvelés ou révisés. Ils prévoient notamment la durée du préavis qui doit précéder la dénonciation.

La dénonciation doit être notifiée aux autres signataires de l'accord.

Un exemplaire de chaque accord collectif départemental conclu en application de l'article 37 doit être déposé par la partie la plus diligente à la commission départementale des rapports locatifs.

Les accords collectifs nationaux et les accords mentionnés à l'article 51 doivent également être déposés dans les mêmes conditions auprès de la commission nationale des rapports locatifs.

Tout représentant d'une organisation de bailleurs, de gestionnaires ou de locataires peut demander à consulter ces documents.

Art. 40. — Lorsqu'un accord a été dénoncé, il continue à produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de l'accord destiné à le remplacer ou, à défaut de la conclusion d'un nouvel accord, pendant une durée d'un an.

Pour les accords conclus en application de l'article 37 au niveau national, ce délai d'un an court à compter de la publication au *Journal officiel* de la République française de l'avis mentionnant cette dénonciation.

Art. 41. — Les associations qui ne sont pas parties à l'accord peuvent y adhérer ultérieurement. L'association adhérente et ses membres sont liés par l'accord.

L'adhésion doit être notifiée aux signataires de l'accord.

Art. 42. — Sont soumis aux obligations qui résultent de l'accord prévu à l'article 37 de la présente loi ceux qui deviennent membres d'une association signataire de l'accord ou qui y a adhéré.

Art. 43. — L'accord liant un bailleur et ses locataires, lorsqu'il a été conclu et rendu obligatoire en application des articles 28 et 47, est maintenu en vigueur en cas de changement de bailleur, même si le nouveau bailleur n'est pas signataire de l'accord ou membre d'une association signataire.

L'accord conclu en application de l'article 28 doit être annexé à l'acte de cession.

Art. 44. — Les accords collectifs de location ont pour objet d'améliorer les rapports entre bailleurs et locataires, tout en respectant l'équilibre économique et juridique du contrat de location. Les accords collectifs de location ne peuvent déroger aux dispositions du titre II de la présente loi.

Ils peuvent porter notamment sur la maîtrise de l'évolution des charges récupérables, la grille de vétusté, l'amélioration et l'entretien des parties communes, les locaux résidentiels à usage commun, les actions d'animation culturelle et sociale, l'élaboration de clauses types. L'établissement éventuel d'un règlement intérieur fait l'objet d'un accord conclu dans les conditions prévues à l'article 28.

Dans les immeubles soumis au statut de la copropriété, les clauses du règlement de copropriété l'emportent sur toutes stipulations des accords collectifs de location qui leur sont contraires.

Art. 45. — I. — Les clauses d'un accord mentionné à l'article 28, deuxième alinéa, ou d'un accord rendu obligatoire en application de l'article 47, s'appliquent en dépit des clauses contraires d'un accord non étendu.

II. — Les clauses d'un accord mentionné à l'article 28, deuxième alinéa, s'appliquent en dépit des clauses contraires d'un accord rendu obligatoire en application de l'article 47.

III. — Les clauses d'un accord conclu au niveau départemental en application de l'article 37 s'appliquent en dépit des clauses contraires d'un accord conclu au niveau national en application du même article.

IV. — Si un accord à durée déterminée est signé dans les conditions des articles 37 et 47, postérieurement à un accord signé conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 28, et que ces deux accords portent sur le même objet, chacune des parties signataires de l'accord élaboré conformément au deuxième alinéa de l'article 28 peut le dénoncer dans un délai de trois mois après la publication du décret en Conseil d'Etat prévu à l'article 47.

Art. 46. — Les accords collectifs tels que définis aux articles 28 et 37 peuvent prévoir que tout ou partie de leurs clauses s'appliquent aux contrats de location en cours.

Art. 47. — Les accords conclus au sein de la commission nationale des rapports locatifs, en application de l'article 37, font l'objet de la publication d'un avis au *Journal officiel* de la République française. A l'issue d'un délai d'un mois après cette publication, et sauf opposition de la majorité des organisations représentatives des bailleurs d'un secteur, ou de la majorité des organisations représentatives des locataires, ils peuvent être rendus obligatoires, par décret en Conseil d'Etat, pour tous les logements du secteur locatif concerné.

Le décret mentionné au premier alinéa peut, après avis motivé de la commission nationale des rapports locatifs et sans modifier l'équilibre de l'accord, en distraire certaines clauses.

Art. 48. — Le décret prévu à l'article 47 cesse d'avoir effet lorsque l'accord a cessé d'être en vigueur entre les parties par suite de sa dénonciation ou de son non-renouvellement.

La dénonciation doit faire l'objet de la publication d'un avis au *Journal officiel* de la République française.

Art. 49. — Les organisations représentatives des gestionnaires peuvent participer à l'élaboration des accords collectifs de location conclus entre bailleurs et locataires, adhérer à ces accords et en assurer l'exécution dans la limite de leur mandat.

Art. 50. — Tout bâtiment ou ensemble de bâtiments d'habitation de plus de cinquante logements, dont le permis de construire a été demandé postérieurement à la publication de la présente loi, doit comporter des locaux collectifs à l'usage des résidents.

Les associations de propriétaires et les associations de locataires du bâtiment ou de l'ensemble des bâtiments peuvent, à leur demande, accéder gratuitement à ces locaux.

Un décret en Conseil d'Etat règle les conditions d'application du présent article.

TITRE IV

DES LOYERS

Art. 51. — Un accord de modération des loyers peut être conclu chaque année, pour une période allant du 1er janvier au 31 décembre suivant, dans le cadre d'un secteur locatif, entre une ou plusieurs organisations de bailleurs et une ou plusieurs organisations de locataires au sein de la commission nationale des rapports locatifs.

Ces accords de modération sont régis par les dispositions du présent titre et par celles des articles 35, 36, 37, deuxième à septième alinéa, 38, 41, 42 et 49 de la présente loi.

En cas de changement de bailleur, l'accord est opposable à tout nouveau bailleur à la condition qu'il relève du même secteur locatif que le précédent bailleur.

Art. 52. — Chaque accord de modération autre que celui relatif aux organismes d'habitation à loyer modéré fixe le taux maximum d'évolution des loyers lors de la conclusion ou du renouvellement des contrats. Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables aux loyers des locaux qui n'ont pas fait l'objet de contrat de location depuis une durée qui, fixée par l'accord, ne peut être inférieure à dix-huit mois à la date de la nouvelle location. Elles ne sont pas non plus applicables à la location d'un logement vacant, lorsque cette vacance résulte d'une décision de justice fondée sur l'inexécution des obligations du locataire.

En outre, il peut prévoir des modulations particulières des loyers en fonction des conditions pratiquées localement pour des immeubles comparables. En cas de renouvellement du contrat ces modulations peuvent être échelonnées au cours de la nouvelle période de location.

Les accords de modération peuvent, en outre, prévoir des majorations supplémentaires de loyers pouvant être échelonnées au cours du contrat, lorsque le bailleur a réalisé, depuis la dernière fixation ou révision du loyer, des travaux tendant à améliorer le confort, la sécurité, l'équipement, la qualité thermique ou phonique du logement ou de l'immeuble. La majoration ne peut être appliquée que lors de la conclusion ou à la date du renouvellement du contrat. Toutefois, lorsque les travaux sont réalisés pendant le cours du contrat, la majoration ne peut être appliquée qu'au terme de l'année du contrat qui suit la date d'achèvement des travaux. Elle tient compte du coût réel des travaux dans la limite d'un coût maximum déterminé par l'accord. Toutefois, cette limite ne s'applique pas en cas de changement de locataire. La majoration pour travaux est justifiée par la remise au locataire de la copie des factures.

Les accords portent sur les garages, places de stationnement, jardins ou locaux loués accessoirement au local principal par le même bailleur, qu'ils fassent ou non l'objet d'un contrat séparé.

Chacun des accords peut prévoir des taux différents dans des zones géographiques définies.

Ces accords ne peuvent pas déroger aux règles qui sont propres aux logements régis par les articles L. 351-2 à L. 351-9 du code de la construction et de l'habitation ou aux logements construits à l'aide de primes ou de prêts spéciaux à la construction consentis par le Crédit foncier de France ou la caisse centrale de coopération économique.

Art. 53. — L'accord de modération conclu dans le secteur des organismes d'habitations à loyer modéré a pour objet, en fonction des loyers pratiqués et des travaux réalisés ou projetés, de fixer, dans les limites prévues à l'article L. 442-1 du code de la construction et de l'habitation, l'évolution du prix de base des loyers entre le 1er janvier et le 31 décembre suivant.

Les dispositions de l'alinéa précédent sont applicables aux logements régis par l'article L. 353-16 du code de la construction et de l'habitation dans les limites prévues par la convention mentionnée à cet article.

Cet accord porte sur les garages, places de stationnement, jardins et locaux loués accessoirement au local principal par le même bailleur, qu'ils fassent ou non l'objet d'un contrat séparé.

Art. 54. — Un décret en Conseil d'Etat peut rendre obligatoires les dispositions de chacun des accords de modération intervenus en application des articles 52 et 53 à tous les logements du secteur correspondant.

Le décret mentionné au premier alinéa peut, après avis motivé de la commission nationale des rapports locatifs et sans modifier l'équilibre de l'accord, en distraire certaines clauses.

Art. 55. — A défaut d'accord intervenu dans un secteur locatif au plus tard le 1er octobre, un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission nationale des rapports locatifs, peut, à l'expiration d'un délai de quinze jours suivant la saisine de ladite commission, fixer dans le secteur concerné le taux maximum d'évolution du loyer ainsi que celui des modulations particulières ou des majorations supplémentaires, dans les conditions prévues aux articles 52 et 53. Le taux maximum d'évolution du loyer ne peut être inférieur à 80 p. 100 de la variation de l'indice mentionné à l'article 58. Ce décret peut prévoir de s'appliquer soit au niveau national, soit au niveau départemental. Dans ce dernier cas, il fixe les dispositions qui peuvent être rendues applicables par décision du représentant de l'Etat dans le département lorsque la situation locale nécessite une intervention. Il est applicable du 1er janvier au 31 décembre suivant la date de sa publication.

Ces dispositions ne sont pas applicables au loyer des locaux qui, à la date de la nouvelle location, n'ont pas fait l'objet d'un contrat de location depuis plus de dix-huit mois. Elles ne sont pas non plus applicables à la location d'un logement vacant, lorsque cette vacance résulte d'une décision de justice fondée sur l'inexécution des obligations du locataire.

Art. 56. — Si des circonstances économiques graves l'exigent, le taux maximum d'évolution peut être fixé, pour un ou plusieurs secteurs locatifs, par un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission nationale des rapports locatifs. Ce décret pourra s'appliquer au loyer des contrats de location en cours, au loyer des contrats renouvelés ou au loyer des nouveaux contrats.

Les dispositions de ce décret ne sont pas applicables au loyer des locaux dont le contrat de location a pris fin depuis plus de dix-huit mois à la date de la nouvelle location. Elles ne sont pas non plus applicables lorsque la vacance résulte d'une décision de justice fondée sur l'inexécution des obligations du locataire.

Le décret prévu à l'alinéa ci-dessus peut prévoir des adaptations pour les logements soumis à des dispositions législatives ou réglementaires particulières.

Les dispositions des deuxième et troisième alinéas de l'article 52 sont applicables au décret pris en application du présent article.

Ce décret fixera la durée de son application, qui ne pourra être supérieure à douze mois.

Le taux d'évolution des loyers ne pourra pas, en tout état de cause, être inférieur à 80 p. 100 de la variation de l'indice mentionné à l'article 58.

Art. 57. — En cas de contestation relative à l'application des articles 52 à 56, l'une ou l'autre partie au contrat de location saisit la commission départementale des rapports locatifs qui émet un avis dans un délai de deux mois.

Les parties ne peuvent agir en justice avant d'avoir reçu notification de l'avis de la commission qui doit être joint à la demande en justice. Si la commission n'a pas émis un avis dans le délai de deux mois, le juge peut être saisi.

La prescription de l'action est interrompue à compter de la saisine de cette commission jusqu'à la notification aux parties de l'avis émis ou l'expiration du délai de deux mois, sans que la contestation puisse constituer un motif de non-paiement.

Art. 58. — Si le contrat de location prévoit une révision du loyer, celle-ci intervient chaque année à la date fixée dans le contrat ou, à défaut, au terme de chaque année du contrat.

L'augmentation qui en résulte ne peut, sans préjudice des modulations particulières ou des majorations prévues en application des articles 52, deuxième et troisième alinéa, 54 à 56 et 59 à 61, excéder la variation d'un indice national mesurant le coût de la construction, établi suivant des éléments de calcul fixés par décret et publié par l'Institut national de la statistique et des études économiques.

La date de référence de l'indice et sa valeur à cette date doivent figurer au contrat ; à défaut, la variation de l'indice est celle du dernier indice publié à la date de l'augmentation.

TITRE V

De l'amélioration des logements

Art. 59. — Le bailleur peut conclure avec l'Etat, après information du locataire, un contrat d'amélioration pour la réalisation de travaux destinés à adapter le local à des normes de salubrité, de sécurité, d'équipement et de confort. Ces travaux doivent porter le local à un niveau minimal de qualité thermique ; ils peuvent en outre être destinés à améliorer la qualité phonique du local.

Le contrat détermine la nature des travaux, leur coût prévisionnel, les modalités de leur exécution, la date prévue pour leur achèvement et, le cas échéant, les modalités du relogement provisoire.

Il détermine également le prix maximum du loyer principal qui pourra être exigé des locataires à compter de l'achèvement des travaux : les dispositions du titre IV ne s'appliquent pas à la fixation initiale du loyer.

Ces travaux s'imposent au locataire sous réserve de l'application de l'article 2 modifié de la loi n° 67-561 du 12 juillet 1967 relative à l'amélioration de l'habitat. Les dispositions du présent alinéa ne sont pas applicables aux locataires âgés de plus de quatre-vingts ans et dont les ressources annuelles sont inférieures à une fois et demie le montant annuel du salaire minimum de croissance ; toutefois, ces locataires ne peuvent interdire l'accès aux locaux loués, ni s'opposer au passage de conduits de toute nature.

Le bailleur est tenu de maintenir le local à usage locatif pendant le délai de neuf ans à compter de la date d'achèvement des travaux ; durant ce délai, les dispositions des articles 9, 10 et 11 ne sont plus applicables.

Lorsque le logement fait l'objet d'un contrat de location en cours, le bailleur doit, dans le délai d'un mois suivant la conclusion du contrat d'amélioration avec l'Etat, proposer au locataire un nouveau contrat de location de six ans ; ce contrat prend effet à compter de la date d'achèvement des travaux et ouvre droit à l'aide personnalisée au logement pour les locataires qui en remplissent les conditions d'attribution.

Au projet de contrat de location est annexée une copie du contrat d'amélioration avec l'Etat.

Le locataire dispose d'un délai de deux mois pour accepter ou refuser le nouveau contrat de location. Si le locataire refuse, le bailleur a la faculté de mettre fin au contrat de location en cours selon les règles prévues à l'article 17.

Les travaux ne peuvent commencer qu'à l'expiration du délai de deux mois mentionné à l'alinéa précédent ou, si le locataire a refusé le nouveau contrat, à l'expiration du délai de préavis prévu à l'article 17.

Lorsque l'exécution des travaux nécessite l'évacuation temporaire des lieux, le bailleur s'engage à mettre provisoirement à la disposition du locataire qui a accepté le nouveau contrat de location un logement au moins équivalent au logement faisant l'objet des travaux ou correspondant à ses besoins et à ses possibilités, situé dans un périmètre géographique tel que défini à l'article 13 *bis* modifié de la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 précitée. Les frais de déménagement du locataire sont à la charge du bailleur, déduction faite, le cas échéant, des primes de déménagement.

Lorsque le logement est un local vacant, le bailleur est tenu de conclure avec le nouveau locataire un contrat de location de six ans dans les conditions prévues au présent article.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application du présent article.

Art. 60. — I. — Lorsque des travaux visant à réaliser des économies d'énergie sont effectués par le bailleur avec une garantie contractuelle de résultats sur un bâtiment ou un ensemble de bâtiments d'habitation, une majoration de loyer peut être appliquée par celui-ci, par dérogation aux dispositions du titre IV. Cette majoration, calculée selon des modalités fixées par décret, ne peut excéder le montant de l'économie d'énergie garantie.

II. — Le paragraphe II de l'article 21 de la loi n° 80-531 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur est abrogé.

Art. 61. — Lorsque le local ou l'immeuble répond aux normes mentionnées à la première phrase du premier alinéa de l'article 59, un accord peut être conclu soit entre un bailleur et un locataire, soit entre un ou plusieurs bailleurs et leurs locataires ou leurs associations telles que mentionnées à l'article 29, en vue de la réalisation de travaux sur tout ou partie de cet immeuble ; s'il concerne plusieurs locataires, l'accord s'impose à l'ensemble de ces locataires, dès lors qu'il a été approuvé par écrit par la majorité d'entre eux.

Cet accord fixe la nature, le coût prévisionnel, les modalités d'exécution et la date d'achèvement desdits travaux.

Il détermine également le montant maximum du loyer qui pourra être exigé des locataires à compter de l'achèvement des travaux ; les dispositions du titre IV ne s'appliquent pas à la fixation initiale du loyer.

Pour l'exécution des travaux, le bailleur est tenu de respecter les dispositions de l'article 2 modifié de la loi n° 67-561 du 12 juillet 1967 précitée.

TITRE VI

De l'information du locataire

Art. 62. — Toute personne qui propose à un tiers la conclusion d'un contrat de location doit lui remettre une fiche de renseignements concernant la localisation et la consistance des locaux, les éléments de confort, la durée du contrat de location, le loyer ainsi que le montant des charges locatives de l'année précédente et une estimation du montant de ces charges.

Tout vendeur d'un immeuble à usage d'habitation ou à usage mixte professionnel et d'habitation, autre que ceux construits par marché de travaux mentionnés à l'article 1779, 3°, du code civil, et achevé depuis moins d'un an, doit remettre à l'acquéreur une fiche de renseignements concernant la localisation et la consistance des locaux, les éléments de confort ainsi que le montant indicatif des charges annuelles.

Un décret en Conseil d'Etat précise les conditions d'application du présent article.

Art. 63. — En ce qui concerne les logements achevés postérieurement à la publication de la présente loi, qu'ils soient destinés à la vente ou à la location, le vendeur ou le bailleur doit en outre obligatoirement remettre, au moment de la mise à disposition du bien à l'acquéreur ou au locataire, une notice d'utilisation et d'entretien des éléments d'équipement conforme à une notice type agréée par arrêté du ministre chargé de la construction et de l'habitation.

En ce qui concerne les logements achevés antérieurement à la publication de la présente loi, la même obligation s'impose au vendeur ou au bailleur en cas de modification ou de changement des éléments d'équipement existants.

Art. 64. — Le règlement intérieur, s'il en existe un, est affiché dans chaque bâtiment et copie en est remise aux locataires à leur demande.

TITRE VII

Des intermédiaires

Art. 65. — La rémunération de l'ensemble des personnes qui se livrent ou prêtent leur concours à un acte de location d'un immeuble appartenant à autrui, à usage d'habitation ou à usage mixte professionnel et d'habitation, est partagée par moitié entre le bailleur et le locataire.

TITRE VIII

Administration provisoire en cas de défaillance dans la gestion de logements ayant bénéficié d'aides de l'Etat

Art. 66. — Pour les immeubles appartenant à des personnes morales ou physiques autres que les organismes d'habitation à loyer modéré ou gérés par ces personnes et ayant bénéficié de primes ou de prêts spéciaux à la construction consentis par le Crédit foncier de France ou la caisse centrale de coopération économique, le représentant de l'Etat dans le département peut, pendant toute la durée des prêts, demander au juge, et, en cas d'urgence, selon la procédure de référé, de nommer un administrateur provisoire lorsqu'il aura été constaté des fautes graves notamment relatives au clos et au couvert, à l'entretien et à la sécurité ou des irrégularités sérieuses dans la gestion de ces immeubles et dans le respect de l'engagement financier de l'emprunteur.

L'administrateur provisoire désigné sur une liste établie par le ministre chargé de la construction et de l'habitation a pour mission, selon la décision du juge, soit d'assister le propriétaire dans sa mission de gestionnaire, soit d'exercer de plein droit les pouvoirs d'administration du propriétaire ou du gestionnaire pour une durée d'un an renouvelable.

TITRE IX

Sanctions

Art. 67. — Tout bailleur qui aura subordonné la conclusion d'un contrat de location soit à une remise d'argent ou de valeurs ne correspondant pas au paiement du loyer et des charges ou au dépôt de garantie mentionné à l'article 22, soit à la reprise d'objets ou d'installations à un prix manifestement supérieur à leur valeur réelle, sera puni d'une amende pénale de 1 000 F à 30 000 F.

Tout locataire qui aura subordonné son départ à une quelconque remise d'argent ou à la reprise d'objets ou d'installations à un prix manifestement supérieur à leur valeur réelle sera puni de la même peine.

Tout bailleur qui aura sciemment délivré, en application des dispositions de l'article 3, treizième alinéa, une copie de quittance comportant une ou plusieurs mentions erronées sera puni d'une amende pénale de 1 000 F à 10 000 F.

Art. 68. — Tout propriétaire qui aura exercé de manière frauduleuse le droit de résiliation ou le droit de non-renouvellement du contrat, prévus aux articles 9 et 10, sera puni d'une amende pénale de 1 000 F à 50 000 F.

Art. 69. — Toute entrave apportée sciemment à l'exercice des droits conférés aux associations de locataires par les articles 29, 31, 32 et 50 de la présente loi sera punie d'une amende pénale de 1 000 à 30 000 F.

Art. 70. — Constituent des pratiques de prix illicites qui sont constatées et poursuivies dans les conditions prévues par l'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945 modifiée :

— Le fait pour un bailleur ou son mandataire d'exiger ou de percevoir un loyer dont le montant est supérieur à celui qui résulte de l'application d'un accord de modération de prix rendu obligatoire en application de l'article 54 ;

— Le fait pour un bailleur ou son mandataire d'exiger ou de percevoir un loyer dont le montant excède celui qui résulte de l'application des articles 55 ou 56.

Ces infractions sont punies d'une amende pénale de 1 000 F à 50 000 F.

TITRE X

Dispositions transitoires

Art. 71. — Les dispositions du titre II ci-dessus ne portent pas atteinte à la validité des contrats en cours à la date d'entrée en vigueur de la présente loi.

Toutefois, lorsque le locataire occupe le local à la date d'entrée en vigueur de la loi, les dispositions des articles 9 et 10 ne sont pas applicables pendant une période de trois ans à compter de la date d'effet du contrat, ou de la date d'entrée dans les lieux en cas de contrat à durée indéterminée.

A l'expiration du contrat initial ou du contrat renouvelé ou, s'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée, à l'issue du délai d'un an à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente loi, les parties sont tenues d'établir un contrat conforme aux dispositions de la présente loi. Chacune des parties peut demander l'établissement d'un état des lieux dans les conditions prévues à l'article 21 ; les dispositions du premier alinéa de l'article 22 ne sont pas applicables.

Pour l'application des dispositions de la présente loi, l'établissement du contrat de location est assimilé à un renouvellement. Les parties doivent se conformer aux dispositions de l'article 23 dans le délai d'un an à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente loi. Lorsque les charges récupérables n'étaient pas distinguées du loyer, la répartition ne peut être opérée que sur la base des justifications prévues à l'article 24 de la présente loi.

Art. 72. — Tout occupant de bonne foi peut demander, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, le bénéfice des dispositions de la présente loi dans les trois mois suivant sa publication, à moins qu'il n'ait fait l'objet d'une décision d'expulsion devenue définitive.

Est réputé de bonne foi l'occupant qui, habitant effectivement dans les lieux, exécute les obligations résultant du bail expiré.

Le propriétaire du local est tenu, dans les deux mois suivant la demande de l'occupant, de lui proposer un nouveau contrat de location, dans les conditions prévues par la présente loi. Les dispositions du titre IV sont applicables.

L'occupant dispose d'un délai d'un mois pour accepter ou refuser ce contrat de location.

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables lorsque la résiliation ou le refus de renouvellement du contrat par le propriétaire était fondé, soit sur sa décision de reprendre le logement dans les conditions prévues à l'article 9, sous réserve des dispositions du deuxième alinéa de l'article 71, soit sur un motif légitime et sérieux tiré notamment de l'inexécution par le locataire d'une des obligations prévues à l'article 18.

Art. 73. — Tout congé, tel que défini par l'article 7 et notifié à compter du 7 octobre 1981, doit être fondé sur un motif légitime et sérieux ou sur la décision du bailleur de reprendre le logement dans les conditions prévues à l'article 9 de la présente loi, sous réserve des dispositions du deuxième alinéa de l'article 71.

Les dispositions des deuxième, troisième et quatrième alinéas de l'article 72 sont également applicables.

Art. 74. — Des accords de modération des loyers ayant un objet conforme aux dispositions des articles 52 et 53 de la présente loi peuvent être conclus entre organisations nationales de bailleurs et de locataires pour la période allant du 1er mai 1982 au 31 décembre 1982. Les organisations nationales de gestionnaires peuvent adhérer à ces accords ; les accords s'imposent aux membres des organisations signataires.

Les organisations nationales de bailleurs qui n'ont pas conclu d'accord de modération des loyers peuvent, pour la période mentionnée à l'alinéa précédent, prendre à l'égard de l'Etat un engagement de modération de l'évolution des loyers ayant un objet conforme aux dispositions de l'article 52. Les organisations nationales de gestionnaires peuvent adhérer à ces engagements. L'engagement de modération de l'évolution des loyers s'impose aux membres des organisations signataires.

Pendant la période mentionnée au premier alinéa, les bailleurs n'adhérant pas à une organisation ayant signé un accord de modération des loyers ou un engagement de modération de l'évolution des loyers, ne peuvent pratiquer à l'occasion de la révision des loyers des contrats en cours, du renouvellement des contrats ou de la conclusion de nouveaux contrats sous réserve des dispositions prévues à l'article 52 de la présente loi, une augmentation de loyer supérieure à la variation de l'indice mentionné à l'article 58 pour la période écoulée depuis la dernière révision ou fixation du loyer. Les dispositions de la loi n° 81-1161 du 30 décembre 1981 précitée qui ne sont pas contraires à celles du présent article demeurent applicables.

TITRE XI

Dispositions diverses

Art. 75. — 1° Ne sont pas applicables aux logements appartenant aux organismes d'habitation à loyer modéré et ne faisant pas l'objet de conventions en application de l'article L. 353-14 du code de la construction et de l'habitation, les dispositions des articles 4 à 12, 14, 15, 17, 22, premier alinéa, 23, 52, 58 à 60, 66 à 68, 72, 73, 76 à 79.

Les dispositions de l'article 16 sont applicables à la condition que le bénéficiaire du transfert du contrat remplisse les conditions d'attributions dudit logement.

2° Ne sont pas applicables aux logements régis par le chapitre III de la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 précitée, les dispositions des articles 3 à 12, 14, 15, 17, 22, premier alinéa, 23, 25, le titre IV, l'article 59 pour ce qui concerne les locaux occupés, à l'exception de ceux pour lesquels l'occupant se voit contester son droit au maintien dans les lieux, les articles 60, 61, 66 à 68 et le titre X.

3° Ne sont pas applicables aux logements régis par une convention conclue en application de l'article L. 351-2 du code de la construction et de l'habitation, les dispositions des articles 4 à 12, 14, 15, 17, 22, premier alinéa, 53, 58 à 60, 66 à 68, 72, 76 à 79. L'article 23 n'est pas applicable aux logements régis par une convention conclue en application de l'article L. 353-15 ou de l'article L. 351-2, 2° et 3°, du code de la construction et de l'habitation, en ce qui concerne les logements réglementés en contrepartie de primes ou de prêts spéciaux à la construction du Crédit foncier de France ou de la caisse centrale de coopération économique. Les dispositions de l'article 16 sont applicables à la condition que le bénéficiaire du transfert du contrat remplisse, le cas échéant, les conditions d'attribution dudit logement.

Toutefois, les dispositions des articles 52, 54, 55 et 74 ne sont pas applicables au loyer initial des logements régis par une convention conclue en application de l'article L. 351-2, 2°, 3° et 4°, du code de la construction et de l'habitation.

4° Ne sont pas applicables aux logements dont les conditions sont réglementées en contrepartie de primes ou de prêts spéciaux à la construction consentis par le Crédit foncier de France ou la caisse centrale de coopération économique les dispositions des articles 4, 5, 23, 53, 59, 76 à 79.

5° Ne sont pas applicables aux logements loués à titre exceptionnel et transitoire par les collectivités locales les dispositions des articles 3, douzième à seizième alinéas, 4, 5, 7 à 14, 59 des titres VI, VIII et IX, des articles 71, deuxième alinéa, 72 et 73 et du titre XI.

Art. 76. — I. — Les dispositions de la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 précitée cessent d'être applicables aux locaux vacants dès l'achèvement des travaux prévus par le contrat conclu avec l'Etat en application de l'article 59 de la présente loi.

II. — L'article 3 *septies* de ladite loi est abrogé.

Art. 77. — Les dispositions du titre IV de la présente loi ne s'appliquent pas :

1° Au loyer initial des nouvelles locations consenties en application des articles 3 *bis*, 3 *quater* ou 3 *quinquies* de la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 précitée ou au loyer initial des nouvelles locations consenties en application de l'article 3 *ter* de ladite loi lorsque le contrat de location est conclu avec l'occupant de bonne foi qui n'a pas droit au maintien dans les lieux au sens de l'article 10 de ladite loi ;

2° Au loyer initial des nouvelles locations consenties en application de l'article 3 *sexies* de la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 précitée et faisant suite à un contrat de location passé dans les conditions prévues à l'article 3 *ter* de la même loi, lorsque le logement ne répondait pas lors de la conclusion du contrat aux conditions prévues par le décret pris en application dudit article 3 *sexies*.

Le contrat de location conclu en application des articles 3 *ter*, 3 *quinquies* ou, en ce qui concerne les locaux à usage mixte d'habitation et professionnel, de l'article 3 *quater* de la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 précitée, est soumis aux dispositions de la présente loi en ce qu'elles ne sont pas contraires à celles prévues auxdits articles. A l'expiration du terme fixé par ce contrat de location ou au départ du locataire, le logement est régi par l'ensemble des dispositions de la présente loi, s'il répond aux conditions prévues par le décret pris en application de l'article 3 *sexies* de la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 précitée.

Les contrats de location conclus en application de l'article 3 *bis* de la loi du 1er septembre 1948 précitée sont régis par les dispositions de la présente loi.

Art. 78. — Insérer après le onzième alinéa de l'article 27 de la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 précitée, un nouvel alinéa ainsi rédigé :

« Soit d'une allocation servie à toute personne dont l'infirmité entraîne au moins 80 p. 100 d'incapacité permanente et qui est qualifiée Grand infirme en application de l'article 169 du code de la famille et de l'aide sociale. »

Art. 79. — Par dérogation aux dispositions de l'article 77 et dans les communes de plus de 60 000 habitants, des décrets pourront fixer le plafond des majorations qui pourront être applicables au loyer initial des nouvelles locations mentionnées à cet article. Ce plafond devra tenir compte des prix pratiqués dans des locaux comparables situés dans un même secteur géographique.

Art. 80. — Le chapitre II du titre IV du livre IV du code de la construction et de l'habitation est complété par les dispositions suivantes :

« *Art. L.* 442-8-1. — Par dérogation au premier alinéa de l'article L. 442-8, les organismes mentionnés à l'article L. 411-2 peuvent louer des logements à des associations déclarées ayant pour objet de les sous-louer à titre temporaire à des personnes en difficulté et d'exercer les actions nécessaires à leur réinsertion. Seules peuvent bénéficier de cette disposition les associations déclarées qui ont obtenu d'une collectivité locale une garantie financière assurant au bailleur, en cas de défaillance de l'association locataire, le paiement des loyers et des charges dûment justifiées.

« Les dispositions des articles L. 442-1 à L. 442-6 sont applicables aux logements loués dans les conditions du présent article. Les sous-locataires mentionnés au premier alinéa du présent article sont assimilés à des locataires pour bénéficier de l'aide personnelle au logement prévue par l'article L. 510 du code de la sécurité sociale, par l'article 1er de la loi n° 71-582 du 16 juillet 1971 relative à l'allocation de logement ou par l'article L. 351-1 du code de la construction et de l'habitation.

« *Art. L.* 442-8-2. — Les sous-locataires mentionnés au premier alinéa de l'article L. 442-8-1 perdent le bénéfice du droit au maintien dans les lieux après le refus d'une offre de relogement définitif correspondant à leurs besoins et à leurs possibilités.

« *Art. L.* 442-8-3. — Les dispositions des articles L. 442-8-1 et L. 442-8-2 sont applicables à l'ensemble des logements appartenant aux organismes mentionnés à l'article L. 411-2, que ces logements soient ou non régis par l'article L. 353-14. »

Art. 81. — L'article 10 de la loi n° 75-1351 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la protection des occupants de locaux à usage d'habitation est ainsi modifié :

I. — Le premier alinéa du I de cet article est remplacé par les dispositions suivantes :

« Préalablement à la conclusion de toute vente d'un ou plusieurs locaux à usage d'habitation ou à usage mixte d'habitation et professionnel, consécutive à la division initiale ou à la subdivision de tout ou partie d'un immeuble par lots, le bailleur doit, à peine de nullité de la vente, faire connaître par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, à chacun des locataires ou occupants de bonne foi, l'indication du prix et des conditions de la vente projetée pour le local qu'il occupe. Cette information vaut offre de vente au profit de son destinataire.

« L'offre est valable pendant une durée d'un mois à compter de sa réception. Le locataire qui accepte l'offre ainsi notifiée dispose, à compter de la date d'envoi de sa réponse au bailleur, d'un délai de deux mois pour la réalisation de l'acte de vente. Si, dans sa réponse, il notifie au bailleur son intention de recourir à un prêt, son acceptation de l'offre de vente est subordonnée à l'obtention du prêt et, en ce cas, le délai de réalisation est porté à quatre mois.

« Passé le délai de réalisation de l'acte de vente, l'acceptation par le locataire de l'offre de vente est nulle de plein droit. »

II. — Au dernier alinéa, les mots : « trois alinéas » sont remplacés par les mots : « cinq alinéas ».

III. — Au premier alinéa du II, l'expression : « de l'appartement » est remplacée par l'expression : « du local à usage d'habitation ou à usage mixte d'habitation et professionnel ».

IV. — Le III est rédigé comme suit :

« III. — Le présent article s'applique aux ventes de parts ou actions des sociétés dont l'objet est la division d'un immeuble par fractions destinées à être attribuées aux associés en propriété ou en jouissance à temps complet.

« Il ne s'applique pas aux actes intervenant entre parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclus.

« Il ne s'applique pas aux ventes portant sur un bâtiment entier ou sur l'ensemble des locaux à usage d'habitation ou à usage mixte d'habitation et professionnel dudit bâtiment. »

Art. 82. — Les dispositions de la loi n° 80-1 du 4 janvier 1980 modifiant certaines dispositions du code de la construction et de l'habitation, et celles de l'article 81 de la présente loi ne portent pas atteinte à la validité des ventes antérieurement conclues.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 22 juin 1982.

FRANÇOIS MITTERRAND.

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,
PIERRE MAUROY.

Le ministre de la solidarité nationale,
NICOLE QUESTIAUX.

Le garde des sceaux, ministre de la justice,
ROBERT BADINTER.

Le ministre de l'économie et des finances,
JACQUES DELORS.

Le ministre délégué auprès du ministre de l'économie et des finances, chargé du budget,
LAURENT FABIUS.

Le ministre de l'urbanisme et du logement,
ROGER QUILLIOT.

Le ministre de la consommation,
CATHERINE LALUMIÈRE.

MINISTERE DE L'URBANISME ET DU LOGEMENT

Décret n° 82-888 du 18 octobre 1982 relatif à la Commission nationale des rapports locatifs.

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de la décentralisation, du garde des sceaux, ministre de la justice, du ministre de l'économie et des finances, du ministre de l'urbanisme et du logement et du ministre de la consommation,

Vu la loi n° 82-526 du 22 juin 1982, et notamment ses articles 35 et 37 ;

Le conseil d'Etat (section des travaux publics) entendu,

Décrète :

Art. 1er. — Sont considérés, comme des bailleurs personnes morales à vocation sociale au sens de l'article 37 de la loi susvisée pour l'ensemble de leurs logements, les bailleurs dont le patrimoine locatif à usage d'habitation est composé d'au moins mille logements qui :

Ou bien ont bénéficié de primes ou de prêts spéciaux à la construction consentis par le Crédit foncier de France ou la caisse centrale de coopération économique ;

Ou bien sont régis par une convention conclue en application de l'article L. 351-2 (2°, 3° et 4°) du code de la construction et de l'habitation ;

Ou bien ont bénéficié de la participation des employeurs à l'effort de construction.

Art. 2. — Sont membres de la Commission nationale des rapports locatifs mentionnée à l'article 35 de la loi du 22 juin 1982 susvisée :

a) Pour les organisations nationales représentatives des bailleurs.

La fédération nationale des offices publics d'H. L. M. (F. N. O. P. H. L. M.) ;

La fédération nationale des sociétés anonymes d'H. L. M. (F. N. S. A. H. L. M.) ;

La fédération nationale des sociétés d'économie mixte, de construction, d'aménagement et de rénovation (F. N. S. E. M.) ;

La société centrale immobilière de la caisse des dépôts (S. C. I. C.) ;

L'association des propriétaires sociaux (A. P. S.) ;

La fédération française des sociétés d'assurances (F.F.S.A.) ;

La fédération des sociétés immobilières d'investissement (F. S. I. I.) ;

L'union nationale de la propriété immobilière (U. N. P. I.) ;

b) Pour les organisations nationales représentatives des gestionnaires.

La confédération nationale des administrateurs de biens (C. N. A. B.) ;
La fédération nationale des agents immobiliers (F.N.A.I.M.) ;
L'union nationale des intermédiaires et transactionnaires (U. N. I. T.) ;

c) Pour les organisations nationales représentatives des locataires.

La confédération nationale du logement (C. N. L.) ;
La confédération générale du logement (C. G. L.) ;
La confédération syndicale des familles (C. S. F.) ;
La confédération syndicale du cadre de vie (C. S. C. V.) ;

Art. 3. — Sont membres de la Commission nationale des rapports locatifs en raison de leur vocation générale et de leurs actions dans le domaine du logement :

L'Union nationale des fédérations d'organismes H. L. M. (U. N. F. O. H. L. M.) ;
L'Union nationale des associations familiales ;
L'association des maires de France.

Sont également membres deux représentants d'organisations, autres que celles mentionnées à l'article 2 ainsi qu'au premier alinéa du présent article, nommés sur proposition du Comité national de la consommation.

Art. 4. — Assistent aux séances de la commission un magistrat de l'ordre judiciaire désigné par le garde des sceaux, ministre de la justice, et un représentant de chacun des ministres ci-après :

Le ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de la décentralisation ;
Le garde des sceaux, ministre de la justice ;
Le ministre de l'économie et des finances ;
Le ministre chargé de la construction et de l'habitation ;
Le ministre chargé de l'énergie ;
Le ministre de la consommation.

Art. 5. — Chacune des organisations mentionnées aux articles 2 et 3 (1er alinéa) du présent décret désigne au plus trois représentants. En cas de vote, elles ne disposent que d'une voix.

Sur proposition des organisations, leurs représentants sont nommés pour trois ans renouvelables par arrêté du ministre chargé de la construction et de l'habitation.

Toute personne ayant perdu la qualité en raison de laquelle elle a été nommée, cesse d'appartenir à la commission. Son remplaçant est nommé pour la durée du mandat restant à courir.

Art. 6. — Pour l'étude de questions particulières, la Commission nationale des rapports locatifs peut faire appel, à titre temporaire, à des personnalités choisies en raison de leur compétence et de leur activité.

Art. 7. — Le président de la Commission nationale des rapports locatifs est choisi en dehors des membres de la commission. Il est nommé par arrêté du ministre chargé de la construction et de l'habitation, pour une période de trois ans renouvelable.

Art. 8. — Le secrétariat de la Commission nationale des rapports locatifs est assuré par les services du ministre chargé de la construction et de l'habitation.

Art. 9. — La Commission nationale des rapports locatifs peut constituer en son sein des groupes spécialisés dont chacun désigne son président.

Art. 10. — Le ministre chargé de la construction et de l'habitation assure la publication au *Journal officiel* des avis prévus au premier alinéa de l'article 47 de la loi du 22 juin 1982 susvisée.

Art. 11. — L'avis prévu par les articles 47, 54, 55 et 56 de la loi du 22 juin 1982 susvisée est accompagné de l'avis émis séparément par chacune des catégories d'organisation mentionnées aux articles 2 et 3.

Art. 12. — Le bureau de la Commission nationale des rapports locatifs comprend le président de ladite commission et six membres, dont trois désignés par les organisations mentionnées à l'article 2, *a* et *b*, et trois désignés par les organisations mentionnées à l'article 2, *c*. Chacun de ces groupes de trois membres désigne un vice-président.

Les présidents des groupes spécialisés mentionnés à l'article 9 peuvent siéger au bureau à titre d'observateur.

Le bureau organise les travaux de la Commission nationale des rapports locatifs et de ses groupes spécialisés.

Un représentant du ministre chargé de la construction et de l'habitation ayant titre de secrétaire général de la commission assiste aux réunions du bureau.

Art. 13. — Un rapporteur général nommé par arrêté du ministre chargé de la construction et de l'habitation sur proposition du vice-président du Conseil d'Etat est chargé de rapporter les travaux des groupes devant l'assemblée plénière de la commission.

Art. 14. — La Commission nationale des rapports locatifs établit un règlement intérieur qui est soumis à l'approbation du ministre chargé de la construction et de l'habitation.

Art. 15. — La Commission nationale des rapports locatifs se réunit à l'initiative de son président ou du ministre chargé de la construction et de l'habitation.

Elle doit, notamment, se réunir si la demande en est faite par la majorité des membres du bureau, les deux tiers des organisations mentionnées à l'article 2, *a*, ou les deux tiers des organisations mentionnées à l'article 2, *c*.

Art. 16. — Le ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de la décentralisation, le garde des sceaux, ministre de la justice, le ministre de l'économie et des finances, le ministre de l'urbanisme et du logement et le ministre de la consommation sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au *Journal officiel* de la République française.

Fait à Paris, le 18 octobre 1982.

PIERRE MAUROY.

Par le Premier ministre :

Le ministre de l'urbanisme et du logement,
ROGER QUILLIOT.

Le ministre d'Etat,
ministre de l'intérieur et de la décentralisation,
GASTON DEFFERRE.

Le garde des sceaux, ministre de la justice,
ROBERT BADINTER.

Le ministre de l'économie et des finances,
JACQUES DELORS.

Le ministre de la consommation,
CATHERINE LALUMIÈRE.

ANNEXE

LISTE DES CHARGES RÉCUPÉRABLES

I. — *Ascenseurs et monte-charges.*

1. Dépenses d'électricité ;

2. Dépenses d'exploitation, d'entretien courant, de menues réparations :

a) Exploitation :

Visite périodique, nettoyage et graissage des organes mécaniques ;

Examen semestriel des câbles et vérification annuelle des parachutes ;

Nettoyage annuel de la cuvette, du dessus de la cabine et de la machinerie ;

Dépannage ne necessitant pas de réparations ou fournitures de pièces ;

Tenue d'un dossier par l'entreprise d'entretien mentionnant les visites techniques, incidents et faits importants touchant l'appareil.

b) Fournitures relatives à des produits ou à du petit matériel d'entretien (chiffons, graisses et huiles nécessaires) et aux lampes d'éclairage de la cabine.

c) Menues réparations :

De la cabine (boutons d'envoi, paumelles de portes, contacts de portes, ferme-portes automatiques, coulisseaux de cabine, dispositif de sécurité de seuil et cellule photo-électrique) ;

Des paliers (ferme-portes mécaniques, électriques ou pneumatiques, serrures électromécaniques, contacts de porte et boutons d'appel) ;

Des balais du moteur et fusibles.

II. — *Eau froide, eau chaude et chauffage collectif des locaux privatifs et des parties communes.*

1. Dépenses relatives :

A l'eau froide et chaude des locataires ou occupants du bâtiment ou de l'ensemble des bâtiments d'habitation concernés ;

A l'eau nécessaire à l'entretien courant des parties communes du ou desdits bâtiments, y compris la station d'épuration ;

A l'eau nécessaire à l'entretien courant des espaces extérieurs.

Les dépenses relatives à la consommation d'eau incluent l'ensemble des taxes et redevances ainsi que les sommes dues au titre de la redevance d'assainissement, à l'exclusion de celles auxquelles le propriétaire est astreint en application de l'article L. 35-5 du code de la santé publique.

Aux produits nécessaires à l'exploitation, à l'entretien et au traitement de l'eau ;

A l'électricité ;

Au combustible ou à la fourniture d'énergie quelle que soit sa nature.

2. Dépenses d'exploitation, d'entretien courant et de mesures réparations :

a) Exploitation et entretien courant :

Nettoyage des gicleurs, électrodes, filtres et clapets des brûleurs ;

Entretien courant et graissage des pompes de relais, jauges, contrôleurs de niveau ainsi que des groupes moto-pompes et pompes de puisards ;

Graissage des vannes et robinets et réfection des presse-étoupes ;
Remplacement des ampoules des voyants lumineux et ampoules de chaufferie ;
Entretien et réglage des appareils de régulation automatique et de leurs annexes ;
Vérification et entretien des régulateurs de tirage ;
Réglage des vannes, robinets et tés ne comprenant pas l'équilibrage ;
Purge des points de chauffage ;
Frais de contrôles de combustion ;
Entretien des épurateurs de fumée ;
Opérations de mise en repos en fin de saison de chauffage, rinçage des corps de chauffe et tuyauteries, nettoyage des chaufferies, y compris leurs puisards et siphons, ramonage des chaudières, carneaux et cheminées ;
Conduite du chauffage ;
Frais de location d'entretien et de relevé des compteurs généraux et individuels ;
Entretien de l'adoucisseur, du détartreur d'eau, du surpresseur et du détendeur ;
Contrôles périodiques visant à éviter les fuites de fluide frigorigène des pompes à chaleur ;
Vérification, nettoyage et graissage des organes des pompes à chaleur ;
Nettoyage périodique de la face extérieure des capteurs solaires ;
Vérification, nettoyage et graissage des organes des capteurs solaires.

b) Menues réparations dans les parties communes ou sur des éléments d'usage commun :

Réparation de fuites sur raccords et joints ;
Remplacement des joints, clapets et presse-étoupes ;
Rôdage des sièges de clapets ;
Menues réparations visant à remédier aux fuites de fluide frigorigène des pompes à chaleur ;
Recharge en fluide frigorigène des pompes à chaleur.

III. — *Installations individuelles.*

Chauffage et production d'eau chaude, distribution d'eau dans les parties privatives :

1. Dépenses d'alimentation commune de combustible ;

2. Exploitation et entretien courant, menues réparations :

a) Exploitation et entretien courant :

Réglage de débit et température de l'eau chaude sanitaire ;
Vérification et réglage des appareils de commande, d'asservissement, de sécurité d'aquastat et de pompe ;
Dépannage ;
Contrôle des raccordements et de l'alimentation des chauffe-eau électriques, contrôle de l'intensité absorbée ;
Vérification de l'état des résistances, des thermostats, nettoyage ;
Réglage des thermostats et contrôle de la température d'eau ;
Contrôle et réfection d'étanchéité des raccordements eau froide-eau chaude ;
Contrôle des groupes de sécurité ;
Rôdage des sièges de clapets des robinets ;
Réglage des mécanismes de chasses d'eau.

b) Menues réparations :

Remplacement des bilames, pistons, membranes, boîtes à eau, allumage piezo-électrique, clapets et joints des appareils à gaz ;
Rinçage et nettoyage des corps de chauffe et tuyauteries ;
Remplacement des joints, clapets et presse-étoupes des robinets ;
Remplacement des joints, flotteurs et joints cloches des chasses d'eau.

IV. — *Parties communes intérieures au bâtiment ou à l'ensemble de bâtiments d'habitation.*

1. Dépenses relatives :

A l'électricité ;

Aux fournitures consommables, notamment produits d'entretien, balais et petit matériel assimilé nécessaires à l'entretien de propreté, sel.

2. Exploitation et entretien courant, menues réparations :

a) **Entretien de la minuterie, pose, dépose et entretien des tapis ;**

b) **Menues réparations des appareils d'entretien de propreté tels qu'aspirateur.**

3. Entretien de propreté (frais de personnel).

V. — *Espaces extérieurs au bâtiment ou à l'ensemble de bâtiments d'habitation.*

(Voies de circulation, aires de stationnement, abords et espaces verts, aires et équipements de jeux.)

1. Dépenses relatives :

A l'électricité ;

A l'essence et huile ;

Aux fournitures consommables utilisées dans l'entretien courant : ampoules ou tubes d'éclairage, engrais, produits bactéricides et insecticides, produits tels que graines, fleurs, plants, plantes de remplacement à l'exclusion de celles utilisées pour la réfection de massifs, plates-bandes ou haies.

2. *a*) Exploitation et entretien courant :

Opérations de coupe, désherbage, sarclage, ratissage, nettoyage et arrosage concernant :

Les allées, aires de stationnement et abords ;

Les espaces verts (pelouses, massifs, arbustes, haies vives, plates-bandes ;

Les aires de jeux ;

Les bassins, fontaines, caniveaux, canalisations d'évacuation des eaux pluviales ;

Entretien du matériel horticole ;

Remplacement du sable des bacs et du petit matériel de jeux.

b) Peinture et menues réparations des bancs de jardins et des équipements de jeux et grillages.

VI. — *Hygiène.*

1. Dépenses de fournitures consommables :

Sacs en plastique et en papier nécessaires à l'élimination des rejets ;

Produits relatifs à la désinsectisation et à la désinfection, y compris des colonnes sèches de vide-ordures.

2. Exploitation et entretien courant :

Entretien et vidange des fosses d'aisance.

Entretien des appareils de conditionnement des ordures.

3. Elimination des rejets (frais de personnel).

VII. — *Equipements divers du bâtiment ou de l'ensemble de bâtiments d'habitation.*

1. La fourniture d'énergie nécessaire à la ventilation mécanique.

2. Exploitation et entretien courant :

Ramonage des conduits de ventilation.

Entretien de la ventilation mécanique ;

Entretien des dispositifs d'ouverture automatique ou codées et des interphones ;

Visites périodiques à l'exception des contrôles réglementaires de sécurité, nettoyage et graissage de l'appareillage fixe de manutention des nacelles de nettoyage des façades vitrées.

3. Divers :

Abonnement des postes de téléphone à la disposition des locataires.

VII. — *Impositions et redevances.*

Droit de bail ;

Taxe ou redevance d'enlèvement des ordures ménagères ;

Taxe de balayage.

MINISTERE DE L'URBANISME ET DU LOGEMENT

Décret n° 82-1164 du 30 décembre 1982 pris en application de l'article 18 de la loi n° 82-526 du 22 juin 1982, relatif aux réparations locatives.

Le Premier ministre,

Sur le rapport du garde des sceaux, ministre de la justice, du ministre de l'économie et des finances, du ministre de l'urbanisme et du logement et du ministre de la consommation,

Vu la loi n° 82-526 du 22 juin 1982, et notamment son article 18 ;

Le Conseil d'Etat (section des travaux publics) entendu,

Décrète :

Art. 1er. — Sont des réparations locatives les travaux d'entretien courant et, de menues réparations, y compris les remplacements d'éléments assimilables auxdites réparations, consécutifs à l'usage normal des locaux et équipements à usage privatif.
Ont notamment le caractère de réparations locatives les réparations énumérées en annexe au présent décret.

Art. 2. — Le garde des sceaux, ministre de la justice, le ministre de l'économie et des finances, le ministre de l'urbanisme et du logement et le ministre de la consommation sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au *Journal officiel* de la République française.

Fait à Paris, le 30 décembre 1982.

PIERRE MAUROY.

Par le Premier ministre :

Le ministre de l'urbanisme et du logement,
ROGER QUILLIOT.

Le garde des sceaux, ministre de la justice,
ROBERT BADINTER.

Le ministre de l'économie et des finances,
JACQUES DELORS.

Le ministre de la consommation,
CATHERINE LALUMIÈRE.

ANNEXE

Liste de réparations ayant le caractère de réparations locatives.

I. — *Parties extérieures dont le locataire a l'usage exclusif.*

a) Jardins privatifs :

Entretien courant notamment des allées, pelouses, massifs, bassins et piscines ; taille, élagage, échenillage des arbres et arbustes ;

Remplacement des arbustes ; réparation et remplacement des installations mobiles d'arrosage.

b) Auvents, terrasses et marquises :

Enlèvement de la mousse et des autres végétaux.

c) Descentes d'eaux pluviales, chéneaux et gouttières :

Dégorgement des conduits.

II. — *Ouvertures intérieures et extérieures.*

a) Sections ouvrantes telles que portes et fenêtres :

Graissage des gonds, paumelles et charnières ;
Menues réparations des boutons et poignées de portes, des gonds, crémones et espagnolettes ; remplacement notamment de boulons, clavettes et targettes.

b) Vitrages :

Réfection des mastics ;
Remplacement des vitres détériorées.

c) Dispositifs d'occultation de la lumière tels que stores et jalousies :

Graissage ;
Remplacement notamment de cordes, poulies, ou de quelques lames.

d) Serrures et verrous de sécurité :

Graissage ;
Remplacement de petites pièces ainsi que des clés égarées ou détériorées.

e) Grilles :

Nettoyage et graissage ;
Remplacement notamment de boulons, clavettes, targettes.

III. — *Parties intérieures.*

a) Plafonds, murs intérieurs et cloisons :

Maintien en état de propreté ;
Menus raccords de peintures et tapisseries ; remise en place ou remplacement de quelques éléments des matériaux de revêtement tels que faïence, mosaïque, matière plastique ; rebouchage des trous rendu assimilable à une réparation par le nombre, la dimension et l'emplacement de ceux-ci.

b) Parquets, moquettes et autres revêtements de sol :

Encaustiquage et entretien courant de la vitrification ;

Remplacement de quelques lames de parquets et remise en état, pose de raccords de moquettes et autres revêtements de sols notamment en cas de tâches et de trous.

c) Placards et menuiseries telles que plinthes, baguettes et moulures.

Remplacement des tablettes et tasseaux de placard et réparation de leur dispositif de fermeture ; fixation de raccords et remplacement de pointes de menuiseries.

IV. — *Installations de plomberie.*

a) Canalisations d'eau :

Dégorgement ;
Remplacement notamment de joints et de colliers.

b) Canalisations de gaz :

Entretien courant des robinets, siphons et ouvertures d'aération.
Remplacement périodique des tuyaux souples de raccordement.

c) Fosses septiques, puisards et fosses d'aisance :

Vidange.

d) Chauffage, production d'eau chaude et robinetterie :

Remplacement des bilames, pistons, membranes, boîtes à eau, allumage piezo-électrique, clapets et joints des appareils à gaz ;
Rinçage et nettoyage des corps de chauffe et tuyauteries ;

Remplacement des joints, clapets et presse-étoupes des robinets ;
Remplacement des joints, flotteurs et joints cloches des chasses d'eau.

e) Eviers et appareils sanitaires :

Nettoyage des dépôts de calcaire, remplacement des tuyaux flexibles de douches.

V. — *Equipements d'installations d'électricité.*

Remplacement des interrupteurs, prises de courant, coupe-circuits et fusibles, des ampoules, tubes lumineux ; réparation ou remplacement des baguettes ou gaines de protection.

VI. — *Autres équipements mentionnés au contrat de location.*

a) Entretien courant et menues réparations des appareils tels que réfrigérateurs, machines à laver le linge et la vaisselle, sèche-linge, hottes aspirantes, adoucisseurs, capteurs solaires, pompes à chaleur, appareils de conditionnement d'air, antennes individuelles de radiodiffusion et de télévision, meubles scellés, cheminées, glaces et miroirs ;

b) Menues réparations nécessitées par la dépose des bourrelets ;

c) Graissage et remplacement des joints des vidoirs ;

d) Ramonage des conduits d'évacuation des fumées et des gaz et conduits de ventilation.

Décret n° 82-1165 du 30 décembre 1982 relatif à la commission départementale des rapports locatifs.

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de la décentralisation, du garde des sceaux, ministre de la justice, du ministre de l'économie et des finances, du ministre délégué auprès du ministre de l'économie et des finances, chargé du budget, du ministre de l'urbanisme et du logement et du ministre de la consommation,

Vu la loi n° 82-526 du 22 juin 1982, et notamment ses articles 34 et 36 ;

Vu le décret n° 82-888 du 18 octobre 1982 relatif à la commission nationale des rapports locatifs ;

Le Conseil d'Etat (section des travaux publics) entendu,

Décrète :

SECTION I

Dispositions générales.

Art. 1er. — La commission départementale des rapports locatifs est composée :

De représentants des organisations de bailleurs, de locataires et de gestionnaires représentatives au niveau départemental au sens de l'article 36 de la loi du 22 juin 1982, qu'elles soient ou non affiliées à des organisations membres de la commission nationale des rapports locatifs ;

De personnes, au nombre de six au maximum, choisies en raison de leur compétence de leur vocation générale et de leurs actions dans le domaine du logement.

Assistent aux séances de la commission un ou plusieurs représentants du commissaire de la République.

Art. 2. — Un arrêté du commissaire de la République fixe la liste des organisations représentées à la commission.

Chacune des organisations représentées désigne un titulaire et deux suppléants, qui sont nommés pour trois ans par arrêté du commissaire de la République, ce mandat étant renouvelable.

Le commissaire de la République arrête la liste des membres de la commission.

Toute personne ayant perdu la qualité en raison de laquelle elle a été nommée cesse d'appartenir à la commission. Son remplaçant est nommé pour la durée du mandat restant à courir.

Art. 3. — La présidence est assurée par une personne choisie en dehors des membres de la commission et nommée par arrêté du commissaire de la République pour une période de trois ans. Ces fonctions sont renouvelables. Au cas où le président vient à cesser ses fonctions en cours de mandat, son remplaçant est nommé pour la durée du mandat restant à courir.

Art. 4. — Pour l'étude de questions particulières, la commission départementale des rapports locatifs peut faire appel, à titre temporaire, à des personnalités choisies en raison de leur compétence et de leur activité.

Art. 5. — Le secrétariat de la commission départementale des rapports locatifs est assuré par les services de l'Etat dans le département. Il organise le dépôt des accords collectifs départementaux prévu par le sixième alinéa de l'article 39 de la loi du 22 juin 1982.

Art. 6. — Le bureau de la commission départementale des rapports locatifs comprend le président de ladite commission

et au plus six membres désignés en nombre égal, d'une part, par les organisations de bailleurs et de gestionnaires et, d'autre part, par les organisations de locataires. Il organise les travaux de la commission et de ses groupes spécialisés. Il propose à la commission un règlement intérieur.

Un représentant du commissaire de la République assiste aux réunions du bureau.

Art. 7. — La commission départementale des rapports locatifs se réunit à l'initiative de son président ou du commissaire de la République.

Elle doit également se réunir si la demande en est faite par la majorité des membres du bureau, les deux tiers des organisations de bailleurs et de gestionnaires ou les deux tiers des organisations de locataires.

SECTION II

Dispositions particulières relatives à la formation de conciliation.

Art. 8. — Au sein de la commission départementale des rapports locatifs, la formation de conciliation comprend au plus huit membres, à raison d'au plus un représentant des organisations de bailleurs pour chacun des secteurs locatifs et d'un nombre de représentants des organisations de locataires égal à celui des bailleurs.

Chaque représentant désigne deux suppléants choisis à l'intérieur de la commission.

La formation de conciliation peut valablement siéger lorsque sont présents en nombre égal des représentants des organisations de bailleurs et des représentants des organisations de locataires. Ce nombre doit être au moins égal à deux pour chacune de ces catégories, le président ou le vice-président présidant la séance étant compris dans ce décompte.

Art. 9. — Les membres de la formation de conciliation sont nommés pour trois ans par arrêté du commissaire de la République. Leur mandat est renouvelable. Au cas où l'un d'entre eux vient à cesser ses fonctions en cours de mandat, il est remplacé pour la durée du mandat restant à courir.

Art. 10. — La formation de conciliation désigne en son sein un président choisi alternativement parmi les représentants des locataires et les représentants des bailleurs pour une durée d'un an.

La vice-présidence est assurée par un représentant des organisations n'assurant pas la présidence, également désigné pour un an.

Le vice-président remplace le président en cas d'empêchement de celui-ci. Il participe à l'organisation des travaux de la formation.

Pour la première présidence, il est procédé par voie de tirage au sort.

Art. 11. — La formation de conciliation se réunit selon une périodicité fixée par le président de ladite formation. Le cas échéant, elle se réunit sur convocation du président de la commission départementale des rapports locatifs ou du commissaire de la République, en vue de formuler les avis prévus par les articles 8, 33 et 57 de la loi du 22 juin 1982 dans les délais impartis.

Art. 12. — Le secrétariat de la formation de conciliation est assuré par les services de l'Etat dans le département.

Art. 13. — La formation de conciliation est compétente pour connaître les différends relatifs à des logements locatifs implantés dans le département.

Elle est saisie des demandes par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée à son secrétariat. La demande doit indiquer les nom, qualité et adresse des parties ainsi que l'objet du différend.

Le secrétariat invite les parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à se présenter à la séance au cours de laquelle l'affaire sera examinée. Il précise l'objet du différend.

Art. 14. — Les parties doivent se présenter en personne. Toutefois, elles peuvent en cas de motif légitime se faire représenter par une personne dûment mandatée à cet effet. Elles peuvent se faire assister d'une personne de leur choix à l'exclusion des membres de la formation de conciliation.

Art. 15. — La formation de conciliation entend les parties, s'efforce de les concilier et émet un avis.

En cas de conciliation totale ou partielle, cet avis constate la conciliation dont les termes font l'objet d'un document de conciliation signé par les parties.

A défaut de conciliation ou en cas de conciliation partielle, cet avis comporte l'exposé du différend ou des points de désaccord subsistant. Il fait apparaître les points essentiels de la position des parties.

L'avis est établi par le secrétariat et signé par un représentant des organisations de bailleurs et un représentant des organisations de locataires ayant siégé à la formation de conciliation. Il est adressé à chacune des parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Art. 16. — Si une seule des parties est présente ou représentée, la commission peut convoquer à nouveau les parties ou émettre un avis.

Art. 17. — Les indemnités de déplacement des membres de la formation de conciliation sont réglées dans les conditions prévues par le décret n° 68-724 du 7 août 1968.

Art. 18. — Le ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de la décentralisation, le garde des sceaux, ministre de la justice, le ministre de l'économie et des finances, le ministre délégué auprès du ministre de l'économie et des finances, chargé du budget, le ministre de l'urbanisme et du logement et le ministre de la consommation sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au *Journal officiel* de la République française.

Fait à Paris, le 30 décembre 1982.

PIERRE MAUROY.

Par le Premier ministre :

Le ministre de l'urbanisme et du logement,
ROGER QUILLIOT.

Le ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de la décentralisation,
GASTON DEFFERRE.

Le garde des sceaux, ministre de la justice,
ROBERT BADINTER.

Le ministre de l'économie et des finances,
JACQUES DELORS.

Le ministre délégué auprès du ministre de l'économie et des finances, chargé du budget,
LAURENT FABIUS.

Décret n° 82-1166 du 30 décembre 1982 pris en application de l'article 60 de la loi n° 82-526 du 22 juin 1982 relatif aux majorations de loyers consécutives à des travaux d'économie d'énergie.

Le Premier ministre,

Sur le rapport du garde des sceaux, ministre de la justice, du ministre de l'économie et des finances, du ministre délégué auprès du ministre de la recherche et de l'industrie, chargé de l'énergie, du ministre de l'urbanisme et du logement et du ministre de la consommation,

Vu la loi n° 82-526 du 22 juin 1982 relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs, et notamment son article 60 ;

Après avis du Conseil d'Etat (section des travaux publics),

Décrète :

Art. 1er. — Le montant de la majoration de loyer autorisée par l'article 60 de la loi du 22 juin 1982 ne peut excéder la différence entre la valeur de la consommation d'énergie avant travaux, définie à l'article 2 ci-dessous, et la valeur du maximum garanti de consommation d'énergie après travaux, définie à l'article 3 ci-dessous.

Les calculs sont effectués aux prix pratiqués à la date d'achèvement des travaux, frais d'abonnement compris.

L'ensemble des calculs est effectué pour une année.

Lorsque le bailleur ou son représentant revalorise contractuellement, après travaux, la rémunération de la conduite et de l'exploitation des installations de chauffage, le montant de cette revalorisation est déduit de la majoration de loyer.

Le montant de la majoration de loyer, calculé sur la première année, ne peut excéder le cinquième du coût des travaux, toutes taxes comprises, déduction faite des subventions obtenues.

Le bailleur ne peut majorer le loyer dans les conditions du présent décret que si le maximum de consommation garanti est inférieur de plus de 10 p. 100 à la consommation d'énergie avant travaux.

Art. 2. — La consommation d'énergie avant travaux est la consommation moyenne des trois dernières années précédant l'année d'engagement des travaux. Elle est rapportée à des données climatiques et une durée de chauffage de référence.

Art. 3. — Le maximum de consommation d'énergie garanti après travaux est une consommation maximale admise pour des données climatiques et une durée de chauffage de référence.

Cette garantie résulte d'un contrat passé par le bailleur ou son représentant, avec une ou des entreprises effectuant les travaux d'économie d'énergie et figurant sur une des listes départementales établies par le commissaire de la République. Elle nécessite l'installation de dispositifs permanents permettant la vérification de consommations.

Le contrat prévu au précédent alinéa précise les conditions d'assurance de l'entreprise pour les risques liés à cette garantie.

Art. 4. — La majoration de loyer est applicable par le bailleur en une fois à compter du mois suivant la date d'achèvement des travaux, une réduction d'un montant au moins égal de la provision sur charges récupérables intervenant simultanément.

Le bailleur joint à la notification de la majoration du loyer les modalités de calcul de cette majoration.

Art. 5. — La valeur de tout excédent de consommation qui, rapporté à des données climatiques et une durée de chauffage de référence, dépasse le maximum de consommation garanti n'est pas récupérable auprès des locataires, sauf en cas de réduction correspondante du montant du loyer.

Art. 6. — Le garde des sceaux, ministre de la justice, le ministre de l'économie et des finances, le ministre délégué auprès du ministre de la recherche et de l'industrie, chargé de l'énergie, le ministre de l'urbanisme et du logement et le ministre de la consommation sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au *Journal officiel* de la République française.

Fait à Paris, le 30 décembre 1982.

PIERRE MAUROY.

Par le Premier ministre :

Le ministre de l'urbanisme et du logement,
ROGER QUILLIOT.

Le garde des sceaux, ministre de la justice,
ROBERT BADINTER.

Le ministre de l'économie et des finances,
JACQUES DELORS.

Le ministre délégué auprès du ministre de la recherche et de l'industrie, chargé de l'énergie,
EDMOND HERVÉ.

Le ministre de la consommation,
CATHERINE LALUMIÈRE.

TABLE DES MATIERES

Présentation . . . . . .

– **Rapports introductifs**

par M. Roger G. LEMIALE, *Président de la F.N.A.I.M.* 1
et
par M. Joseph MARRO, *Président de l'U.N.P.I.* 9

– **Le Domaine d'Application de la Loi Quilliot**

par M. Jean-Louis BERGEL, *Professeur*
à l'Université d'Aix-Marseille III. 15

– **Le contrat de location :**

*** Loyer, charges, dépôt de garantie.**

par Maître Jean DOUCEDE, *Avocat au Barreau de Marseille* 31

*** Formation du contrat** 51

*** Durée, renouvellement, résiliation.**

par Melle Béatrice VIAL, *Université d'Aix-Marseille III* 53

Sous la présidence de M. PETIT, Premier Président de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence

– **L'incidence de la loi du 22 juin 1982 sur la vente d'immeuble.**

par M. Michel DAGOT, *Professeur*
à l'Université de Toulouse I. 71

– **L'organisation des rapports collectifs de location.**

par M. Christian ATIAS, *Professeur*
à l'Université d'Aix-Marseille III. 117

– **La Loi Quilliot et la Loi du 1er septembre 1948.**

Par Maître Jacques LACHAUD,
Avocat au Barreau d'Aix-en-Provence 137

– **Rapport de clôture.**

par M. François TERRÉ, *Professeur à l'Université de Paris II* 145

Annexes :

– Exposé des motifs du projet de loi relatif aux droits et obligations des locataires et des bailleurs. 160

– Présentation du projet de loi à l'Assemblée Nationale par M. QUILLIOT 163

– Tableau relatif à la formation du contrat de bail 165

– Tableau relatif à la résiliation et au refus de renouvellement 166

– Tableau relatif au **choix entre le bail de trois ans et le bail de six ans.** 167

– Bibliographie sommaire de la loi du 22 juin 1982. 168

– **Textes de la loi du 22 juin 1982 et du décret du 18 octobre 1982** 169

Composé par Economica, 49, rue Héricart, 75015 PARIS
Imprimé en France. – JOUVE, 18, rue Saint-Denis, 75001 PARIS
N° 11152. Dépôt légal : Mars 1983

ISSN-0249-8731